



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO**

BRUNO CUNHA WEYNE

**O PROBLEMA DA FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA
DOS DIREITOS HUMANOS: UMA ABORDAGEM A
PARTIR DA TEORIA DO DISCURSO DE ROBERT
ALEXY**

**FORTALEZA
2008**

BRUNO CUNHA WEYNE

**O PROBLEMA DA FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA
DOS DIREITOS HUMANOS: UMA ABORDAGEM A
PARTIR DA TEORIA DO DISCURSO DE ROBERT
ALEXY**

Monografia apresentada ao Curso de Direito,
da Universidade Federal do Ceará (UFC),
como requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Reginaldo Rodrigues da
Costa.

**Fortaleza
2008**

BRUNO CUNHA WEYNE

**O PROBLEMA DA FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA
DOS DIREITOS HUMANOS: UMA ABORDAGEM A
PARTIR DA TEORIA DO DISCURSO DE ROBERT
ALEXY**

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Federal do Ceará (UFC), como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Reginaldo Rodrigues da Costa (Orientador).
Universidade Federal do Ceará.

Prof. LD. Raimundo Bezerra Falcão.
Universidade Federal do Ceará.

Prof. Dr. Paulo Antonio de Menezes Albuquerque.
Universidade Federal do Ceará.

A meus pais, Alberto e Tânia.

AGRADECIMENTOS

A meus pais, com imenso amor, pela orientação carinhosa e pela atenção adequada durante todos os períodos da minha vida.

À querida Sol, pelo constante apoio e pela doce companhia, que só me faz bem.

Ao Professor Reginaldo Rodrigues da Costa, por todas as suas sábias lições e orientações filosóficas e por seu verdadeiro exemplo de educador e de ser humano.

Aos amigos, Caio Dantas, Diego Assunção e Rodrigo Coelho, pela sincera fraternidade e por haverem tornado a vida acadêmica mais prazerosa.

Aos amigos, Felipe Oliveira, Gustavo César, Mário André e Rafael Benevides, por compartilharem comigo a paixão pela Filosofia.

Aos amigos, Ary Salgueiro, Lucas Montenegro e Renato Vasconcelos, pelas constantes e valiosas discussões filosóficas no Grupo de Pesquisa *Filosofia dos Direitos Humanos*.

Aos Professores, Raimundo Bezerra Falcão e Paulo Antonio de Menezes Albuquerque, por terem aceitado gentilmente o meu convite para avaliar este trabalho.

Aos Professores, Alberto Mandelbaum Balla e Ricardo David Rabinovich-Berkman, da Faculdade de Direito da Universidad de Buenos Aires (UBA), onde tive a oportunidade de estudar durante o primeiro semestre do ano de 2008, por seus ensinamentos sobre Filosofia Moral e sobre História dos Direitos Humanos respectivamente.

À Universidade Federal do Ceará (UFC), por ter fomentado minhas atividades de iniciação à docência, durante os anos de 2005, 2006 e 2007, na monitoria das disciplinas Introdução ao Estudo do Direito e História e Estudo do Direito; e ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), por ter financiado minhas atividades de iniciação científica, durante os anos de 2007 e 2008, com o projeto de pesquisa *Fundamentação Racional dos Direitos Humanos frente ao Desafio do Pluralismo Cultural*. Esta monografia, certamente, apresenta-se como um dos resultados desses trabalhos.

“I do admit that at any moment we are prisoners caught in the framework of our theories; our expectations; our past experiences; our language. But we are prisoners in a Pickwickian sense: if we try, we can break out of our framework at any time. Admittedly we shall find ourselves again in a framework, but it will be a better and roomier one; and we can at any moment break out of it again. The central point is that a critical discussion and a comparison of the various frameworks is always possible”.

Normal Science and its Dangers,
Karl Popper

“Ora, como se avançou tanto no estabelecimento de uma comunidade (mais ou menos estreita) entre os povos da Terra que a violação do direito num lugar da Terra se sente em todos os outros, a idéia de um direito cosmopolita não é nenhuma representação fantástica e extravagante do direito, mas um complemento necessário de código não escrito, tanto do direito político como do direito das gentes, num direito público da humanidade em geral e, assim, um complemento da paz perpétua, em cuja contínua aproximação é possível encontrar-se só sob esta condição”.

A Paz Perpétua: Um Projecto Filosófico,
Immanuel Kant

RESUMO

Esta pesquisa tem como objetivo analisar a fundamentação teórico-discursiva dos direitos humanos proposta por Robert Alexy, adotando como base a sua obra *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*. Inicialmente, são discutidos quatro temas que servirão de suporte teórico para a compreensão das partes posteriores do trabalho, a saber: a concepção dos direitos humanos como direitos morais; alguns parâmetros de fundamentação dos direitos humanos já utilizados historicamente; o desafio do relativismo cultural; e o problema da fundamentação de normas éticas. No segundo capítulo, pretende-se fundamentar as regras específicas do discurso, e essa, conforme Alexy, representa a primeira tarefa da fundamentação dos direitos humanos. Essa parte do trabalho divide-se em três momentos: primeiramente, são feitos esclarecimentos conceituais sobre a teoria do discurso; em seguida, estudam-se as regras específicas do discurso; finalmente, examina-se um argumento – formado por três pilares – capaz de fundamentar tais regras. O último capítulo dedica-se à fundamentação dos direitos humanos sobre a base da teoria do discurso. Para atingir tal objetivo, dois problemas, um de forma e outro de conteúdo, precisam ser respondidos com apoio na teoria do discurso. Em relação ao primeiro, deve-se fundamentar a necessidade do direito positivo para a institucionalização dos direitos humanos. No que tange ao segundo, deve-se apontar quais desses direitos são necessários. O problema de conteúdo constitui o tema central deste trabalho, isto é, a fundamentação teórico-discursiva dos direitos humanos. Esta pode realizar-se através da verificação de três argumentos: o da autonomia, o do consenso e o da democracia.

Palavras-chave: Fundamentação dos direitos humanos. Teoria do discurso. Autonomia. Universalidade. Robert Alexy.

ABSTRACT

This research aims to analyze the theoretical-discursive foundation of human rights as proposed by Robert Alexy, adopting as base his book *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*. Initially four subjects that will serve as theoretical support to understand the following parts of the work are discussed, namely: the conception of human rights as moral rights; some justification parameters of human rights already used historically; the challenge of the cultural relativism; and the problem of the foundation of ethical norms. In the second chapter, it is intended to ground the specific rules of discourse, and that, according to Alexy, represents the first task of the foundation of human rights. This part of the work is divided into three moments: first, conceptual clarifications on the discourse theory are made; second, the specific rules of discourse are studied; finally, one examines an argument – formed for three pillars – able to found such rules. The last chapter is dedicated to the foundation of the form, content and structure of human rights. In order to reach such an objective, two problems, one of form and another of content, need to be answered with the support of the discourse theory. With regard to the first one, the necessity of the positive law for the institutionalization of the human rights should be grounded. Concerning the second one, one must appoint which of these rights are necessary. The problem of content constitutes the central subject of this work, namely, the theoretical-discursive foundation of human rights, which can be reached through the verification of three arguments: the autonomy argument, the consensus argument and the democracy argument.

Keywords: Foundation of human rights. Discourse theory. Autonomy. Universality. Robert Alexy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO I – REFLEXÃO SOBRE ALGUMAS QUESTÕES TEÓRICAS DOS DIREITOS HUMANOS	16
1.1 A concepção dos direitos humanos como direitos morais.....	16
1.2 Sobre alguns parâmetros de fundamentação dos direitos humanos	25
1.3 O desafio do relativismo cultural.....	29
1.4 O problema da fundamentação racional de normas éticas.....	40
CAPÍTULO II – A FUNDAMENTAÇÃO DAS REGRAS DO DISCURSO.....	44
2.1 Introdução à concepção da teoria do discurso de Robert Alexy.....	44
2.2 As regras específicas do discurso prático	49
2.3 Um argumento sobre três bases.....	55
2.3.1 A base transcendental.....	56
2.3.2 Maximização da utilidade individual e interesse em correção	65
CAPÍTULO III – A FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SOBRE A BASE DA TEORIA DO DISCURSO	71
3.1 A necessidade do direito positivo.....	71
3.2 Classes de fundamentação teórico-discursiva dos direitos humanos	74
3.3 A fundamentação direta dos direitos humanos sobre a base da teoria do discurso... 75	75
3.3.1 O argumento da autonomia.....	76
3.3.2 O argumento do consenso.....	82
3.3.3 O argumento da democracia	91
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	94
REFERÊNCIAS.....	98

INTRODUÇÃO

É correta a afirmação segundo a qual é mais urgente defender os direitos humanos na prática do que fundamentá-los na teoria. Nesse sentido, há autores que chegam ao ponto extremo de desconsiderar qualquer necessidade de justificação racional de tais direitos. Norberto Bobbio, por exemplo, afirma que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político¹”. Entretanto, caso se queira alcançar uma consciência crítica sobre a atual reivindicação normativa dos direitos humanos, essa interpretação não pode ser admitida, especialmente pelos dois motivos enunciados a seguir.

Primeiramente, não é difícil perceber que, além da práxis, o homem necessita do esclarecimento desta através de uma luz teórica, sobretudo para garantir a existência e a validade do que defende, para que não se ponha a lutar por algo que não seja verdadeiro nem valioso. Com isso se quer dizer que, sem uma elucidação teórica daquilo que se realiza na prática, corre-se o sério risco de serem resguardados supostos direitos humanos que, no fundo, não representam nada mais do que altos ideais, bons desejos ou – o que é muito pior – ideologias (culturais ou religiosas) arbitrárias.

Ademais, uma fundamentação teórico-filosófica aprimorará bastante o conhecimento geral sobre os direitos humanos, e isso seguramente contribuirá para a formação de uma consciência moral e de uma maior convicção sobre tais direitos, o que, por sua vez, obviamente provocará um avanço na sua efetivação. Como esclarece Mauricio Beuchot², o conhecimento e a convicção são dois processos distintos, porém o segundo está na linha do primeiro; ambos favorecem a prática, do que decorre que a fundamentação teórica, além da positivação, é de grande ajuda para que se chegue a uma aceitação mais plena desses direitos, negados e violados por muitos, como logo se mostrará. Portanto, não é apenas possível falar de uma fundamentação dos direitos humanos, mas também conveniente, desejável e, por que não dizer, necessário. Alguns consideram supérflua a fundamentação filosófica dos direitos humanos, sob o argumento de que eles são excessivamente claros ou intuitivos, não precisando de qualquer fundamentação. No entanto, esse argumento falha na medida em que esses direitos são interpretados a partir de diversos horizontes culturais e ideológicos, ou mesmo rejeitados e ignorados por muitos. Para gerar uma consciência moral e

¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 23.

² Cf. BEUCHOT, Mauricio. Los derechos humanos y su fundamentación filosófica. **Cuadernos de fe y cultura Núm. 3**. Guadalajara, México: Universidad Iberoamericana e ITESO, 1997, ítem 2.

uma maior convicção sobre tais direitos – ou, ainda, para reforçar a sua aceitação –, é necessário argumentar e fundamentar o máximo possível no âmbito teórico-filosófico.

Em segundo lugar, a aplicação dos direitos humanos não tem logrado êxito há tempo suficiente para se chegar à conclusão de que os problemas enfrentados na efetivação desses direitos não são simplesmente práticos, mas envolvem também questões teóricas de fundamentação. Nessa perspectiva, embora a Organização das Nações Unidas tenha demonstrado que todos os 188 Estados Membros e cinco Estados não-Membros ratificaram, pelo menos, um dos doze instrumentos internacionais em matéria de direitos humanos³, constata-se que o grau de eficácia de que eles realmente carecem está distante de ser atingido. No seu informe de 2008, a Anistia Internacional denunciou o atual descumprimento dos direitos humanos e desafiou os líderes mundiais a se desculparem por seis décadas de fracassos em relação a tais direitos. O informe mostra, além de tantas outras violações, que as pessoas ainda são torturadas ou maltratadas em, pelo menos, 81 países, enfrentam julgamentos injustos em, ao menos, 54 países e são proibidas de se expressar livremente em, pelo menos, 77 países. Irene Khan, secretária-geral da organização, acrescentou que:

O ano de 2007 caracterizou-se pela impotência dos governos ocidentais e pela ambivalência ou relutância das potências emergentes para enfrentar algumas das piores crises de direitos humanos do mundo, desde os conflitos entranhados até as crescentes desigualdades que estão deixando milhões de pessoas para trás⁴.

Diante disso, é plausível levantar o seguinte questionamento: o atual sistema de direitos humanos, tendo em vista a sua reivindicação por validade universal, passou por um processo (necessário e suficiente) de deliberação intercultural responsável e, portanto, apto a decidir justificadamente sobre quais direitos são indispensáveis ao ser humano, enquanto ser racional dotado de dignidade? Não é o que revela a situação acima, tanto assim que, para muitos povos, a própria idéia de direitos humanos é tida hoje como uma imposição cultural imperialista do Ocidente para o resto do mundo. Esse argumento é um dos mais empregados pelos relativistas culturais contra o universalismo de tais direitos⁵.

³ Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Estatus de los principales instrumentos internacionales de derechos humanos**. New York, 10 jan. 2003. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/pdf/reportsp.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2008.

⁴ ANISTIA INTERNACIONAL. **Informe 2008 da Anistia Internacional**: o estado dos direitos humanos no mundo. Londres, 27 maio 2008. Disponível em: <<http://thereport.amnesty.org/prt/report-08-at-a-glance>>. Acesso em: 23 jun. 2008.

⁵ Cf. BIELEFELDT, Heiner. Human rights in a pluralistic world. **Do human rights travel?** London: British Council, 2004, p. 42-57. Importa destacar que esse artigo foi integralmente traduzido pelo autor desta

Os dois motivos indicados demonstram que a citada afirmação de Bobbio é falsa. Assim sendo, pode-se dizer que, além da proteção, hoje os direitos humanos reivindicam uma justificação⁶ filosófica, e esse talvez seja o seu problema fundamental. Existe algum critério capaz de, com argumentos demonstráveis racionalmente, justificar perante todos os afetados e afetáveis – isto é, universalmente – quais direitos humanos são necessários? O jusfilósofo contemporâneo, Robert Alexy, responde tal questão positivamente e, ao mesmo tempo, propõe-se a enfrentá-la a partir da teoria do discurso. A proposta de fundamentação dos direitos humanos deste autor é o tema central do trabalho que ora se introduz.

Nesse sentido, o presente estudo dedica-se à explicitação desse modelo específico de fundamentação dos direitos humanos e, para tanto, adota-se como base a obra *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*, que foi ineditamente apresentada por Alexy no Seminário sobre Direitos Humanos realizado em Externado (Colômbia), entre o dia 31 de agosto e 6 de setembro de 1994. Nesse opúsculo, o autor, partindo da defesa de uma concepção liberal dos direitos humanos, sustenta a tese de que tais direitos podem ser fundamentados com apoio na teoria do discurso. Com o intuito de evitar desvios da estratégia argumentativa desenvolvida por Alexy, optou-se por seguir o mesmo roteiro traçado no aludido livro.

Inadvertidamente, pode pensar-se que a interpretação e a exposição da obra de um determinado autor é uma tarefa simples e irrelevante. Contudo, esse raciocínio não se aplica aqui, uma vez que, para a compreensão do modelo de fundamentação dos direitos humanos, de Alexy, fazem-se necessários vários pressupostos filosóficos – sobretudo aqueles referentes à linha kantiana de pensamento –, o que, por si só, já torna a tarefa expositiva complexa e desafiadora. Por outro lado, tampouco pode ser considerada de mínimo valor a exposição realizada nas linhas seguintes. A obra base a ser utilizada neste texto sequer possui uma tradução para o Português, e ela própria é uma tradução do original em Alemão, de tal modo que necessitou ser duplicado o cuidado no momento de apresentar as idéias de Alexy. Acrescente-se que a produção científica deste autor, apesar de reconhecida e respeitada mundialmente⁷, foi escassamente explorada no Brasil, sobretudo no que tange à teoria do discurso e à fundamentação dos direitos humanos.

monografia, tendo sido aceito para publicação na Revista Pensar do Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza. Segundo os editores, a tradução sairá no v. 13, n. 2, de 2008.

⁶ Embora possam existir diferenças entre os conceitos de justificação e de fundamentação, nas linhas seguintes, ambos serão usados como sinônimos. Alexy também prefere utilizá-los assim, porém ensaia muito concisamente em que poderiam consistir tais diferenças. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 58, nota de rodapé nº 3.

⁷ Nesse sentido, a orelha da edição brasileira da sua Teoria da Argumentação Jurídica, informa que esta é uma das mais influentes obras de Filosofia do Direito surgidas nos últimos tempos e foi traduzida para 13 idiomas,

Com isso, reconhecido o que se espera de um trabalho de conclusão de curso de graduação, acredita-se que a presente ocupação científica pode efetivamente contribuir na divulgação das idéias propostas pelo autor estudado e, por conseguinte, no enriquecimento do atual debate teórico-filosófico sobre os direitos humanos.

Para responder à pergunta pela fundamentação filosófica dos direitos humanos, o trabalho divide-se em três capítulos. O primeiro preocupa-se em examinar quatro questões teóricas sobre tais direitos, que servirão de base para a parte seguinte da investigação. Na primeira questão, discute-se o conceito de direitos humanos, bem como a concepção de que eles possuem uma índole eminentemente moral. Na segunda, são investigados alguns parâmetros utilizados para fundamentar filosoficamente os direitos humanos, a fim de revelar o que já foi feito historicamente sobre a temática. A terceira questão reflete criticamente sobre o desafio do relativismo cultural, assinalando que o argumento das diferenças culturais não consegue contrapor a universalidade dos valores morais e dos direitos humanos. A última questão perquire a alegação da filosofia analítica do Ocidente, segundo a qual qualquer tentativa de fundamentação racional de normas éticas – incluindo-se, assim, a dos direitos humanos – está inevitavelmente destinada ao fracasso.

O segundo capítulo gira em torno daquilo que, no entendimento Alexy, representa a primeira tarefa de uma fundamentação dos direitos humanos, a saber: a fundamentação das regras do discurso. Num primeiro momento, são feitos esclarecimentos conceituais sobre a teoria do discurso elaborada pelo aludido autor, enquadrando-a como uma variante da concepção kantiana liberal dos direitos humanos. Em seguida, são analisadas as regras específicas do discurso. O capítulo encerra-se com a própria fundamentação das regras do discurso a partir de um argumento dividido em três partes: a primeira consiste em um argumento pragmático-transcendental, que molda o núcleo do argumento por inteiro e determina o caráter universal de tais regras. Como o argumento pragmático-transcendental possui uma validade limitada, ele necessita ser fortalecido pela segunda parte, que se apresenta por via de um argumento centrado na maximização da utilidade individual. Para vincular as duas partes anteriores, entra em jogo uma terceira parte, que se apóia numa premissa empírica segundo a qual existe um número suficiente de pessoas com interesse em correção.

em países como Grã-Bretanha, EUA, Itália, Espanha, Escandinávia e na América Latina. A respeito de Alexy, destaca que ele recebeu da Academia da Ciência de Göttingen em 1982 o Prêmio da Classe Filosófico-Histórica; é autor de outras obras, igualmente importantes, recepcionadas e também traduzidas em diversos países; e foi presidente entre 1994 e 1998 da Seção Alemã da Associação Internacional de Filosofia do Direito e Filosofia Social.

No terceiro capítulo, procura-se apresentar a fundamentação dos direitos humanos sobre a base da teoria do discurso. Conforme Alexy, essa seria a segunda tarefa de uma fundamentação de tais direitos, a qual exige tanto a justificação da sua forma quanto a do seu conteúdo. Dedicar-se, assim, a responder dois problemas com apoio na teoria do discurso: um problema de forma, que tem de fundamentar a necessidade do direito positivo para a institucionalização dos direitos humanos; e um problema de conteúdo, que tem de fundamentar quais desses direitos são necessários. O último problema constitui o tema central desta pesquisa, isto é, a fundamentação teórico-discursiva direta dos direitos humanos. Para realizá-la, são apreciados três argumentos complementares entre si, a saber: o da autonomia, o do consenso e o da democracia.

CAPÍTULO I – REFLEXÃO SOBRE ALGUMAS QUESTÕES TEÓRICAS DOS DIREITOS HUMANOS

1.1 A concepção dos direitos humanos como direitos morais

Este capítulo pretende ocupar-se de temas que servirão de *base* teórica para o estudo da fundamentação filosófica dos direitos humanos. Diferentemente dos dois capítulos seguintes, aqui não se enfrentará a questão de como os direitos humanos podem ser fundamentados, porém a de refletir criticamente sobre algumas discussões conceituais, históricas, éticas e lógicas consideradas importantes para uma melhor compreensão da tarefa ulterior.

Um aspecto inicial que merece ser examinado é a tentativa de lidar com as seguintes indagações: o que são “direitos humanos”? O que se entenderá por “direitos humanos” no curso desta investigação? Nas linhas seguintes, não se pretenderá buscar uma definição, mas sim apresentar uma interpretação conceitual desses direitos que se baseie em argumentos plausíveis, que possua uma relevância para a prática e para a teoria dos direitos humanos e que seja coerente com as demais partes do trabalho.

No entendimento de Robert Alexy, “Direitos são relações de três variáveis entre um *titular*, um *destinatário* e um *objeto*. [...] À relação-direitos de três variáveis corresponde logicamente uma relação-deveres de três variáveis⁸”. Assim, o direito à liberdade (no sentido liberal clássico), por exemplo, tem o cidadão como titular, o Estado como destinatário, e a omissão de intervenções estatais na vida, na liberdade e na propriedade dos cidadãos como o objeto. Em seguida, o mesmo autor sustenta a tese de que “os direitos do homem são definidos por cinco características⁹”: a *universalidade*, a *fundamentalidade*, a *abstratividade*, a *moralidade* e a *prioridade*.

A primeira característica significa que os direitos humanos constituem obrigações e deveres *erga omnes*¹⁰, isto é, válidos para todos, independentemente da cultura, da tradição, da religião ou do grupo a que se faça parte. Assim, o titular desses direitos é cada pessoa considerada individualmente. Importa observar que a universalidade do lado do destinatário é

⁸ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 93.

⁹ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 94.

¹⁰ Sobre a universalidade dos direitos humanos e a sua situação no plano internacional, cf. BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos: fundamentos de um *ethos* de liberdade universal**. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: UNISINOS, 2000, p. 11 ss.

mais complicada, uma vez que alguns direitos humanos – como a vida, por exemplo – dirigem-se contra todos os que podem ser destinatários de deveres e obrigações, portanto, contra todos os cidadãos, mas também contra todos os Estados¹¹ e contra todas as organizações.

De acordo com a segunda característica, os direitos humanos não protegem todas as fontes imagináveis do bem-estar, mas apenas interesses e carências fundamentais do homem. Segundo Alexy, um interesse e uma carência são fundamentais “quando sua violação ou não-satisfação ou significa a morte ou padecimento grave ou acerta o âmbito nuclear da autonomia¹²”. Nesse horizonte, o conceito de direitos humanos adotado por Ricardo David Rabinovich-Berkman reflete a idéia de que nem todos os direitos devem possuir o adjetivo “humanos”, porque há bens e interesses que são tutelados por outros motivos que não sejam a circunstância fundamental de se fazer parte da espécie humana:

Assim, por “direitos humanos” poderíamos entender aqueles poderes amparados pela comunidade, que geram condutas obrigatórias nos demais, e dos quais se é titular pelo simples fato de *ser um membro da espécie do homo sapiens sapiens*. Quer dizer, a nossa. Como assim? Por exemplo, se comprei uma bicicleta, tenho direito de usá-la, e de impedir que outros a utilizem ou a danifiquem. Tenho esse direito *por ser dono da bicicleta*. Com minha esposa, temos o direito de escolher a escola do nosso filho. Temos esse direito *por ser seus pais*. O policial tem o direito de lavrar um auto de infração, *por ser policial*. Em vez disso, haveria direitos que qualquer ser humano teria, fosse quem fosse e fizesse o que fizesse. Esses seriam, pois, os que chamaríamos direitos *humanos*¹³ [tradução livre].

A terceira característica dos direitos humanos revela que, por serem universais e fundamentais, eles comportam um conteúdo com a mesma importância abstrata, de modo que nenhum pode ser violado em hipótese alguma. Acontece, porém, que a aplicação desses direitos em casos concretos, muitas vezes, exige que se restrinjam outros direitos de igual

¹¹ Nesse sentido, Konrad Hesse afirma que “ao significado dos direitos fundamentais como direitos de defesa subjetivos do particular corresponde seu significado jurídico-objetivo como determinações de competência negativas para os poderes estatais. Sem dúvida, é sua função proteger os direitos fundamentais, podem eles ser obrigados a concretizar direitos fundamentais, e podem eles ser autorizados a limitar direitos fundamentais”. HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. 20. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 239.

¹² ALEXY, Robert. Op. cit., p. 48.

¹³ RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. **Derechos humanos: una introducción a su naturaleza y a su historia**. Buenos Aires: Quorum, 2007, p. 2. No original: “Así que por ‘derechos humanos’ podríamos entender aquellos poderes amparados por la comunidad, que generan conductas obligatorias en los demás, y de los que se es titular por el simple hecho de *ser un miembro de la especie del homo sapiens sapiens*. Es decir, la nuestra. ¿Cómo así? Por ejemplo, si compré una bicicleta, tengo derecho de usarla, y de impedir que otros la empleen o la dañen. Ese derecho *lo tengo por ser dueño de la bicicleta*. Con mi esposa tenemos el derecho de elegir la escuela de nuestro hijito. Ese derecho *lo tenemos por ser sus padres*. El policía tiene el derecho de labrar un acta de infracción, *por ser policía*. En cambio, habría derechos que cualquier ser humano tendría, fuera quien fuese e hiciera lo que hiciese. Esos derechos serían, pues, los que llamaríamos derechos *humanos*”.

valor (abstrato). Essa restrição só pode ser determinada por meio de ponderação, a fim de que a redução (circunstancial e concreta) desses direitos seja mínima ou a menor possível¹⁴.

A quarta característica – a sua moralidade – não concerne nem aos titulares, nem aos destinatários, nem aos objetos dos direitos humanos, mas a sua validade. Alguns autores entendem que os direitos humanos são direitos morais¹⁵. Conforme Alexy, embora os direitos morais possam ser simultaneamente direitos jurídico-positivos, a sua validade não pressupõe uma positividade. Direitos jurídico-positivos originam-se através de atos de fixação – isto é, por contratos, por decisões legislativas, por práticas judiciais etc. –, e disso dependem para serem válidos ou existentes¹⁶. Em sentido contrário, para a validade ou existência de um direito moral, é suficiente que a norma que compõe a sua base seja válida moralmente, e “Uma norma vale moralmente quando, perante cada um que aceita uma fundamentação racional, pode ser justificada. Direitos do homem existem, com isso, rigorosamente então, quando eles, [...] perante cada um, podem ser justificados¹⁷”.

A quinta característica dos direitos humanos decorre diretamente da sua validade moral. Tais direitos, enquanto direitos moralmente vigentes, não podem ter a sua vigência afetada pelo direito positivo, isto é, por leis, por regulamentos, por contratos ou por decisões judiciais que se oponham a eles ou que os desconheçam. As normas e as decisões fundadas no direito positivo que contrariem os direitos humanos são juridicamente viciosas e, em alguns casos, podem até chegar a ser juridicamente nulas. Nesse sentido, os direitos humanos têm uma prioridade perante o direito positivo¹⁸.

Apesar dessa prioridade frente ao direito positivo, Alexy sustenta que o principal problema dos direitos humanos, enquanto direitos morais, é a sua imposição. Por isso, não é só possível, mas também imprescindível, somar-se à validade moral dos direitos humanos uma validade jurídico-positiva. Nas palavras do autor:

No âmbito intra-estatal existe o passo decisivo para a imposição dos direitos do homem em sua positividade como direitos fundamentais da constituição. Com isso, eles ganham, ao lado de sua validade moral, uma validade jurídica. A validade moral dos direitos do homem exclui, sem dúvida que eles sejam anulados por direito positivo. Ela, porém, não exclui que lhe seja acrescentada uma validade positiva jurídica. Ao contrário, a validade moral dos direitos do homem exige, como um dos

¹⁴ Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 48-49; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005, p. 56-57 e 71-73.

¹⁵ Cf. NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 14 ss; ALEXY, Robert. Op. cit., p. 46-47 e p. 95. Essa concepção dos direitos humanos como direitos morais será o foco de análise das páginas subsequentes.

¹⁶ Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 46-47.

¹⁷ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 47.

¹⁸ Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 47 e p. 95.

meios mais eficazes de sua imposição, sua positivação. Essa é a conexão fundamental entre direitos do homem e fundamentais. Direitos fundamentais são, portanto, direitos do homem transformados em direito constitucional positivo¹⁹.

As considerações feitas nos últimos parágrafos antecipam a tese que se pretende desenvolver a seguir. Uma questão que, ainda hoje, costuma gerar profundas confusões é a de se saber a que espécie de direito se alude quando se fala de direitos humanos. Conquanto pareça um pleonasma falar de “direitos jurídicos” e tenha ares de inconsistência referir-se a “direitos morais” – sobretudo em idiomas como o Português ou o Espanhol –, Carlos Santiago Nino afirma que “tem pleno sentido perguntar-se se os direitos humanos são de índole jurídica ou moral ou se correspondem a essa categoria mestiça constituída pelo *direito natural* (ou se podem ser, ao mesmo tempo, morais jurídicos e ‘jurídico-naturais’)²⁰” [tradução livre]. O esclarecimento do significado de se atribuir uma ou outra índole aos direitos humanos adquire suma importância para este trabalho, já que, dependendo do seu enquadramento numa dessas índoles, demonstrar-se-á a maneira pela qual devem ser tratados os enunciados e os sistemas normativos de direitos humanos.

À primeira vista, parece evidente que, quando se fala de direitos humanos, alude-se a situações normativas que estão estipuladas em disposições de direito positivo nacional e internacional, como, por exemplo, no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, ou no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Com essa visão, os direitos humanos seriam primordialmente *direitos jurídicos*, de modo igual ao direito que, por exemplo, tem um vendedor de exigir o pagamento de um preço em dinheiro pela transferência do domínio de certa coisa. No entanto, nos contextos em que a referência a direitos humanos adquire uma fundamental importância para questionar leis, instituições, medidas ou ações, esses direitos não se identificam com os que surgem de normas de direito positivo. Nesse caso, os direitos jurídicos assim criados constituem apenas o reconhecimento ou o meio de implementação daqueles direitos (morais) que são logicamente independentes dessa recepção jurídica. Assim, o respeito aos direitos humanos é reivindicado ainda que frente a sistemas jurídicos que não os reconhecem e justamente porque não os reconhecem.

¹⁹ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 95-96. Quando adiante se fizer referência a direitos fundamentais, deve-se ter em mente a conexão referida nessa citação. O trecho seguinte também é bastante explicativo: “A travessia dos direitos do homem, como direitos morais, para o direito positivo, certamente, não significa sua despedida. O contrário é exato, porque a parte nuclear dessa travessia é a transformação dos direitos do homem em direitos fundamentais de conteúdo igual. Os direitos do homem não perdem, nessa transformação, nada em validade moral, obtêm, porém, adicionalmente, uma jurídico-positiva. A espada torna-se cortante. Primeiro, com isso, é efetivado definitivamente o passo do reino das idéias para o reino da história”. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 48.

²⁰ NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 14. No original: “[...] tiene pleno sentido preguntarse si los derechos humanos son de índole jurídica o moral o si corresponden a esa categoría mestiza constituida por el *derecho natural* (o si pueden ser a la vez morales, jurídicos y ‘jurídico-naturales’)”.

Nessa perspectiva, reconhecendo que tais direitos possuem um caráter moral-legitimador, Alexy diz que “Uma Constituição só pode justificar-se quando contém os direitos humanos [...] como direitos fundamentais. Ao valer uma Constituição semelhante como direito positivo, os direitos humanos são positivados como direitos fundamentais²¹” [tradução livre]. Essa mesma idéia, no pensamento de Nino, significa que a moral é o maior componente de legitimidade de uma ordem jurídica. É o que se pode claramente inferir deste trecho: “é um fato social aparentemente estabelecido que nenhum sistema jurídico pode preservar-se sobre a base do temor ao emprego da coação e sem a crença, difundida entre boa parte dos súditos e dos mesmos funcionários, na legitimidade moral dos órgãos do sistema²²” [tradução livre].

Há séculos, essas circunstâncias têm levado vários teóricos a sustentar a tese de que os direitos humanos não se originam na ordem jurídica positiva, mas num “direito natural”, segundo o qual determinadas normas pertencem a ele por estarem fundadas na sua justificação intrínseca, e não em meros atos contingentes de imposição ou de reconhecimento por parte de alguns indivíduos. Foi exatamente essa idéia que materializou o reconhecimento dos direitos humanos na evolução espiritual da humanidade, como demonstra a Declaração da Independência dos Estados Unidos²³.

²¹ ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Traducción de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 63, nota de rodapé nº 48. No original: “Una constitución sólo puede justificarse cuando contiene los derechos humanos [...] como derechos fundamentales. Al valer una constitución semejante como derecho positivo, los derechos humanos se positivizan como derechos fundamentales”.

²² NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 100. No original: “Es un hecho social aparentemente establecido que ningún sistema jurídico puede preservarse sólo sobre la base del temor al empleo de la coacción y sin la creencia, difundida entre buena parte de los súbditos y de los mismos funcionarios, en la legitimidad moral de los órganos del sistema”. No mesmo sentido, Alf Ross cita a seguinte passagem de R. M. Mac Iver, em *The Web of Government*: “A força não pode, por si só, manter um grupo unido. Um grupo pode dominar pela força o resto da comunidade, mas o grupo inicial, já submetido ao governo antes que possa dominar, não está aglutinado pela força. Os conquistadores podem impor coativamente sua vontade aos conquistados, mas os conquistadores estiveram inicialmente unidos por algo distinto da força... Em todo governo constituído algum tipo de autoridade se encontra por detrás da força” [tradução livre]. ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la justicia**. Traducción de Genaro R. Carrió. 3. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2006, p. 84, cap. II, nota de rodapé nº 23. No original: “La fuerza no puede por si sólo mantener a un grupo unido. Un grupo puede dominar por la fuerza al resto de la comunidad, pero el grupo inicial, sometido ya al gobierno antes de que pueda dominar, no está aglutinado por la fuerza. Los conquistadores pueden imponer coativamente su voluntad a los conquistados, pero los conquistadores mismos estuvieron unidos por algo distinto de la fuerza... En todo gobierno constituido algún tipo de autoridad se encuentra por detrás de la fuerza”.

²³ “Quando, no curso dos acontecimentos humanos, se torna necessário um povo dissolver laços políticos que o ligavam a outro, e assumir, entre os poderes da Terra, posição igual e separada, a que lhe dão direito as leis da natureza e as do Deus da natureza, o respeito digno às opiniões dos homens exige que se declarem as causas que os levam a essa separação. Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens foram criados iguais, foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade [...]”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Declaração da independência dos Estados Unidos da América**. Philadelphia, 4 jul. 1776. Disponível em: <<http://www.embaixada-americana.org.br/index.php?action=materia&id=645&submenu=106&itemmenu=110>>. Acesso em: 14 set. 2008.

De acordo com Nino²⁴, a concepção jusnaturalista pode caracterizar-se por sustentar conjuntamente as duas teses seguintes: a) uma tese de filosofia ética que sustenta que há princípios que determinam a justiça das instituições sociais e estabelecem parâmetros de virtude pessoal que são universalmente válidos, independentemente de seu reconhecimento efetivo por certos órgãos ou indivíduos; b) uma tese acerca da definição do conceito de direito, segundo a qual uma norma ou um sistema normativo, ainda quando sejam efetivamente reconhecidos por órgãos que tenham acesso ao aparato coativo estatal, não podem ser qualificados como “jurídicos”, se contradizem os princípios antes aludidos.

O *positivismo conceitual*, que está representado por autores como Jeremy Bentham, John Austin, Hans Kelsen, Alf Ross, Herbert L.A. Hart etc., não se opõe invariavelmente²⁵ à tese *a*, como tal, mas sim à tese *b*. Em relação à primeira tese, percebe-se que os positivistas mantêm posições diversas, independentemente do seu positivismo. Bentham²⁶, por exemplo, defende um sistema ético utilitarista. Por outro lado, Kelsen²⁷ repele-a completamente. Aqui é crucial identificar em que consiste, de fato, o dissenso de alguns positivistas sobre a tese *a*. Em primeiro lugar, quase todos os positivistas, ainda os que aceitam o cerne da tese, opor-se-ão a rotular o sistema de princípios de “direito natural”. Segundo Nino, há duas razões para isso:

²⁴ Cf. NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 28 ss.

²⁵ Isso significa, como se demonstra em seguida, que tanto há autores positivistas tendentes a aceitar, ainda que a seu modo, a tese *a* quanto há outros que a negam integralmente.

²⁶ “II. [...] Pelo princípio de utilidade se quer dizer aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação de que se trate, segundo a tendência que parece tender a aumentar ou diminuir a felicidade da parte cujo interesse está em jogo; ou, em outras palavras, promover ou opor-se a ela. [...] X. De uma ação que concorda com o princípio da utilidade se pode sempre dizer ou o que é uma ação que deve ser efetuada, ou ao menos o que não é uma ação que não deve ser efetuada. Também pode dizer-se que está bem realizá-la ou ao menos que não está mal fazê-la, o que é uma boa ação, ou ao menos o que não é uma má ação. Quando elas são interpretadas assim, as palavras *deve* e *boa* e *má*, e outras desse tipo, têm sentido; interpretadas de outra maneira, carecem dele” [tradução livre]. BENTHAM, Jeremy. **Los principios de la moral y la legislación**. Traducción de Margarita Costa. Buenos Aires: Claridad, 2008, p. 12-13. No original: “[...] Por el principio de utilidade se quiere decir aquel principio que aprueba o desaprueba cualquier acción de que se trate, según la tendencia que parece tender a aumentar o disminuir la felicidad de la parte cuyo interés está en juego; o, en otras palabras, promover u oponerse a ella [...]. X. De una acción que concuerda con el principio de utilidad se puede siempre decir o bien que es una acción que debe llevarse a cabo, o al menos que no es una que no debe llevarse a cabo. También puede decirse que está bien realizarla o al menos que no está mal hacerlo, que es una buena acción, o al menos que no es una mala acción. Cuando se las interpreta así, las palabras *debe* y *buena* y *mala*, y otras de ese tipo, tienen sentido; interpretadas de otra manera, carecen de él”.

²⁷ “[...] se se nega que o que é bom e justo de conformidade com uma ordem moral é bom e justo em todas as circunstâncias, e o que segundo esta ordem moral é mau é mau em todas as circunstâncias; se se concede que em diversas épocas, nos diferentes povos e até no mesmo povo dentro das diferentes categorias, classes e profissões valem sistemas morais muito diferentes e contraditórios entre si, que em diferentes circunstâncias pode ser diferente o que se toma por bom e mau, justo e injusto e nada há que tenha de ser havido por necessariamente bom ou mau, justo ou injusto em todas as possíveis circunstâncias, que apenas há valores morais relativos – então a afirmação de que as normas sociais devem ter um conteúdo moral, devem ser justas, para poderem ser consideradas como Direito, apenas pode significar que estas normas devem conter algo que seja comum a todos os sistemas de Moral enquanto sistemas de justiça”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 72-73.

A primeira, porque esta terminologia que inclui a expressão “direito” pode gerar confusões que impliquem introduzir sub-repticiamente a tese *b* do jusnaturalismo, impedindo que se conte com um conceito puramente descritivo de direito. A segunda possível razão geral pela qual positivistas não são proclives a denominar “direito natural” ao conjunto de princípios aludidos pela tese *a* é que ele pode sugerir – não só por razões etimológicas, mas pelo contexto histórico em que surgiu a expressão – uma *particular* concepção metaética acerca da forma de fundamentar tais princípios, a saber: através, de sua derivação de proposições acerca da natureza humana, e mais especificamente, através da sua derivação do enfoque aristotélico-tomista da natureza humana²⁸ [tradução livre].

Ainda que alguns positivistas não contestem integralmente a idéia de que a fundamentação dos princípios apontados pela tese *a* esteja relacionada com a hipótese da natureza humana – a exemplo de Bentham –, os positivistas preferem utilizar expressões de uso corrente ou de cunho filosófico, que sejam mais neutras sobre a questão de fundamentação. Não obstante, eles se referem, praticamente, ao mesmo significado que se apreende da expressão “direito natural”, quer dizer, um conjunto de princípios ideais que fornecem uma justificação final de instituições e de ações. Costuma-se, desse modo, falar de concepções “axiológicas”, “valorativas”, “ideológicas”, de princípios de uma “moral ideal ou crítica”, de “teorias de ética normativa” etc²⁹. Perceber isso é importante na medida em que se demonstra que – inclusive para os positivistas – qualquer ordem jurídica com pretensões de correção e de validade não pode prescindir de certos princípios de moralidade ou de justiça³⁰. Nesse sentido, é preciso ter em mente que a decisão sobre quais atitudes ou quais cursos de ação devem ser adotados frente a uma certa ordem jurídica ou ante uma determinada norma jurídica – diferentemente do problema da sua identificação³¹ – é uma questão prática que não pode ser resolvida sem o comprometimento explícito ou implícito com os referidos princípios.

²⁸ NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos**: un ensayo de fundamentación. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 17-18. No original: “La primera, porque esta terminología que incluye la expresión ‘derecho’ puede generar confusiones que involucren introducir subrepticamente la tesis *b* del iusnaturalismo, impidiendo que se cuente con un concepto puramente descriptivo de derecho. La segunda posible razón general por la que los positivistas no son proclives a denominar ‘derecho natural’ al conjunto de principios aludidos por la tesis *a* es que ello puede sugerir – no sólo por razones etimológicas sino por el contexto histórico en que surgió la expresión – una *particular* concepción metaética acerca de la forma de fundamentar tales principios, a saber: a través de su derivación de proposiciones acerca de la naturaleza humana, y más específicamente, a través de su derivación del enfoque aristotélico-tomista de la naturaleza humana”.

²⁹ Cf. NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 18.

³⁰ Com isso, não se pretende nem se poderia afirmar que, para todos os positivistas, tais princípios de moralidade ou de justiça têm necessariamente uma validade universal. Como se viu acima (nota de rodapé nº 23), Kelsen defende que há apenas valores morais relativos. Porém, a universalidade dos valores morais e dos direitos humanos, bem como os problemas dessa concepção relativista, só serão tratados mais adiante, no item 1.3. Desse modo, embora a validade universal dos valores morais não possa ser provada aqui e agora, pode-se admitir que, até para os positivistas, qualquer ordem jurídica com pretensões de legitimidade depende de certos princípios de moralidade ou de justiça.

³¹ Para Nino, a identificação de um sistema jurídico é uma questão teórica que pode resolver-se de forma valorativamente neutra (dependendo, claro, do conceito de direito que se pressuponha). A disputa entre os

Com essas observações e principalmente com as seguintes, pode compreender-se a grande relevância dos direitos morais para a teoria e para prática do direito, em geral, e para a dos direitos humanos, em particular. Desse modo, no entendimento de Alexy,

A decisão tomada em qualquer nível da fundamentação é [...] uma decisão sobre o que deve ou pode ser feito ou omitido. Com ela, a ação ou comportamento de uma ou várias pessoas é preferido em relação a outras ações ou comportamentos seus, isto é, um estado de coisas é preferido em detrimento de outro. Na base de tal ação de preferir está, contudo, a enunciação da alternativa eleita como melhor em algum sentido e, portanto, uma *valoração* ou *juízo de valor*³².

Na justificação de decisões judiciais em casos concretos, essa enunciação da alternativa eleita pelos juízes como a melhor em algum sentido adquire necessariamente o carácter de razão justificatória, e esta, por definição³³, só pode ser constituída por princípios morais considerados válidos. Isso sucede porque, num grande número de casos, a decisão jurídica que põe fim a uma disputa judicial não se segue logicamente das formulações jurídicas que se supõem vigentes. Tanto é que um dos poucos pontos pacíficos na Metodologia da Ciência Jurídica contemporânea é o de que todo ordenamento jurídico possui indeterminações, geradas por lacunas, por contradições, por ambigüidades, por imprecisões etc., e elas não podem ser solucionadas sem se valer diretamente de considerações valorativas³⁴. Dessa maneira, nem sempre há uma norma jurídica exata para justificar acabadamente a decisão que se deve adotar num caso concreto e, ainda que exista tal norma

positivistas e os jusnaturalistas acerca da tese *b* se desvanece quando se passa a entender que não deve haver um único conceito de direito. Assim, para ele, podem coexistir tanto um conceito *normativo* de direito (que alude às normas que *devem justificadamente* ser reconhecidas pelos órgãos estatais) quanto um conceito *descritivo* de direito (que alude às normas que *são, de fato*, reconhecidas pelos órgãos estatais). Frente a isso, resta apenas uma possível questão acerca de qual desses conceitos é funcionalmente mais adequado em diferentes contextos. Cf. NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 17-18.

³² ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 37-38.

³³ Veja-se a explicação a que fazem referência as notas de rodapé nº 36 e nº 37.

³⁴ Karl Larenz reflete diretamente sobre a questão ora tratada: “É manifesto que ao juiz não é possível em muitos casos fazer decorrer a decisão apenas da lei, nem sequer das valorações do legislador que lhe incumbe conhecer. Este é desde logo o caso em que a lei lança mão dos denominados conceitos indeterminados ou de cláusulas gerais. Aqui apresenta-se somente um quadro muito geral que o juiz, no caso concreto, terá de preencher mediante uma valoração adicional. Tal acontece igualmente nos casos em que se deparam novas questões relativamente às quais não pôde ainda o legislador tomar posição, ou quando desaparecem pressupostos de que partiu o legislador para efectuar a sua valoração, ou quando normas e regulações colidem entre si, sem ser possível descortinar a qual atribuiria o legislador prevalência em casos idênticos àquele que o juiz tem perante si. É aqui o juiz remetido a sua intuição valorativa, para a sua capacidade de julgar, sedimentada no exercício da sua actividade (o seu ‘recto juízo’), o seu ‘parecer’, ou existem valores e critérios de valoração extra ou supralégais a que ele possa e deva arrimar-se?”. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 164-165.

jurídica, ela não pode incorporar-se, como tal, ao raciocínio justificatório de um juiz com independência de juízos valorativos³⁵.

Se a importância dos direitos morais para a prática e para a teoria do direito em geral é fundamental, no caso dos direitos humanos ela é ainda mais decisiva. Em outros casos, uma norma jurídica pode ter um conteúdo contrário ao que é prescrito por princípios morais válidos e, apesar disso, ser moralmente obrigatória, porquanto a sua origem em procedimentos moralmente legítimos – como, por exemplo, os de índole democrática – conferem primazia às razões a favor da sua observância, em detrimento das razões em prol do seu descumprimento. Por outro lado, quando se trata do reconhecimento dos direitos humanos, a questão é de tal importância moral que dificilmente uma norma jurídica que negue esse reconhecimento será justificada, ainda que sua origem seja legítima. Essa relevância ostentada por tais direitos deve direcionar a atenção dos juristas para a tarefa de se buscar um critério capaz de determinar racionalmente quais direitos humanos são necessários; ou, em outras palavras, quais direitos humanos derivam de princípios morais válidos. Este trabalho é uma tentativa de lidar criticamente com essa intrigante questão.

Ainda neste momento, é relevante observar que os princípios morais aqui enunciados não pertencem a uma moral social (ou positiva), mas a uma moral crítica (ou ideal). Aquela só concerne ao raciocínio prático do homem “prudente”, o qual está preocupado principalmente com as reações sociais que podem provocar seus atos. A segunda faz alusão ao homem “moral”, cujo raciocínio prático está dirigido a justificar seus atos e suas decisões³⁶. Nino, para evitar confusões conceituais, aponta os seguintes traços distintivos dos princípios morais, que, como se pode facilmente perceber, estão em conformidade com o conceito de direitos humanos delineado anteriormente:

a) os princípios morais a que aludo são tais que se existissem, sua existência estaria dada por sua validade ou *aceitabilidade* e não por seu reconhecimento efetivo ou *aceitação* real por certos indivíduos; não são, por consequência, princípios de uma moral positiva, senão de uma moral crítica ou ideal que pode ou não ter vigência em algum âmbito; b) se esses princípios fossem aceitos para justificar certas condutas, eles seriam aceitos como justificação *final* dessas condutas; quer dizer, não há princípios de *outra classe* que prevaleçam sobre eles para valorar uma ação que esteja compreendida em seu domínio; c) os princípios morais podem valorar *qualquer conduta* (em especial, tanto ações que só concernem ao agente quanto as que interessam a terceiros; tanto ações de funcionários quando de particulares etc.). Se uma conduta está ou não submetida a valoração moral não pode determinar-se a

³⁵ Nesse sentido, cf. NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 23; ALEXY, Robert. Op. cit., p. 37-38; LARENZ, Karl. Op. cit., p. 164-165 e p. 172 ss.

³⁶ Cf. NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 93.

priori, senão que depende do conteúdo dos princípios morais básicos³⁷ [tradução livre].

A partir dessas considerações, deve-se enfatizar que os direitos humanos realmente têm uma validade moral e, portanto, a capacidade de reivindicar e de conferir legitimidade a uma determinada ordem jurídica. Essa validade, contudo, não é suficiente para que tais direitos sejam impostos e institucionalizados. Para tanto, faz-se necessário adicionar à validade moral dos direitos humanos uma validade jurídica positiva, a qual fornece as condições para a sua implementação³⁸. Em suma, esses direitos de índole moral necessitam ser incorporados ao ordenamento jurídico positivo estatal, na forma de direitos fundamentais, a fim de que lhes seja garantida uma maior eficácia social.

1.2 Sobre alguns parâmetros de fundamentação dos direitos humanos

Toda fundamentação dos direitos humanos tem que se apoiar em algo e, por isso mesmo, todo parâmetro que de algum modo venha ao caso já foi utilizado como base para tal tarefa. Para enunciar cinco exemplos³⁹, já se recorreu a revelações religiosas; a costumes remotos; à natureza; à razão; e ao consenso. Embora nos limites deste trabalho não seja possível analisar detidamente as premissas de cada uma dessas tentativas de fundamentação, é importante verificar brevemente em que elas consistem, a fim de se oferecer uma noção do que foi feito até hoje em matéria de fundamentação filosófica dos direitos humanos.

Segundo Rabinovich-Berkman⁴⁰, as primeiras respostas que a história aponta sugerem que as bases objetivas dos direitos humanos estão fundadas em fatores que implicam aceitar, como verdadeiros, elementos que não podem ser percebido através dos sentidos.

³⁷ NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 20. No original: “a) los principios morales a que aludo son tales que si existieran, su existencia estaría dada por su validez o *aceptabilidad* y no por su reconocimiento efectivo o *aceptación* real por ciertos individuos; no son, en consecuencia, principios de una moral positiva sino de una moral crítica o ideal que puede o no tener vigencia en algún ámbito; b) si estos principios fueran aceptados para justificar ciertas conductas, ellos serían aceptados como justificación *final* de esas conductas; es decir, no hay principios de *otra clase* que prevalezcan sobre ellos para valorar una acción que esté comprendida en su dominio; c) los principios morales pueden valorar *cualquier conducta* (en especial, tanto acciones que sólo conciernen al agente como las que interesan a terceros; tanto acciones de funcionarios como de particulares etcétera). Si una conducta está o no sometida a valoración moral no puede determinarse *a priori*, sino que depende del contenido de los principios morales básicos”.

³⁸ Essa é uma das teses que será aprofundada na análise da fundamentação dos direitos humanos a partir da teoria do discurso. Veja-se: Capítulo III, item 3.1, p. 71 ss.

³⁹ Outros parâmetros poderiam ter sido citados, porém, devido à limitação imposta pelo tema central desta investigação, foi necessário escolher apenas cinco parâmetros de fundamentação dos direitos humanos, levando-se em consideração a sua recorrência na história desses direitos.

⁴⁰ Cf. RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. **Derechos humanos**: una introducción a su naturaleza y a su historia. Buenos Aires: Quorum, 2007, p. 40.

Nessa perspectiva, são diversos os fatores religiosos já usados como fundamento dos direitos humanos, como, por exemplo, que a divindade entrega o poder aos governantes, mas lhes impõe determinados limites (Epopéia de Gilgamesh⁴¹) ou que os homens foram dotados, por seu criador, de certos direitos inalienáveis (Declaração de independência dos Estados Unidos⁴²).

Muito relacionada a essa visão religiosa, está a posição que entende essas prerrogativas como um dado da realidade social que funda suas raízes em épocas ou tradições remotas e que deve ser respeitado porque dessa observância derivam segurança e estabilidade para o grupo humano e para o universo. A relação com o religioso deve-se ao fato de esses costumes arcaicos serem freqüentemente considerados como estabelecidos e protegidos por deuses. Um exemplo típico é o drama *Antígona*, de Sófocles, quando esta invoca perante Creonte as leis não-escritas dos deuses:

CREONTE: Mesmo assim ousaste transgredir minhas leis?

ANTÍGONA: Não foi, com certeza, Zeus que as proclamou nem a Justiça com trono entre os deuses dos mortos as estabeleceu para os homens. Nem eu suponho que tuas ordens tivessem o poder de superar as leis não-escritas, perenes, dos deuses, visto que és mortal. Pois elas não são de ontem nem de hoje, mas são sempre vivas, nem se sabe quando surgiram.⁴³

William Graham Sumner, num escrito de 1906, consegue resumir o pensamento daqueles que viam nos costumes tradicionais o fundamento dos direitos humanos:

A forma “correta” é a forma que empregaram os antepassados e que foi transmitida. A tradição é a sua própria justificação. Não se a submete à verificação pela experiência. A idéia do correto está nos costumes tradicionais. Não está fora deles nem tem uma origem independente que se introduz para prová-los. Nos costumes tradicionais, aquilo que é, é o correto. Isso é assim porque eles são tradicionais e, portanto, contêm, em si mesmos, a autoridade dos espíritos ancestrais. Quando chegamos aos costumes tradicionais, estamos no final da nossa análise⁴⁴ [tradução livre].

⁴¹ A Epopéia de Gilgamesh é a história de um rei sumério da cidade-estado de Uruk que teria vivido no século XXVIII a.C. Segundo a lenda, ele era 2/3 deus e 1/3 humano, e foi autor de grandes feitos sobre-humanos. Trata-se de um longo poema, gravado em 12 tábuas de argila, descoberto em escavações em Nínive, em 1847, sobre as questões humanas, o sentido da vida e da morte, a eternidade etc.

⁴² Veja-se a nota de rodapé nº 23.

⁴³ SÓFOCLES. *Antígona*. Tradução de Donaldo Schüler. Porto Alegre: L&PM, 2001, p. 35-36.

⁴⁴ SUMNER, William Graham. *Folkways: a study of the sociological importance of usages, manners, customs, mores, and morals*. Boston: Ginn and Company, 1906, p. 28. No original: “The ‘right’ way is the way which the ancestors used and which has been handed down. The tradition is its own warrant. It is not held subject to verification by experience. The notion of right is in the folkways. It is not outside of them, of independent origin, and brought to them to test them. In the folkways, whatever is, is right. This is because they are traditional, and therefore contain in themselves the authority of the ancestral ghosts. When we come to the folkways we are at the end of our analysis”.

Outra fonte de parâmetros *objetivos* – isto é, pertencentes a todos os homens e a todas as mulheres indistintamente – utilizados como fundamento dos direitos humanos ao longo da história é a natureza⁴⁵. Tal fonte resulta de uma verdade exterior inquestionável. Por exemplo, a afirmação “chove” não é subjetiva, uma vez que, se não cai água do céu, ela é falsa. Se se pudesse encontrar, na natureza humana, determinadas prerrogativas, estas seriam tão objetivas como a chuva que cai⁴⁶. Essa vertente de pensamento costuma fazer a comparação das condutas humanas com o comportamento dos demais animais. Assim, por exemplo, da circunstância de os mamíferos viverem em pares, deduzir-se-ia o direito de se casar, de formar uma família etc. O seguinte trecho da obra *Política*, de Aristóteles, é capaz de ilustrar o entendimento dos direitos humanos como derivados diretamente da natureza:

[...] é evidente que o homem, muito mais que a abelha ou outro animal gregário, é um animal social. Como costumamos dizer, a natureza nada faz sem um propósito, e o homem é o único entre os animais que tem o dom da fala. Na verdade, a simples voz pode indicar a dor e o prazer, e outros animais a possuem (sua natureza foi desenvolvida somente até o ponto de ter sensações do que é doloroso ou agradável e externá-las entre si), mas a fala tem a finalidade de indicar o conveniente e o nocivo, e portanto também o justo e o injusto; a característica específica do homem em comparação com os outros animais é que somente ele tem o sentimento do bem e do mal, do justo e do injusto e de outras qualidades morais, e é a comunidade de seres com tal sentimento que constitui a família e a cidade⁴⁷.

A recorrência à razão constituiu outra linha de fundamentação dos direitos humanos. O maior representante dessa corrente filosófica foi Immanuel Kant, que pretendeu encontrar um princípio supremo ao redor do qual seria possível construir um sistema moral objetivo, fundado exclusivamente na razão. A fórmula desse princípio, ele chamou de imperativo categórico, porquanto seria válido em qualquer circunstância e para qualquer pessoa. Kant apresenta três fórmulas e, conseqüentemente, três critérios de validade (a *universalidade da razão*, a *humanidade* e a *autonomia*) para expressar tal imperativo, a partir da fórmula geral: “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal⁴⁸”.

⁴⁵ Para Machado Paupério, “Quando os pagãos procuram uma norma de moral, pensam imediatamente na natureza; quando os judeus e os cristãos o fazem, referem-se a Deus, que é o Autor da natureza”. PAUPÉRIO, Artur Machado. **Introdução axiológica ao direito**: apêndice à introdução à ciência do direito. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 128.

⁴⁶ Cf. RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. Op. cit., p. 41.

⁴⁷ ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília: UnB, 1997, p. 15.

⁴⁸ Para ele, a universalidade da razão é o mais seguro dos três critérios para o juízo moral: “é melhor, no juízo moral, proceder sempre segundo o método rigoroso e basear-se sempre na fórmula universal do imperativo categórico” KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Porto: Porto, 1995, p. 73-74.

O imperativo categórico, além de se apoiar na universalidade da moral, também preconiza o valor incondicional da pessoa humana⁴⁹, e essa talvez tenha sido sua mais importante contribuição na temática dos direitos humanos. Em sua matéria, o imperativo categórico apresenta-se da seguinte maneira: “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua, como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio⁵⁰”. O caráter universal e humanista da construção moral kantiana tem levado muitos pensadores a considerá-la como umas das mais fecundas até hoje⁵¹.

A idéia de consenso também já foi proposta para fundamentar filosoficamente os direitos humanos. Pode-se fazer referência, porém, a duas modalidades de consenso: 1) um consenso faticamente existente, baseado em valores ou convicções da coletividade ou de certos grupos; e 2) um consenso resultante de um discurso fundado em certos procedimentos racionais. Percebe-se o primeiro tipo de consenso quando Karl Engisch, admitindo que as opiniões morais dominantes em certos setores populacionais são válidas justamente em virtude desse compartilhamento de concepções, entende que, para o julgador, não é o seu ponto de vista eminentemente pessoal que interessa, “mas, antes, aquilo que ‘as pessoas’ pensam e sentem nos sectores em questão. [...] Se se tratar de questões éticas fundamentais, o juiz não poderá desprezar aquilo a que se chama ‘lei moral objectiva’⁵²”. Como demonstra Alexy, esse parâmetro de fundamentação é bastante problemático e, por isso, passível de várias objeções:

Em muitos casos, as valorações da coletividade não podem ser determinadas com exatidão. Mesmo com a ajuda dos métodos das ciências sociais, aparecem, com frequência, valorações que não são suficientemente concretas para servir como fundamento da decisão. A coletividade deveria, para isso, familiarizar-se com todos os casos a decidir. Com frequência, haverá juízos de valor divergentes. Quais juízos deve então seguir o aplicador? O mesmo se deve dizer para o caso em que o indivíduo aja conforme as valorações de “*círculos determinados*” entre os quais estão especialmente os juristas ou, dentro dele, os juízes. Tampouco aqui são raras as concepções diferentes. Quem age de acordo com as convicções de grupos determinados tem, ademais, de fundamentar por que devem ser decisivas precisamente as concepções das pessoas pertencentes a esses grupos. Finalmente, é preciso questionar se uma convicção normativa pode ser base justificativa para decisões jurídicas, simplesmente pelo fato de ela ser conhecida pela comunidade.

⁴⁹ Tive a oportunidade de tratar mais detidamente esse assunto em outro trabalho. Cf. WEYNE, Bruno Cunha. Dignidade da pessoa humana na filosofia moral de Kant. **Themis**: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, v. 5, n. 1, p. 15-41, jan./jul. 2007.

⁵⁰ KANT, Immanuel. Op. cit., p. 66.

⁵¹ Nesse sentido, Soromenho-Marques diz que “Kant está sempre presente como raiz e horizonte de referência para os filósofos que procuram aprofundar o papel da responsabilidade e da cidadania democráticas no presente quadro de crise social e ambiental global”. SOROMENHO-MARQUES, Viriato. As tarefas da universalidade. In: KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Porto: Porto, 1995, p. 9-19 à p. 19.

⁵² ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 237-238.

Contra isso pode-se argumentar que certas convicções normativas só são conhecidas porque ainda não foram submetidas a um exame crítico. Não obstante, isso é válido apenas limitadamente em relação às convicções dos juristas que, no caso ideal, são o resultado de uma duradoura discussão crítica de tipo institucional⁵³.

O segundo tipo de consenso, por outro lado, é um dos parâmetros de fundamentação que mais tem aceitação na filosofia contemporânea. Além dos trabalhos de Alexy sobre a temática, merecem referência, dentre outras, as abordagens de Carlos Santiago Nino⁵⁴, Jürgen Habermas⁵⁵, Karl-Otto Apel⁵⁶. Embora as concepções desses autores sejam diferentes em muitos aspectos, existe uma noção comum entre eles: todos apontam o discurso racional como um elemento imprescindível na fundamentação de normas éticas. Conforme Alexy, um pressuposto central de uma teoria do discurso é que “a aceitação no discurso depende primeiramente de argumentos e, em segundo lugar, que existe uma vinculação necessária entre a aceitação universal sob condições ideais e os conceitos de correção e de validade moral⁵⁷” [tradução livre]. Desse modo, as normas corretas – e, portanto, válidas – seriam aquelas que, num discurso ideal, pudessem ser consideradas, por cada participante, como corretas. Essa linha de raciocínio, em especial a sustentada por Alexy, será investigada nos seguintes capítulos, a fim de se tentar responder à questão do conteúdo e da estrutura de uma fundamentação filosófica dos direitos humanos.

1.3 O desafio do relativismo cultural

Como se mencionou no item 1.1, a universalidade constitui um elemento fundamental dos direitos humanos. Sem ela, a própria idéia desses direitos se desvaneceria, uma vez que, no lugar de direitos cuja titularidade se adquire simplesmente por pertencer à espécie humana, ter-se-iam direitos relativos apenas a determinadas culturas ou a certa classe de indivíduos. Dessa maneira, a possibilidade de proteger e de exigir o cumprimento de tais direitos – e, por conseqüência, a sua efetivação – estaria seriamente prejudicada. Disso resulta

⁵³ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 41.

⁵⁴ Cf. NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos**: un ensayo de fundamentación. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2007.

⁵⁵ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v.1.

⁵⁶ Cf. APEL, Karl-Otto. **Transformação da filosofia II**: o a priori da comunidade de comunicação. Tradução de Paulo Astor Soeth. São Paulo: Loyola, 2000.

⁵⁷ ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Traducción de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 69. No original: “[...] la aceptación en el discurso depende primeramente de argumentos y, en segundo lugar, que existe una vinculación necesaria entre la aceptación universal bajo condiciones ideales y los conceptos de corrección y validez moral”.

a afirmação de que é um truísmo a reivindicação dos direitos humanos por validade universal⁵⁸.

A universalidade recebe ampla defesa nas legislações e nos documentos jurídicos internacionais. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Organização das Nações Unidas desde 1948, preconiza, no seu preâmbulo, o “[...] reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana”. Em seguida, no seu Artigo 1º, assevera que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos⁵⁹”. Nesse sentido, a Conferência Mundial de Direitos Humanos das Nações Unidas, realizada na cidade de Viena em junho de 1993, não apenas confirmou a natureza universal desses direitos, mas exigiu que não restassem dúvidas quanto a isso⁶⁰. Poderiam ser citados copiosos documentos da ONU em que essa reivindicação por validade universal recebe claro e inequívoco reconhecimento.

Apesar disso, a idéia da universalidade desses direitos – e, conseqüentemente, a possibilidade de uma fundamentação racional dos direitos humanos – continua sendo rechaçada, sobretudo por aqueles que dão suporte a uma teoria acerca da natureza da moral, usualmente denominada de relativismo cultural. Por isso, um segundo tema filosófico que deve ser examinado nesta ocasião é a análise crítica dos pressupostos dessa teoria, por serem eles incompatíveis com a linha de argumentação que será desenvolvida nas partes seguintes deste texto.

Uma das idéias mais difundidas pelo relativismo cultural é a de que “culturas diferentes possuem códigos morais diferentes”. Existem numerosos exemplos capazes de ilustrá-la. Um deles é o caso do infanticídio, quer dizer, a prática de intencionalmente causar a morte de um infante. Os índios Yanomami⁶¹, que vivem em ambos os lados da fronteira

⁵⁸ Cf. BIELEFELDT, Heiner. *Human rights in a pluralistic world. Do human rights travel?* London: British Council, 2004, p. 42-57, à p. 42.

⁵⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração universal dos direitos humanos*. Paris, 10 dez. 1948 Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/udhr/lang/por.htm>>. Acesso em: 23 jun. 2008.

⁶⁰ Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *World conference on human right*. Vienna, 14-25 jun. 1993. Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.En](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.En)>. Acesso em: 23 jun. 2008.

⁶¹ “Os Yanomami formam uma sociedade de caçadores-agricultores da floresta tropical do Norte da Amazônia cujo contato com a sociedade nacional é, na maior parte do seu território, relativamente recente. Seu território cobre, aproximadamente, 192.000 km², situados em ambos os lados da fronteira Brasil-Venezuela na região do interflúvio Orinoco - Amazonas (afluentes da margem direita do rio Branco e esquerda do rio Negro). Constituem um conjunto cultural e lingüístico composto de, pelo menos, quatro subgrupos adjacentes que falam línguas da mesma família (*Yanomae*, *Yanōmami*, *Sanima* e *Ninam*). A população total dos Yanomami, no Brasil e na Venezuela, é hoje estimada em cerca de 26.000 pessoas. No Brasil, a população yanomami é de cerca de 12.500 pessoas, repartidas em 188 comunidades (censo FUNASA). A Terra Indígena Yanomami, que cobre 9.664.975 ha (96.650 km²) de floresta tropical é reconhecida por sua alta relevância em termo de proteção da biodiversidade amazônica e foi homologada por um decreto presidencial em 25 de maio de 1992”. COMISSÃO

Brasil-Venezuela, têm a prática do infanticídio bastante arraigada em sua tradição cultural⁶². Numa entrevista, Erwin Frank, antropólogo e pesquisador dos Yanomami há 30 anos, afirmou que “isso expressa a autonomia da mulher em decidir pela vida ou a morte do filho e funciona como uma forma de seleção para as malformações e para o sexo das crianças⁶³”. Segundo ele, a índia se isola do grupo e entra na mata quando sente que vai dar à luz. Ali, sozinha, ela decide o destino do filho por diversas razões, sem a interferência de nenhum outro membro da comunidade, nem mesmo o marido. Ela cava um buraco no chão, coloca algumas folhas e tem o filho de cócoras. Um dos métodos para matar a criança é asfixiá-lo com folhas. Os estudos de Erwin Frank concluíram que as índias matam os filhos por qualquer malformação da criança ou se o sexo do bebê não corresponde ao esperado: “Os Yanomami, principalmente os grupos mais afastados, preferem que o primeiro filho seja homem. Então a mulher comete o infanticídio para não esperar tanto tempo para engravidar novamente⁶⁴”.

Aos olhos de uma sociedade não-indígena essa prática é geralmente perturbadora, sendo considerada como uma conduta imoral e criminoso. A forma de vida própria de uma sociedade parece-lhe tão natural e correta que, para a maioria dos seus membros, é extremamente difícil compreender a distinta forma de vida de outros povos, como ocorre no caso do infanticídio. Dessa maneira, quando se está diante de costumes tão diferentes, a sociedade que os adota logo passa a ser taxada pelas demais de “primitiva” ou de “atrasada”. Todavia, no entendimento do citado antropólogo, não se deve perceber o infanticídio como uma barbárie contra criancinhas indefesas: “Esse é o modo de vida deles e não cabe a nós julgá-los com base nos nossos valores. A diferença entre as culturas deve ser respeitada⁶⁵”.

A ilustração feita com o exemplo do infanticídio pode ser realizada facilmente com outras práticas sociais. Nesse sentido, o matrimônio recebe tratamentos que variam de cultura para cultura e de religião para religião. Na maioria dos países ocidentais de influência judaico-cristã, a poligamia – ou seja, a união conjugal de uma pessoa com várias outras do gênero oposto – não é reconhecida do ponto de vista jurídico e é tida como uma prática

PRÓ-YANOMAMI. OS Yanomami. **Os Yanomami e sua terra**. Textos de Bruce Albert. Disponível em: <<http://www.proyanomami.org.br/v0904/index.asp?pag=noticia&id=3980>>. Acesso em: 21 set. 2008.

⁶² Ressalte-se que essa prática é adotada também em outras sociedades, a exemplo da dos esquimós. Cf. RACHELS, James. **Introducción a la filosofía moral**. Traducción de Gustavo Ortiz Millán. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 39-40.

⁶³ COMISSÃO PRÓ-YANOMAMI. Yanomami na Imprensa. **Infanticídio é uma tradição milenar dos Yanomami**. Fonte: Folha de Boa Vista, 10 de março de 2005. Disponível em: <<http://www.proyanomami.org.br/v0904/index.asp?pag=noticia&id=3980>>. Acesso em: 21 set. 2008.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Ibidem.

incorreta moralmente. O mesmo não ocorre em países de tradição islâmica, onde cada homem pode ter até quatro esposas.

Diante dessas observações, a idéia de que “culturas diferentes possuem códigos morais diferentes” levou muitos pensadores a considerá-la como a chave para o entendimento da moral. Para eles, a idéia de verdades universais na ética é um mito. Nessa ótica relativista, os costumes de diferentes sociedades são tudo o que existe. James Rachels acrescenta que “Não se pode dizer desses costumes que [eles] são ‘corretos’ ou ‘incorretos’, pois isso implica que temos um critério independente de correção e incorreção com o qual podem ser julgados. Mas não existe tal critério independente; cada critério está ligado a uma cultura⁶⁶” [tradução livre].

Como se pode perceber, essa linha de argumentação opõe-se diretamente à universalidade de verdades morais e, portanto, à universalidade dos direitos humanos, o que a evidencia como um obstáculo teórico à fundamentação racional desses direitos. No entanto, antes de dar continuidade ao exame crítico do relativismo cultural, é preciso separar os diferentes elementos dessa teoria, para que estes fiquem claros. Pelo menos seis proposições distintas e independentes uma das outras são afirmadas por relativistas culturais:

1. Diferentes sociedades têm diferentes códigos morais. 2. O código moral de uma sociedade determina o que é correto dentro dessa sociedade; isto é, se o código moral de uma sociedade diz que certa ação é correta, então essa ação é correta, pelo menos dentro dessa sociedade. 3. Não há um critério objetivo que se possa empregar para julgar o código de uma sociedade como melhor que o de outra. 4. O código moral da nossa própria sociedade não tem uma categoria especial; é somente um entre muitos outros. 5. Não há uma “verdade universal” na ética; isto é, não há verdades morais que valham para todos os povos em todas as épocas. 6. É pura arrogância da nossa parte julgar a conduta de outros povos. Devemos adotar uma atitude de tolerância em relação às práticas de outras culturas⁶⁷ [tradução livre].

O relativismo cultural pode parecer, à primeira vista, uma teoria bastante atrativa. Entretanto, ao passar por uma análise racional, tal teoria deixa de ser tão razoável como se podia pensar. A estratégia lógica que os relativistas usam em sua argumentação consiste no

⁶⁶ RACHELS, James. Op. cit., p. 41. No original: “No puede decirse de estas costumbres que son ‘correctas’ o ‘incorrectas’, pues esto implica que nosotros tenemos un criterio independiente de corrección e incorrección con el que pueden ser juzgadas. Pero no hay tal criterio independiente; cada criterio está ligado a una cultura”.

⁶⁷ RACHELS, James. Op. cit., p. 42. No original: “1. Diferentes sociedades tienen diferentes códigos morales. 2. El código moral de una sociedad determina lo que es correcto dentro de esa sociedad; esto es, si el código moral de una sociedad dice que una cierta acción es correcta, entonces esa acción es correcta, por lo menos dentro de esa sociedad. 3. No hay un criterio objetivo que se pueda emplear para juzgar el código de una sociedad como mejor que el de otra. 4. El código moral de nuestra propia sociedad no tiene una categoría especial; es sólo uno entre muchos otros. 5. No hay una ‘verdad universal’ en ética; esto es, no hay verdades morales que valgan para todos los pueblos en todas las épocas. 6 Es pura arrogancia de nuestra parte tratar de juzgar la conducta de otros pueblos. Debemos adoptar una actitud de tolerancia hacia las prácticas de otras culturas”.

seguinte raciocínio geral: a) *se* culturas diferentes têm códigos morais diferentes, b) *logo*, não há uma verdade universal na moral, e o correto e o incorreto são apenas questões de opinião variáveis de uma cultura a outra. Esse raciocínio, também chamado de argumento das diferenças culturais, é persuasivo para muitos. Do ponto de vista lógico, porém, cabe indagar se ele é um argumento sólido.

Como demonstra Rachels⁶⁸, ele não é sólido, uma vez que a conclusão não se segue da premissa. Isso significa dizer que, ainda que a premissa seja verdadeira, a conclusão pode ser falsa. A premissa diz respeito ao desacordo de crenças entre determinadas culturas, ao passo que a conclusão refere-se ao que realmente é. Essa classe de conclusão não se segue logicamente dessa classe de premissa. Pense-se, por exemplo, em duas sociedades com crenças distintas sobre a Terra e a sua posição perante os outros corpos celestes. A primeira imaginava que ela, além de plana, estaria parada no centro do universo. A segunda, por outro lado, defendia que a Terra era esférica e que o Sol era o centro do Sistema Solar. É possível afirmar que desse desacordo se segue logicamente que não há verdades universais na Geografia ou na Astronomia? Evidentemente que não. Ora, os membros de algumas sociedades podem simplesmente estar equivocados, como revela o exemplo mencionado. Aliás, se a Terra possui uma certa forma e uma determinada posição no espaço, não se deve supor que todos devem saber a verdade sobre isso. É igualmente errado pensar que, se existem verdades morais universais, todos devem conhecê-las.

Com essas considerações, não é possível ainda se constatar a falsidade da conclusão do argumento das diferenças culturais, mas apenas que a conclusão deste não se segue da sua premissa. Contudo, isso já é importante porque, para se demonstrar logicamente que uma conclusão é verdadeira, são necessários argumentos válidos que lhe possam apoiar. Nesse sentido, o raciocínio do relativismo cultural é uma falácia⁶⁹, o que o torna inválido e, por conseguinte, incapaz de provar aquilo que pretende.

Mesmo que o argumento das diferenças culturais seja inválido no plano da lógica, é interessante refletir sobre quais conseqüências podem existir se se adotar seriamente o

⁶⁸ Cf. RACHELS, James. Op. cit., p. 44-45.

⁶⁹ No estudo da lógica, costuma-se atribuir a palavra “falácia” aos raciocínios que, embora incorretos, são psicologicamente persuasivos. Irwin Copi, nesse sentido, define falácia como uma forma de raciocínio que parece correta, mas que se revela não o ser quando analisada mais cuidadosamente. Tal autor também adverte que as falácias são armadilhas nas quais todos podem cair quando realizam seus raciocínios. Familiarizar-se com esses erros lógicos e a habilidade para os indicar e para os analisar é umas das maneiras de evitar ser enganados por eles. Cf. COPI, Irwin M. **Introducción a la lógica**. Traducción de Néstor Alberto Miguez. 3. ed. Buenos Aires: Eudeba, 1995, p. 81-116.

relativismo cultural como verdadeiro. Novamente, Rachels⁷⁰ aponta três importantes conseqüências que merecem ser consideradas aqui.

A primeira delas é a de que não se poderia dizer que os costumes de outra sociedade são moralmente inferiores aos nossos. Como enfatizam os relativistas, é necessário deixar de condenar outras sociedades apenas pelo fato de elas serem diferentes. Isso, inadvertidamente, pode parecer ser uma atitude ilustrada e progressista. No entanto, essa mesma atitude não permite apreciar criticamente certas práticas como corretas ou incorretas. Ao se assumir tal posição, não se pode sequer dizer que sociedades escravistas e anti-semitas estão equivocadas, visto que isso resultaria num critério de comparação transcultural. Não condenar a escravidão e o anti-semitismo é, na verdade, uma atitude altamente imprudente, pois tais práticas são incorretas onde quer que sejam realizadas. Aceitar o relativismo cultural implica, desse modo, imunizar à crítica essas e outras práticas sociais que já são reconhecidamente censuráveis.

A segunda conseqüência é a de que só se poderia decidir se as ações são corretas ou incorretas consultando os critérios da sua sociedade. O único critério oferecido pelos relativistas é justamente este: perguntar se a sua ação está de acordo com o código moral da sua própria sociedade. Mas e se o código moral de uma determinada sociedade defender, por exemplo, os valores do racismo? Nesse tipo de caso, o único parâmetro de correção moral que os indivíduos teriam, conforme a posição relativista, seria o de averiguar se as suas ações se ajustam ao código moral da sua sociedade. A contingência e a precariedade desse parâmetro, porém, são evidentes. Dessa maneira, o relativismo proíbe uma postura crítica tanto em relação ao código de outras sociedades quanto ao nosso próprio código. Nessa direção, os membros de todas as sociedades não teriam espaço para pensar que o seu código moral pode melhorar em algum sentido. Isso é problemático na medida em que poucos crêem, efetivamente, que o código moral da sua sociedade é perfeito e acabado.

A terceira conseqüência de se levar a sério o relativismo cultural é a de que se questionaria a idéia do progresso moral. A relevância que os direitos humanos e outras conquistas sociais assumiram historicamente é considerada normalmente como uma espécie de evolução. Mas isso pode ser legitimamente considerado um progresso? Progresso significa uma mudança da forma (de algo) que a move para um patamar superior. Os relativistas poderiam, então, responder negativamente a referida indagação, uma vez que não existem critérios com os quais se possa julgar um patamar como superior a outro. Assim, se as formas

⁷⁰ Cf. RACHELS, James. Op. cit., p. 46-48.

antigas estavam conforme os critérios sociais da sua época, seria errado julgá-las com os critérios de outra época. Nesse horizonte, a própria idéia de reforma social só é concebida de maneira bastante limitada, uma vez que os ideais de uma determinada sociedade seriam os únicos critérios com os quais se poderiam julgar valiosas propostas reformadoras. Desse modo, o relativismo cultural não permite a ninguém desafiar os ideais mesmos, porque estes já são corretos por definição.

Vistas as danosas conseqüências de se aceitar o relativismo cultural, faz-se necessário ainda indagar o seguinte: as diferenças culturais sobre aquilo que é correto e incorreto realmente têm o enorme alcance afirmado pelos relativistas? Certamente existem diferenças, mas, após um exame mais de perto, descobre-se facilmente que há muito menos desacordo do que parece.

Como se viu antes, os Yanomami, com certa freqüência, matam os seus infantes, notadamente aqueles que possuam alguma malformação ou que sejam do sexo feminino⁷¹. A sociedade brasileira, na sua grande maioria, não aceita que um pai mate o seu bebê. Tanto é que, se o fizer, será provavelmente condenado a cumprir pena de prisão. Parece, assim, que existe uma diferença imensa de valores nesse caso. Essa impressão desaparece logo que se pergunta por que os Yanomami fazem isso. Seguramente eles não matam os seus filhos por ausência de amor. Uma família Yanomami protegerá seus filhos sempre que as condições permitirem. Acontece que a vida dos Yanomami é bastante dura, de tal modo que ter uma criança num momento indesejado é um risco que nem sempre os pais podem assumir. Nesse sentido, estudiosos levantam a hipótese de que “a mãe mataria o filho quando ainda tem outra criança de colo, para minimizar seu trabalho pesado, que só pioraria com duas crianças para carregar⁷²”. O infanticídio também ocorre porque, em geral, as índias amamentam os filhos por três anos e meio, período no qual não devem voltar a engravidar, pois até essa idade mãe e filho são inseparáveis. Eles vivem grudados a seu corpo, por uma tipóia. Dessa maneira, uma família Yanomami pode querer criar o seu bebê, mas ser incapaz de fazê-lo. Percebe-se que, para os Yanomami, o infanticídio não representa um tratamento distinto que os bebês recebem, mas sim o reconhecimento de que certas ocasiões exigem medidas drásticas para

⁷¹ Os Yanomami, assim como outras sociedades que cometem o infanticídio, costumam desfazer-se primeiro de bebês malformados ou de bebês do sexo feminino, uma vez que os homens saudáveis – caçadores, segundo a divisão do trabalho tradicional – são os principais provedores de comida e é obviamente importante manter um número considerável de abastecedores. Ademais, como os caçadores morrem prematuramente, devido ao elevado número de acidentes, o número de homens adultos ultrapassaria em muito o número de mulheres adultas, gerando um indesejado desequilíbrio. Cf. RACHELS, James. Op. cit., p. 50.

⁷² COMISSÃO PRÓ-YANOMAMI. Yanomami na Imprensa. **Infanticídio é uma tradição milenar dos Yanomami**. Fonte: Folha de Boa Vista, 10 de março de 2005. Disponível em: <<http://www.proyanomami.org.br/v0904/index.asp?pag=noticia&id=3980>>. Acesso em: 21 set. 2008.

assegurar a sobrevivência da família. Apesar disso, frise-se que matar um bebê é sempre o último recurso a ser considerado.

Os valores Yanomami, por conseguinte, não se revelam tão diferentes dos nossos. E não podia ser de outra maneira, afinal: como um grupo poderia sobreviver sem valorizar os seus jovens? Um grupo que não cuida dos seus jovens não garante a sua própria existência no futuro, porquanto os membros mais velhos não serão substituídos. Rachels⁷³ destaca outros valores sem os quais nenhuma sociedade pode subsistir. Imagine-se, por exemplo, uma sociedade que não atribuísse nenhum valor a dizer a verdade. Conseqüentemente, não haveria qualquer razão para se levar a sério o que os outros falassem, já que eles provavelmente estariam mentindo. Desse modo, a comunicação entre os membros dessa sociedade seria extremamente difícil, senão impossível. Segue-se disso que em qualquer sociedade deve haver uma presunção a favor de se dizer a verdade. Suponha-se também, por exemplo, uma sociedade na qual o assassinato não fosse proibido por não ser considerado incorreto. Nessa sociedade, ninguém se sentiria seguro, e os que quisessem sobreviver teriam que se isolar na medida do possível. Obviamente que, em algum momento, surgiriam pequenos grupos nos quais houvesse certa confiança entre os seus membros. Nesse caso, porém, novas sociedades estariam sendo formadas, e elas, com efeito, reconheceriam alguma regra contra o assassinato. A proibição do assassinato também deve estar presente em todas as sociedades.

No âmbito específico dos direitos humanos, as objeções do relativismo cultural contra a universalidade desses direitos tampouco podem apoiar-se nas diferenças culturais, uma vez que estas também não são, de nenhum modo, decisivas. Bielefeldt sustenta a falha das investidas relativistas contra os direitos humanos, respondendo aos seus três principais argumentos. São eles os seguintes:

Primeiramente, os direitos humanos são vistos como uma *manifestação exclusiva da cultura ocidental*. Sugere-se que, uma vez que o conceito de direitos humanos emergiu historicamente na Europa, a sua reivindicação por uma validade universal inerente significaria uma forma moderna de imperialismo cultural. O segundo argumento baseia-se no pressuposto de que os direitos humanos são essencialmente *individualistas* e, portanto, incompatíveis com o espírito ético mais comunitário de algumas culturas não-ocidentais. Em terceiro lugar, uma vez que a noção de direitos humanos passou a ser concebida a partir de um *foco antropocêntrico*, sustenta-se que, a princípio, tais direitos são inaplicáveis aos povos ou às culturas que possuam uma visão de mundo teocêntrica ou cosmocêntrica⁷⁴ [tradução livre].

⁷³ RACHELS, James. Op. cit., p. 51-53.

⁷⁴ BIELEFELDT, Heiner. Human rights in a pluralistic world. **Do human rights travel?** London: British Council, 2004, p. 42-57, às p. 42-43. No original: "First, human rights are seen as an exclusive *manifestation of Western culture*. It is implied that since the concept of human rights emerged historically in Europe, its inherent universal validity claim amounts to a modern form of cultural imperialism. The second argument is based on the assumption that human rights are essentially *individualistic* and hence incompatible with the more

Contestando o argumento segundo o qual os direitos humanos representam uma simples construção ocidental de cunho imperialista e de aplicação limitada, Bielefeldt⁷⁵ aduz que o simples fato de a idéia de direitos humanos ter emergido primeiramente nos países ocidentais não significa necessariamente que eles, em sua essência, estejam eternamente limitados à herança cultural ocidental. Segundo a interpretação desse autor – chamada por ele de leitura construtivista normativa –, “a história dos direitos humanos *concentra-se nas experiências de injustiça e nas suas causas estruturais em sociedades modernas*, experiências essas que são hoje compartilhadas por grande parte dos povos do mundo⁷⁶” [tradução livre].

Isso significa dizer que, a despeito de as respostas normativas aos exemplos de injustiça terem sido primeiramente suscitadas no Ocidente, elas são igualmente relevantes para os povos que vivem em outros ambientes culturais, mas que também lutam contra injustiças. Nesse horizonte, Bielefeldt⁷⁷, utilizando a metáfora da *tradução*, esclarece que as experiências e os processos racionais subjacentes ao desenvolvimento dos direitos humanos no Ocidente podem ser, em princípio, “traduzidos”, ao invés de “implantados”, para outros contextos culturais. Ressalte-se, todavia, que essa *tradução* não pode tomar a forma de uma comunicação unilateral do Ocidente para o resto do mundo. Na verdade, ela deve apontar para uma comunicação entre todas as direções do globo, abrindo espaço para receber novas perspectivas de como aprimorar os direitos humanos e de como tornar o sistema atual mais consistente e mais efetivo.

O segundo argumento contra a validade universal dos direitos humanos pressupõe que estes são essencialmente individualistas e, portanto, incompatíveis com o espírito ético eminentemente comunitário de algumas culturas não-ocidentais. Através de uma análise mais detida, percebe-se claramente que os direitos humanos e a ética comunitária estão longe de ser incompatíveis. Na realidade, os aspectos individualista e comunitário são co-origenários e complementares, uma vez que os direitos humanos hoje têm como meta proteger não apenas a esfera de liberdade privada dos indivíduos, mas também a sua esfera de liberdade pública, garantindo a não-exclusão do indivíduo da sociedade ou da comunidade, o que ocorreria, por

communitarian ethical spirit of some non-Western cultures. Third, since the very notion of human rights is predicated on an *anthropocentric focus*, it is argued that a priori, human rights are inapplicable to people or cultures who cherish a theocentric or cosmocentric worldview”.

⁷⁵ Cf. BIELEFELDT, Heiner. Op. cit., p. 47.

⁷⁶ BIELEFELDT, Heiner. Op. cit., p. 47-48. No original: “[...] the history of human rights primarily draws on *experiences of injustice and their structural causes in modernising societies*, experiences which, to a large extent, people today share all over the world.”

⁷⁷ Cf. BIELEFELDT, Heiner. Op. cit., p. 48.

exemplo, caso ele fosse excluído da participação democrática ou caso tivesse os seus direitos políticos arbitrariamente tolhidos⁷⁸.

A terceira objeção típica à universalidade dos direitos humanos refere-se ao seu foco predominantemente antropocêntrico, o que supostamente impossibilitaria a sua transposição para culturas com visões de mundo teocêntricas ou cosmocêntricas. Nesse sentido, Bielefeldt explica que:

Sem dúvida, os direitos humanos podem ser chamados de “antropocêntricos”, na medida em que eles consistem num devido respeito aos seres humanos. É óbvio que o único portador de direitos, estritamente falando, é o ser humano que, portanto, constitui o próprio centro da política e do direito no contexto dos direitos humanos. Esse antropocentrismo jurídico e político, no entanto, não elimina as interpretações religiosas – ou seja, “teocêntricas” – do espírito moral dos direitos humanos. Novamente, o que importa é exatamente *como* a perspectiva teocêntrica entra em jogo⁷⁹ [tradução livre].

O antropocentrismo e o teocentrismo podem perfeitamente caminhar juntos, contanto que se observe que eles constituem diferentes dimensões e, por conseguinte, pertencem a diferentes níveis de discurso. Na formação de uma ordem política e jurídica baseada em direitos humanos, por exemplo, é evidente a sua necessidade de ser puramente antropocêntrica. De outro modo, reivindicando-se autoridades teocêntricas – ou seja, que retiram a sua legitimidade diretamente de Deus – nos âmbitos da política e do direito, ter-se-ia inevitavelmente um autoritarismo político em clara contradição com os direitos humanos. Contudo, há também casos em que a perspectiva teocêntrica fornece uma fundamentação simbólica para a inalienabilidade da dignidade humana⁸⁰.

⁷⁸ Para Bielefeldt, “No atual contexto dos direitos humanos, não se leva mais em conta um individualismo abstrato, mas sim a *facilitação da liberdade*, a qual só pode desenvolver-se com a defesa de ambos os aspetos, individual e comunitário, da vida humana. Além de proteger o indivíduo contra as interferências injustificadas de outrem, os direitos humanos, por conseguinte, tentam amoldar a sociedade em geral, de modo a promover a *construção de uma comunidade liberal* – no casamento, na vida familiar, nas comunidades religiosas, nas associações econômicas e culturais, bem como nos partidos políticos e nas ONG’s internacionais” [tradução livre]. BIELEFELDT, Heiner. Op. cit., p. 50-51. No original: “What ultimately counts in the context of human rights is not an abstract individualism but, rather, the *facilitation of freedom*, a freedom that cannot unfold unless it covers both the individual as well as the communitarian aspects of human life. Besides protecting the individual from unjustified interference by others, human rights therefore attempt to shape society at large in such a way as to promote *liberal community building* – in marriage and family life, religious communities, economic and cultural associations as well as political parties and international NGOs”.

⁷⁹ BIELEFELDT, Heiner. Op. cit., p. 52. No original: “No doubt, human rights can be called ‘anthropocentric’ insofar as they rest on a due respect for human beings. It is obvious that the only ‘bearer’ of rights, strictly speaking, is the human being who thus constitutes the very ‘centre’ of politics and law in the context of human rights. Such political and legal anthropocentrism, however, does not preclude religious – that is, ‘theocentric’ – interpretations of the moral spirit of human rights. Again, what counts is exactly *how* the theocentric perspective comes into play”.

⁸⁰ O exemplo que Bielefeldt oferece de uma fundamentação simbólica dos direitos humanos pela perspectiva teocêntrica refere-se à teologia protestante de Jürgen Moltmann: “A estrita argumentação teocêntrica do ‘direito de Deus sobre a pessoa’ [...] não leva à primazia de *direitos divinos* pré-estabelecidos em relação aos direitos

Neste exame dos problemas do relativismo cultural, um último ponto deve ser abordado. Alguns pensadores relativistas acreditam que uma atitude de tolerância frente a opiniões opostas pode servir de princípio moral fundamental, sob o argumento de que um sujeito tolerante estaria disposto a viver em cooperação pacífica com aqueles que possuem visões de mundo diferentes da sua. Kelsen expressa claramente essa linha de pensamento:

Se a história do pensamento demonstra algo, é que é falsa a pretensão de estabelecer, com base em considerações racionais, uma norma de conduta humana absolutamente correta – o que supõe que só há um nível de conduta humana justo, que exclui a possibilidade de considerar que o sistema oposto possa ser justo também. Se podemos aprender algo das experiências intelectuais do passado, é que a razão humana só pode ter acesso a valores relativos. E isso significa que não se pode emitir um juízo sobre algo que parece justo com a pretensão de excluir a possibilidade de um juízo de valor contrário. A Justiça absoluta é um ideal irracional [...]. Qual será, pois, a moral desta filosofia relativista da Justiça, se é que há alguma? É certo, tal como já sustentaram, que o relativismo pode ser amoral, e inclusive imoral? Como não! [...] O princípio moral específico de uma filosofia relativista da Justiça é o da tolerância, que supõe compreender as crenças religiosas ou políticas de outras pessoas sem as aceitar, mas sem impedir que se expressem livremente. Está claro que não se pode predicar uma tolerância absoluta com uma filosofia de valores relativista. Só se pode enaltecer a tolerância dentro de um sistema legal estabelecido que garanta a paz ao proibir e prevenir o uso da força, mas sem proibir nem prevenir a liberdade de expressão pacífica⁸¹ [tradução livre].

Existem dois aspectos que prejudicam seriamente essa concepção. Em primeiro lugar, ter tolerância não significa dizer que todas as crenças religiosas ou políticas devam ser passivamente aceitas. Ao contrário, para se tolerar algo, é necessário compreender que algumas crenças são melhores que outras. Em segundo lugar, a reflexão feita por Kelsen

humanos, mas concentra-se na fundamentação [simbólica] da dignidade humana e dos direitos humanos, pela semelhança de cada pessoa a Deus [...]. O *direito de Deus sobre a pessoa* representa uma explicação teológica para a inalienabilidade dos direitos humanos, que não se distinguem necessariamente, no conteúdo, das normas seculares de direitos humanos das Nações Unidas. Além disso, faz-se concessão à possibilidade de interpretação não-cristã de dignidade e de direitos humanos”. BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos: fundamentos de um ethos de liberdade universal**. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: UNISINOS, 2000, p. 231-232.

⁸¹ KELSEN, Hans. **¿Qué es justicia?** Traducción de Albert Calsamiglia. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1992, p. 58-61. No original: “Si algo demuestra la historia del pensamiento humano, es que es falsa la pretensión de establecer, en base a consideraciones racionales, una norma absolutamente correcta de la conducta humana – lo cual supone que sólo hay un nivel de conducta humana justo, que excluye la posibilidad de considerar que el sistema opuesto pueda ser justo también. Si algo podemos aprender de las experiencias intelectuales del pasado, es que la razón humana puede sólo puede acceder a valores relativos. Y ello significa que no puede emitirse un juicio sobre algo que parece justo con la pretensión de excluir la posibilidad de un juicio de valor contrario. La Justicia absoluta es un ideal irracional [...]. ¿Cuál será, pues, la moral de esta filosofía relativista de la Justicia, si es que tiene alguna? ¿Es cierto, tal como se ha sostenido, que el relativismo puede ser amoral, e incluso inmoral? ¿Cómo no! [...] El principio moral específico de una filosofía relativista de la Justicia es el de tolerancia, que supone comprender las creencias religiosas o políticas de otras personas sin aceptarlas pero sin evitar que se expresen libremente. Claro está, no puede predicarse una tolerancia absoluta con una filosofía de valores relativista. Sólo puede ensalzarse la tolerancia dentro de un sistema legal establecido que garantice la paz al prohibir y prevenir el uso de la fuerza, pero sin prohibir ni prevenir la libertad de expresión pacífica”.

apresenta um problema lógico já criticado por Nino⁸². Da tese de que nenhum juízo de justiça exclui a possibilidade de um juízo análogo, mas de conteúdo oposto, Kelsen pretende deduzir, sem ajuda de nenhuma outra premissa, o princípio moral de que devemos tolerar as concepções opostas dos demais. Isso, entretanto, parece ser um juízo de justiça. O que se pode concluir da tese kelseniana é que esse juízo de justiça (da tolerância) é relativo, de tal forma que tanto ele quanto o seu contrário – ou seja, que não se devem tolerar opiniões contrárias – são possíveis. Portanto, o princípio da tolerância defendido por Kelsen não tem validade lógica, por não conseguir excluir o seu oposto. Isso o impede de figurar como um princípio moral legítimo.

Os problemas lógicos do argumento das diferenças culturais e do princípio da tolerância, as conseqüências danosas de se aceitar a teoria do relativismo cultural, bem como a constatação de que as diferenças culturais não são decisivas no que tange aos valores morais e aos direitos humanos, todas essas teses, levam à conclusão de que a teoria deve ser repudiada. Apenas dois aspectos do relativismo cultural podem ser aproveitados e admitidos racionalmente. Em primeiro lugar, tal teoria adverte do perigo de se supor que todas as preferências sociais estão baseadas em algum critério racional. Muitas – mas não todas! – das práticas sociais são simplesmente características de apenas determinada sociedade, e é fácil esquecer-se disso. Nesse sentido, o relativismo presta um serviço. Em segundo lugar, o relativismo destaca a necessidade de se manter uma atitude aberta, quando afirma que as opiniões morais de um indivíduo podem refletir nada mais do que os preconceitos da sua sociedade. Assim, a teoria é útil para evitar dogmatismos decorrentes de certos sentimentos ou valores (não pertencentes a uma moral crítica⁸³) que costumam estar arraigados culturalmente.

1.4 O problema da fundamentação racional de normas éticas

Ao contrário do que se possa pensar, o relativismo cultural não é o único obstáculo teórico à fundamentação racional dos direitos humanos. Ao se perguntar sobre a possibilidade dessa fundamentação, constata-se que a própria filosofia analítica do ocidente sustenta que qualquer tentativa de fundamentação de normas éticas⁸⁴ – e, portanto, dos

⁸² Cf. NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 52-54.

⁸³ Veja-se a explicação a que fazem referência as notas de rodapé nº 36 e nº 37.

⁸⁴ Para os fins deste trabalho, as normas éticas podem ser entendidas, sem prejuízo, como as normas morais e jurídicas, abrangendo-se evidentemente as normas de direitos humanos. Numa perspectiva mais ampla, as normas éticas também podem ser compreendidas como todas as proposições cuja finalidade é influenciar o

direitos humanos – é logicamente impossível. Averiguar as bases filosóficas dessa alegação é uma das tarefas que deve ser cumprida neste primeiro capítulo.

Examinando a mesma questão, Apel afirma que, na filosofia analítica do Ocidente, são pressupostas três premissas axiomáticas para qualquer fundamentação de éticas. De acordo com a primeira premissa, a “Fundamentação racional tem o mesmo significado que dedução lógico-formal de sentenças a partir de sentenças, num sistema de sentenças sintático-semânticas axiomatizadas⁸⁵”. Conforme a segunda premissa, “Validade intersubjetiva de sentenças tem o mesmo significado que validade objetiva, no sentido de constatação neutra de fatos ou conclusão lógico-formal⁸⁶”. Finalmente, a terceira premissa declara que “De constatações factuais não é possível deduzir, através de conclusões lógicas, nenhum juízo de valor ou asserção normativa⁸⁷”.

A rigor, a primeira premissa, por si só, já é suficiente para demonstrar que é logicamente impossível uma fundamentação racional de normas éticas. Nesse sentido, Hans Albert ressalta que toda tentativa de fundamentação lógico-formal de sentenças a partir de sentenças conduz a uma situação com três alternativas inaceitáveis, denominada por ele de *trilema de Münchhausen*. Nessa situação, só se pode escolher entre:

1. um *regresso infinito*, que pode resultar da necessidade de sempre, e cada vez mais, voltar atrás na busca de fundamentos, mas que na prática não é passível de realização e não proporciona nenhuma base segura;
2. um *círculo lógico* na dedução, que resulta da retomada, no processo de fundamentação, de enunciados que já surgiram anteriormente como carentes de fundamentação, e o qual, por ser logicamente falho, conduz do mesmo modo a nenhuma base segura, e finalmente,
3. uma *interrupção do procedimento* em um determinado ponto, o qual, ainda que pareça realizável em princípio, nos envolveria numa suspensão arbitrária do princípio de fundamentação suficiente⁸⁸.

Reginaldo da Costa⁸⁹ nota criticamente que essa demonstração da impossibilidade de uma fundamentação última não significa apenas a impossibilidade da fundamentação de normas éticas, mas também a de qualquer espécie de fundamentação, inclusive dela própria enquanto demonstração da impossibilidade de uma fundamentação racional. Nesse sentido, o

comportamento dos indivíduos e dos grupos, de dirigir as ações dos indivíduos e dos grupos rumo a certos objetivos, em vez de rumo a outros. Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2. ed. Bauru: Edipro, 2003, p. 25-28.

⁸⁵ APEL, Karl-Otto. **Estudos de moral moderna**. Tradução de Benno Dischinger. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 174.

⁸⁶ APEL, Karl-Otto. Op. cit., p. 174.

⁸⁷ APEL, Karl-Otto. Op. cit., p. 174.

⁸⁸ ALBERT, Hans. **Tratado da razão crítica**. Tradução de Idalina Azevedo da Silva, Érika Gudde e Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996, p. 26-27.

⁸⁹ Cf. COSTA, Reginaldo da. **Ética e filosofia do direito**. Fortaleza: ABC, 2006, p. 122.

mesmo autor afirma que, “quando a fundamentação é equiparada à dedução lógico-formal de sentenças a partir de sentenças, então, se condena, de saída, ao fracasso qualquer espécie de fundamentação moral, jurídica e teórico-científica⁹⁰”.

Além do trilema gerado pela primeira premissa, observa-se que da combinação entre a segunda e a terceira premissa resulta que a validade intersubjetiva de sentenças normativas não pode ser fundamentada, pois estas não são deduzidas de fatos objetivamente válidos⁹¹, isto é, isentos de juízos de valor. Dessa maneira, não pode haver uma fundamentação racional de normas éticas intersubjetivamente válidas, e isso é geralmente explicado pela filosofia analítica ocidental “de forma que normas ou valorações, em última análise, deveriam ser reportadas a sentimentos meramente subjetivos ou a decisões aleatórias⁹²”. Se for, de fato, impossível uma fundamentação racional de normas éticas, então não subsiste nenhuma obrigação de aceitar ou de cumprir acordos livres. Desse modo, cada um seria obrigado a respeitar acordos apenas enquanto em razão deles espere obter vantagens ou tema sofrer prejuízos. Nesse caso, não há propriamente uma obrigatoriedade normativa, já que esta é reduzida a efetividade de estratégias em função da finalidade, muitas vezes irracionais, dos interessados.

A teoria do discurso de Alexy se contrapõe a essa perspectiva e a suas implicações, oferecendo uma saída ao *trilema de Münchhausen*. Segundo esse autor, “a situação pode-se evitar se a exigência de uma fundamentação de cada proposição através de outras proposições se substitui por uma série de exigências na atividade de fundamentação⁹³”. Tais exigências podem ser formuladas como regras do discurso racional, que não se referem, como as da lógica, somente a proposições, mas também ao comportamento do falante. Ademais, o cumprimento dessas regras não garante a certeza definitiva de todo o resultado, mas caracteriza-o como racional, e isso já é bastante na medida em que permite evitar o emprego de fundamentações ou de decisões arbitrárias. A racionalidade, no entendimento de Alexy, não pode equiparar-se à certeza absoluta, e nisso consiste a idéia fundamental da sua teoria do discurso prático racional.

⁹⁰ COSTA, Reginaldo da. Op. cit., p. 122.

⁹¹ Cf. APEL, Karl-Otto. Op. cit., p. 175.

⁹² APEL, Karl-Otto. Op. cit., p. 175. Nesse exato sentido, Hans Albert afirma que “Não se sabe como o recurso a determinadas fontes de valoração – indiferentemente de se tratar de intuição ou sentimento, de consciência ou necessidade – pode induzir a outra coisa que não seja a ética dogmática, na qual estas instâncias aparecem sempre como realidades imunes à crítica, embora nós hoje saibamos que todas elas, *de facto*, estão impregnadas pelo meio sócio-cultural e, conseqüentemente, são variáveis. ALBERT, Hans. Op. cit., p. 77.

⁹³ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 183.

Observa-se, desde já, que é equivocada a pretensão de Hans Albert – e de outros representantes da filosofia analítica do Ocidente – de deduzir, da existência e da necessidade de valorações, uma abertura indiscriminada para convicções morais subjetivas. Isso só ocorreria se não houvesse nenhuma maneira de objetivar tais valorações. Não obstante, tal objetivação pode ser racionalmente constituída com a apresentação sistemática de uma série de condições, de critérios e de regras, muitas das quais são explicitadas pela teoria do discurso de Alexy. Essas últimas considerações serão detidamente exploradas no capítulo subsequente.

CAPÍTULO II – A FUNDAMENTAÇÃO DAS REGRAS DO DISCURSO

2.1 Introdução à concepção da teoria do discurso de Robert Alexy

Nas discussões presentes, passadas e, provavelmente, nas futuras sobre os direitos humanos, é comum diferenciar – assim como ocorre na filosofia política – quatro posições básicas que podem ser denominadas de “aristotélica”, “hobbesiana”, “kantiana” e “nietzscheana”. Partindo desse pressuposto, Alexy⁹⁴ anuncia, desde o início, que vai defender uma concepção kantiana.

A precedente exposição⁹⁵ sobre alguns parâmetros de fundamentação dos direitos humanos não deve significar que eles se excluam mutuamente. Ao contrário, muitas vezes, certos elementos de um podem ser utilizados para complementar os de outro. É essa a situação em que se encontra o modelo que se irá propor neste trabalho: embora a teoria do discurso situe-se no pensamento daqueles autores que apontam o consenso resultante de um discurso fundado em certos procedimentos racionais como a proposta de fundamentação mais plausível para os direitos humanos, tal teoria, segundo Alexy⁹⁶, é uma variante da concepção kantiana desses direitos.

Conquanto existam diferentes interpretações acerca da concepção kantiana dos direitos humanos, ela sempre carrega dois princípios básicos: a universalidade e a autonomia⁹⁷. O princípio da universalidade dos direitos humanos afirma que todos os homens têm determinados direitos, cuja validade ultrapassa as fronteiras particulares e contingentes do Estado, da cultura, da tradição, da religião e de grupos sociais. O princípio da autonomia opera em duas direções. Ele se refere tanto à autonomia privada quanto à pública. Na primeira, trata-se da escolha individual acertada e da realização de uma concepção pessoal do bem. Por sua vez, o objeto da segunda é a escolha em comum com os outros e a realização de uma concepção política do bom e do justo. Na concepção kantiana, a primeira tarefa dos

⁹⁴ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Traducción de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 61.

⁹⁵ Veja-se: Capítulo I, item 1.2.

⁹⁶ Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 61-66.

⁹⁷ É extremamente importante o significado que esses princípios assumem na fundamentação dos direitos humanos proposta por Alexy, uma vez que eles estarão presentes tanto na fundamentação das regras do discurso prático – objeto deste capítulo – quanto na fundamentação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais a partir da teoria do discurso – objeto do terceiro capítulo deste trabalho. Tais princípios, como se verá, também aparecem sob a forma dos princípios da igualdade e da liberdade. Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 549-551.

direitos humanos é a proteção e a factibilidade de ambas as formas de autonomia⁹⁸. Nessa perspectiva, Alexy acrescenta que “Um desenvolvimento pleno tanto da autonomia privada como da pública só é possível num Estado constitucional democrático, no qual os direitos humanos tenham tomado a forma de direitos fundamentais⁹⁹” [tradução livre].

O entrelaçamento entre as idéias de universalidade e de autonomia conduz a uma teoria política liberal. A concepção kantiana dos direitos humanos é, nesse sentido, uma concepção liberal dos direitos humanos. Tal concepção representa a idéia política central do iluminismo e das revoluções burguesas. Aliás, ela constitui até hoje o fundamento de todas as Constituições de tipo ocidental. Apesar de ser uma das idéias políticas mais triunfantes, recebeu várias críticas, sendo, desde o começo, acusada de ser excessivamente individualista, formalista, abstrata, vaga e de possuir um *deficit* histórico e cultural. Nesse sentido, Paulo Bonavides expõe dura crítica ao liberalismo:

Mas, como a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais –, termina a “apregoada liberdade, como Bismarck já o notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão-somente a liberdade de morrer de fome”¹⁰⁰.

Reconhecendo essas críticas à concepção liberal kantiana, sobretudo aquelas dirigidas aos seus princípios básicos – a autonomia e a universalidade –, Alexy pretende encontrar argumentos para eliminar tais objeções e, ao mesmo tempo, fundamentar os direitos humanos a partir da teoria do discurso, cuja base é composta pelas regras do discurso prático. Para isso, ele percebe a necessidade de realização de duas tarefas centrais: deve-se, em primeiro lugar, fundamentar a validade universal das regras do discurso prático; e, num segundo passo, justificar os direitos humanos sobre a base de tais regras. Antes, porém, de se

⁹⁸ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Traducción de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 61. Habermas demonstra ter o mesmo entendimento, ao sustentar a tese de que a constituição legítima de um sistema de direitos deve assegurar tanto a autonomia pública como a privada dos cidadãos. Desse modo, “de um lado, o sistema dos direitos conduz o arbítrio dos sujeitos singulares, que se orientam pelo sucesso para os trilhos de leis cogentes, que tornam compatíveis iguais liberdades de ação; de outro lado, esse sistema mobiliza e reúne a liberdade comunicativa dos civis, presumivelmente orientados pelo bem comum, na prática da legislação”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 1, p. 167. Cf. também COSTA, Reginaldo da. **Ética e filosofia do direito**. Fortaleza: ABC, 2006, p. 161.

⁹⁹ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 62. No original: “Un desarrollo pleno tanto de la autonomía privada como de la pública sólo es posible en un Estado constitucional democrático, en el cual los derechos humanos han tomado la forma de derechos fundamentales”. Veja-se também a explicação a que faz referência a nota de rodapé nº 19.

¹⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 61.

expor quais são as principais regras do discurso prático para só então iniciar a primeira das tarefas, é preciso explicitar as idéias básicas teoria do discurso desenvolvida por Alexy¹⁰¹.

Pois bem, a teoria do discurso que constrói Alexy é uma teoria procedimental da correção prática. De acordo com ela, uma norma é correta e, por isso válida, quando pode ser o resultado de um determinado procedimento, isto é, de um discurso prático racional. Aqui convém destacar que, nas denominadas ciências da natureza, a racionalidade apresenta-se sob a forma da “verdade” de suas proposições; já no campo do direito e da moral, enquanto saberes normativos, a racionalidade é demonstrada pela correção ou validade das suas assertivas. Nessa perspectiva, Alexy conceitua os discursos como “um conjunto de ações interconectadas nos quais se comprova a verdade ou correção das proposições. Os discursos em que se trata da correção das proposições normativas são discursos práticos¹⁰²”.

Conforme Cláudia Toledo, “esta correção deve estar presente tanto na *teoria* quanto na *prática* jurídica, pois ambas, para ultrapassar o âmbito da mera *doxa*, carecem da *demonstração racional de suas afirmações*¹⁰³”. Mais evidente ainda é a necessidade da presença dessa correção na teoria e na prática dos direitos humanos, haja vista que, como se demonstrou acima¹⁰⁴, esses direitos possuem uma índole eminentemente moral. Isto significa dizer que, além da necessidade evidente de demonstração racional de suas afirmações,

¹⁰¹ Embora importantes, não se pretende averiguar aqui todos os pressupostos da teoria do discurso prático de Alexy, visto que essa ocupação, além de não fazer diretamente parte dos objetivos desta investigação, exigiria uma minuciosa análise das escolas filosóficas das quais a referida teoria recebeu alguma contribuição. Ressalte-se, contudo, que tal análise já foi feita, com precisão, por Alexy em uma de suas obras, para a qual se remete o leitor interessado no assunto. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 57-179.

¹⁰² ALEXY, Robert. Op. cit., p. 183. Os discursos são, por isso, atos com diversos participantes. Conforme Alexy, “Isso não impede, porém, que se possa falar também em discursos ‘internos’. Os discursos internos são reflexões de uma pessoa em que se levam em conta os possíveis argumentos contrários dos oponentes imaginados. [...] Cabe apontar que a teoria aqui desenvolvida oferece também as bases de uma teoria do discurso interno”. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 183, nota de rodapé nº 11. Apel lida com a questão dos discursos internos a partir do que ele chama de auto-reflexão pragmático-transcendental. Segundo ele, “Quem argumenta reconhece implicitamente todas as reivindicações possíveis de todos os membros da comunidade de comunicação que se podem justificar por meio de argumentos racionais [...], e ainda se compromete, ao mesmo tempo, a utilizar-se de argumentos para justificar todos os próprios anseios que dirige aos outros. Além disso, a meu ver, os membros da comunidade comunicacional [...] estão obrigados a levar em consideração todas as virtuais reivindicações de todos os virtuais membros da comunidade. [...] No pensar solitário, é preciso pressupor também a dependência em relação à discussão real; mas com isso o filósofo precisa pressupor em si e seus interlocutores tanto a concernência à comunidade *real* de comunicação, surgida de maneira sócio-histórica, quanto, *ao mesmo tempo*, a competência no sentido da comunidade *ideal* de comunicação”. APEL, Karl-Otto. **Transformação da filosofia II: o a priori da comunidade de comunicação**. Tradução de Paulo Astor Soeth. São Paulo: Loyola, 2000, p. 480-486. Cf. também COSTA, Reginaldo da. **Ética do discurso e verdade em Apel**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 214-220.

¹⁰³ TOLEDO, Cláudia. Introdução à edição brasileira. In: ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 15-31, à p. 17.

¹⁰⁴ Veja-se: Capítulo I, item 1.1.

presentes na própria idéia de direitos e princípio morais¹⁰⁵, os direitos humanos, em virtude da sua prioridade, são válidos independentemente da recepção jurídica, e uma de suas tarefas fundamentais é justificar e conferir legitimidade aos ordenamentos jurídicos positivos, questionando leis, instituições, medidas ou ações.

Um discurso prático adquire o caráter de racionalidade conforme ele preencha as condições de argumentação prática racional. Essas condições podem resumir-se num sistema de regras do discurso. Segundo Alexy,

Uma parte dessas regras formula exigências gerais de racionalidade, que valem ainda independentemente da teoria do discurso. Pertencem a elas a não-contradição, a universalidade no sentido de um uso consistente dos predicados utilizados, a clareza lingüístico-conceitual, a verdade empírica, a consideração dos efeitos e a ponderação. Todas essas regras regem também monólogos. Nos interessam aqui somente as regras específicas do discurso. Estas têm um caráter não-monológico¹⁰⁶ [tradução livre].

As regras que valem ainda independentemente da teoria do discurso já foram designadas por Alexy, devido ao seu caráter elementar, como “regras fundamentais”. Muito embora, para a fundamentação dos direitos humanos, essas regras não interessem diretamente, elas merecem ser concisamente consideradas, uma vez que a sua validade “é condição de possibilidade de qualquer comunicação lingüística em que se trate da verdade ou correção¹⁰⁷”. As regras fundamentais são as seguintes:

- (1.1) Nenhum falante pode contradizer-se.
- (1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita
- (1.3) Todo falante que aplique um predicado *F* a um objeto *A* deve estar disposto a aplicar *F* também a qualquer objeto igual a *A* em todos os aspectos relevantes.
- (1.4) Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados¹⁰⁸.

(1.1) remete diretamente ao princípio básico da não-contradição. Tal princípio afirma que nenhum enunciado pode ser verdadeiro e falso. As regras fundamentais da lógica são pressupostas no trabalho de Alexy, de tal maneira que, além da não-contradição, deve-se

¹⁰⁵ Veja-se a explicação a que fazem referência as notas de rodapé nº 36 e nº 37.

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Traducción de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 67. No original: “Una parte de estas reglas formula exigencias generales de racionalidade, que valen aun independentemente de la teoría del discurso. A ellas pertenecen la no contradicción, la universalidad en el sentido de un uso consistente de los predicados utilizados, la claridad lingüística conceptual, la verdad empírica, la consideración de los efectos y la ponderación. Todas estas reglas rigen también para monólogos. Nos interesan acá sólo las reglas específicas del discurso. Éstas tienen un carácter no-monológico”.

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 191.

¹⁰⁸ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 191.

admitir necessariamente o princípio da identidade, segundo o qual, se um enunciado é verdadeiro, então é verdadeiro, bem como o princípio do terceiro excluído, que afirma que um enunciado ou é verdadeiro ou é falso. Esses três princípios formam as três leis do pensamento¹⁰⁹. Costuma-se precipitadamente objetar que as proposições normativas não são susceptíveis de verdade ou falsidade e que, assim, as leis da lógica não se aplicariam a tais proposições. Sem embargo, como já foi visto acima, a racionalidade das proposições normativas não é demonstrada por via dos valores “verdadeiro” ou “falso”, mas através dos valores “correto” ou “incorreto” e “válido” ou “inválido”.

(1.2) faz referência à verdade empírica e, conseqüentemente, garante a sinceridade da discussão, sendo esta um requisito constitutivo de toda comunicação lingüística. De acordo com Alexy, “sem (1.2) não seria possível sequer mentir, pois, se não se pressupõe nenhuma regra que exija sinceridade, não é concebível o engano; (1.2) não exclui por isso a expressão de conjecturas, mas exige somente que sejam caracterizadas como tais¹¹⁰”.

(1.3) refere-se ao uso de expressões apenas por um falante, sendo uma formulação do princípio da universalidade no sentido de um uso consistente dos predicados utilizados. (1.3) exige, portanto, que o falante deve estar disposto a agir coerentemente. Nesse passo, Alexy acrescenta que “Aplicada a expressões valorativas, (1.3) adota a seguinte forma: (1.3) Todo falante só pode afirmar os juízos de valor e de dever que afirmaria dessa mesma forma em todas as situações em que afirme que são iguais em todos os aspectos relevantes¹¹¹”. Daí se segue que (1.3) também diz respeito às regras da consideração dos efeitos e da ponderação, ambas mencionadas anteriormente.

(1.4) embora seja complementar a (1.3), difere desta na medida em que se reporta ao uso de expressões por diversos falantes. Segundo Alexy, “(1.4) Exige uma comunidade de uso de linguagem. [...] Além do estabelecimento de um uso comum da linguagem no discurso de análise da linguagem, trata-se também de manter a fala com clareza e sentido¹¹²”. Dessa maneira, (1.4) aponta para a exigência de clareza lingüístico-conceitual, condição básica de qualquer comunicação lingüística.

Como se afirmou mais acima, a análise pormenorizada dessas regras fundamentais não interessa a este trabalho, uma vez que elas são regras gerais da racionalidade e, por isso, aplicáveis também a monólogos. Elas devem ser, assim,

¹⁰⁹ Cf. COPI, Irwin M. **Introducción a la lógica**. Traducción de Néstor Alberto Miguez. 3. ed. Buenos Aires: Eudeba, 1995, p. 321 ss.

¹¹⁰ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 192.

¹¹¹ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 193.

¹¹² ALEXY, Robert. Op. cit., p. 193.

pressupostas aqui e onde quer que se planeje alcançar linguisticamente a racionalidade. Como fez questão de ressaltar Alexy, para a tarefa de fundamentação dos direitos humanos, interessam tão-somente as regras específicas do discurso prático. Isso se deve ao fato de ser justamente a fundamentação da validade universal dessas regras específicas a condição para se justificar racionalmente tais direitos.

2.2 As regras específicas do discurso prático

As regras específicas do discurso prático – isto é, aquelas que possuem um caráter não-monológico – têm como fim a imparcialidade do discurso. No entendimento de Alexy, esse fim deve ser alcançado através da garantia de liberdade e igualdade de argumentação¹¹³.

Na sua fundamentação das regras específicas do discurso prático, Alexy concentra-se inteiramente nas regras que ele, em outra oportunidade¹¹⁴, denominou de “regras de razão”. Entretanto, é importante fazer uma breve alusão também às regras já chamadas por ele de “regras sobre a carga de argumentação”, visto que estas, além de terem um papel importante no discurso, ajudarão a superar algumas críticas à possibilidade de uma fundamentação racional de normas éticas, especialmente aquelas trazidas pelo *trilema de Münchhausen*¹¹⁵.

Antes de tudo, é preciso ter em mente que, nos discursos práticos trata-se da justificação da asserção de enunciados normativos. Segundo Alexy, “Na discussão de tais asserções, estabelecem-se de novo asserções etc. Também são necessárias asserções para refutar algo, para contestar perguntas e para fundamentar propostas¹¹⁶”. Assim sendo, um discurso prático sem asserções é impossível. Quem afirma algo não só quer expressar que acredita em algo – como já se mostrou acima –, mas também que pretende que o que diz é fundamentável, que é verdadeiro e que é correto. Segundo Alexy, “Isso vale tanto para proposições normativas como para as não normativas¹¹⁷”. É importante ressaltar que essa pretensão de fundamentabilidade não significa que o falante deve fundamentar toda afirmação em qualquer momento perante qualquer um, mas sim que, se ele não aceitar dar uma fundamentação, é necessário que possa oferecer razões que justifiquem a sua negativa. Dessa

¹¹³ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Traducción de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 67-68.

¹¹⁴ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 193.

¹¹⁵ Veja-se: Capítulo I, item 1.4.

¹¹⁶ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 193. A necessidade discursiva de asserções será explorada no item 2.3.1 a seguir.

¹¹⁷ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 194.

idéia deriva a regra que Alexy denomina de “regra geral de fundamentação”: (2) Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação¹¹⁸”. Tal autor acrescenta que:

Quem fundamenta algo pretende, ao menos no que se refere a um processo de fundamentação, aceitar o outro como parte na fundamentação, com os mesmos direitos, e não exercer coerção nem se apoiar na coerção exercida por outros. Também pretende assegurar sua asserção não só perante seu interlocutor, mas perante qualquer um. Os jogos de linguagem, que não pretendam cumprir pelo menos esta exigência, não podem considerar-se fundamentação¹¹⁹.

Com base na mencionada regra geral de fundamentação, as exigências de igualdade de direitos, de universalidade e de não-coerção podem formular-se com três regras que garantem a racionalidade do discurso – daí serem chamadas regras de razão –, que correspondem às condições da situação ideal de fala elaboradas por Habermas na versão mais fraca¹²⁰. Tais regras são as seguintes: “(2.1) Quem pode falar, pode tomar parte no discurso¹²¹”. A segunda regra regula a liberdade de discussão, subdividindo-se em três requisitos: “(2.2) (a) Todos podem problematizar qualquer asserção. (b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso. (c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades¹²²”. Por fim, a terceira regra afirma que “(2.3) A nenhum falante se pode impedir de exercer seus direitos fixados em (2.1) e (2.2), mediante coerção interna e externa ao discurso¹²³”.

De acordo com essas regras, os argumentos que não forem aceitos se cumpridos (2.1)-(2.3) devem ser considerados inválidos. Deve-se destacar que, nas discussões práticas, (2.1)-(2.3) sempre podem ser cumpridos apenas de forma aproximada. Além disso, conforme Alexy, “há sempre a possibilidade de equívoco sobre o cumprimento”. Não obstante, pode-se dizer que (2.1)-(2.3), se se cumprem na medida ótima alcançável na situação a ser julgada, funcionam como um critério provisório¹²⁴”.

Essas considerações, que serão revisitadas mais adiante, são bastante relevantes, porquanto compõem uma das idéias centrais da teoria do discurso. Quando esta teoria reconhece que a verdade não está no mundo, na natureza, mas que é uma produção cultural

¹¹⁸ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 194.

¹¹⁹ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 194.

¹²⁰ Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 134 ss e p. 140 ss. Com a leitura destas páginas, pode-se perceber que Alexy recebeu forte influência da teoria consensual da verdade de Habermas, adotando-a quase integralmente no tocante às regras do discurso prático.

¹²¹ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 195.

¹²² ALEXY, Robert. Op. cit., p. 195.

¹²³ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 195.

¹²⁴ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 195.

humana, reconhece que ela é subordinada à refutabilidade, a qual, conforme Karl Popper¹²⁵, é necessariamente inerente à ciência, sob pena de as suas conclusões converterem-se em dogmas. Segundo Cláudia Toledo, “Isso quer dizer [...] que a verdade assumida em dado momento pode ser negada ou superada em seguida, com a elaboração de uma nova verdade sobre aquele tema, o que lhe confere o caráter de provisoriedade¹²⁶”.

Pode-se, dessa forma, superar o terceiro postulado do *trilema de Münchhausen*, segundo o qual toda fundamentação lógico-formal de sentenças conduziria necessariamente a “uma *interrupção do procedimento* em um determinado ponto, o qual, ainda que pareça realizável em princípio, nos envolveria numa suspensão arbitrária do princípio de fundamentação suficiente¹²⁷”. Vê-se, desde já, que a teoria do discurso não é levada a tal interrupção arbitrária que levaria à defesa de um dogma, uma vez que reconhece o caráter provisório e revisável das verdades. Estas, de acordo com aquela teoria, não são formadas a partir da correspondência com a realidade, mas são o resultado de um consenso fundado mediante o cumprimento de regras e critérios que possibilitam a justificação e a comprovação da premissa da qual se parte. É precisamente isso que confere racionalidade, objetividade e, portanto, universalidade aos resultados desse consenso.

As regras examinadas até então certamente regulam a carga da fundamentação para asserções, mas não em relação a perguntas ou à expressão de dúvidas. Alexy, atento a essa questão, afirma o seguinte:

(2.2.a) permite a qualquer um problematizar qualquer afirmação. Com isso se pode encurralar qualquer falante repetindo mecanicamente como um menino a pergunta “por quê?”. Além disso, é possível que se qualifique como duvidoso tudo o que disseram os demais participantes da deliberação. Ambas situações são muito fáceis

¹²⁵ “O velho ideal científico da *epistème* – do conhecimento absolutamente certo, demonstrável – provou ser um ídolo. A exigência da objetividade científica torna inevitável que todo enunciado científico permaneça *provisório para sempre*. Pode-se de fato corroborá-lo, mas toda corroboração é relativa aos outros enunciados que, novamente são provisórios. Somente podemos estar ‘absolutamente certos’ de nossas experiências subjetivas de convicção, de nossa fé subjetiva”. POPPER, Karl. **Lógica da investigação científica**. Tradução de Pablo Rubén Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 123.

¹²⁶ TOLEDO, Cláudia. Introdução à edição brasileira. In: ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 15-31, à p. 19.

¹²⁷ ALBERT, Hans. **Tratado da razão crítica**. Tradução de Idalina Azevedo da Silva, Érika Gudde e Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996, p. 27.

para o falante: ele pode formular perguntas ou dúvidas sem ter ele mesmo de dar razões¹²⁸.

Essa situação levanta questões importantes para o discurso, referentes à extensão e à distribuição da carga da argumentação ou da fundamentação. As regras sobre a carga da argumentação oferecem uma saída para o citado problema. A primeira regra diz que “(3.1) Quem pretende tratar uma pessoa *A* de maneira diferente de uma pessoa *B* está obrigado a fundamentá-lo¹²⁹”. O fundamento de (3.1) reside em que “segundo as regras de razão, todos são iguais e por isso devem apresentar-se razões para justificar um desvio dessa situação. As regras de razão fundamentam uma presunção em favor da igualdade¹³⁰”.

A segunda regra diz respeito à extensão da carga da argumentação ou da fundamentação. De acordo com ela, uma proposição ou uma norma que seja faticamente pressuposta como verdadeira ou como válida na comunidade dos falantes, mas não afirmada ou discutida expressamente, pode ser discutida apenas se se indicar uma razão para tanto. Em outros termos: para algo ser objeto do discurso, tem de ser afirmado ou questionado, indicando-se uma razão para isto. A regra em questão expressa-se da seguinte maneira: “(3.2) Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão, deve dar uma razão para isso¹³¹”.

A terceira regra – talvez a mais importante deste grupo – dispõe que não é admissível que um falante exija continuamente de seus interlocutores razões. Dessa maneira, se o interlocutor, obrigado pela regra geral de fundamentação, ofereceu uma razão, ele só estará obrigado a dar uma nova resposta em caso de um contra-argumento: “(3.3) Quem aduziu um argumento, está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos¹³²”. Essa regra permite superar a primeira hipótese do *trilema de Münchhausen*, segundo a qual toda fundamentação lógico-formal de sentenças conduziria obrigatoriamente a “um *regresso infinito*, que pode resultar da necessidade de sempre, e cada vez mais, voltar atrás na busca de fundamentos, mas que na prática não é passível de realização e não proporciona nenhuma base segura¹³³”. Essa superação ocorre na medida em que, conforme (3.3), se o argumento afirmado pelo falante já foi aceito pelos demais e, portanto, não há contra-argumentos, ele não precisa ser mais justificado. Se não fosse assim, haveria realmente uma fundamentação *ad infinitum*, a qual inviabilizaria o discurso, dado que cada asserção

¹²⁸ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 196.

¹²⁹ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 197.

¹³⁰ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 197.

¹³¹ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 198.

¹³² ALEXY, Robert. Op. cit., p. 198.

¹³³ ALBERT, Hans. Op. cit., p. 26.

deveria ser indefinidamente justificada. Pode-se constatar facilmente, todavia, que esta situação pressupõe equivocadamente que nenhum conhecimento já foi consolidado e que nenhum enunciado já foi estabelecido consensualmente como verdadeiro ou correto.

A quarta regra serve, ao mesmo tempo, como garantia e como limitação das regras (2.2.b) e (2.2.c), que permitem a todo falante introduzir no discurso, quando queira, quaisquer asserções e comentários sobre suas opiniões, desejos e necessidades. Assim, não se devem excluir as asserções ou os comentários que não digam respeito ao problema em discussão. Cabe apenas aos participantes decidir quando eles devem ser excluídos. Deve-se, no entanto, exigir que a introdução dessas asserções ou comentários desconexos seja justificada: (3.4) “Quem introduz no discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades que não se apresentem como argumento a uma manifestação anterior, tem, se lhes for pedido, de fundamentar por que essa manifestação foi introduzida na afirmação¹³⁴”.

Antes de encerrar a exposição das regras específicas do discurso, importa destacar que as denominadas regras de razão, isto é, (2.1)-(2.3), expressam, ao nível da argumentação, as idéias liberais da universalidade e da autonomia. Conforme Alexy, “Se elas vigoram, quer dizer, quando cada qual pode decidir com liberdade e igualdade aquilo que aceita, então vale necessariamente a seguinte condição de consentimento universal¹³⁵” [tradução livre]:

uma norma só pode encontrar consentimento universal num discurso, quando as conseqüências de sua observância geral para a satisfação do interesse de cada um possam ser aceitas por todos¹³⁶ [tradução livre].

Desse modo, pode-se perceber que a teoria do discurso tem como pressuposto central, primeiramente, o fato de a aceitação no discurso depender de argumentos e, em segundo lugar, a existência de uma vinculação necessária entre a aceitação universal sob condições ideais e os conceitos de correção e validade moral. Para Alexy, essa conexão pode ser formulada da seguinte maneira: “Corretas e, com isso, válidas são justamente as normas

¹³⁴ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 198.

¹³⁵ ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Traducción de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 69. No original: “Si ellas rigen, es decir, cuando cada quien puede decidir con libertad e igualdad lo que él acepta, entonces vale necesariamente la siguiente condición de consentimiento universal”.

¹³⁶ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 69-70. No original: “CU: una norma sólo puede encontrar consentimiento universal en un discurso, cuando las consecuencias de su observancia general para la satisfacción de los intereses de cada uno puedan ser aceptadas por todos”.

que, num discurso ideal, poderiam ser apreciadas por cada um como corretas¹³⁷” [tradução livre].

Essa idéia também é sustentada por Nino¹³⁸, quando este afirma que a dimensão discursiva da moral apresenta-se como uma atividade que consiste, na realidade, em oferecer argumentos a favor ou contrários a certas condutas ou pretensões. Mais adiante, tal autor infere o seguinte: “O discurso moral está dirigido a obter uma convergência em ações e atitudes, através de uma aceitação livre por parte dos indivíduos, de princípios para guiar suas ações e suas atitudes frente a ações de outros¹³⁹” [tradução livre]. Tem igualmente o mesmo sentido o entendimento de Habermas ao formular o seu princípio abstrato do discurso: “D: são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais¹⁴⁰”.

Isso expressa, ao menos na intenção básica, o princípio do poder legislativo de Kant, segundo o qual:

O poder legislativo pode pertencer somente à vontade unida do povo, pois uma vez que todo o direito deve dele proceder, a ninguém é capaz de causar injustiça mediante sua lei. Ora, quando alguém realiza disposições tocantes a *outra pessoa*, é sempre possível que cause injustiça a esta; entretanto, jamais é capaz de produzir injustiça em suas decisões concernentes a si mesmo (pois *volenti non fit iniuria*¹⁴¹). Portanto, somente a vontade concorrente e unida de todos, na medida em que cada um decide o mesmo para todos e todos para cada um, e assim somente a vontade geral unida do povo pode legislar¹⁴².

Cabe ainda indicar que, antes mesmo de Kant, tal noção também já estava presente na proposta do pacto social de Rousseau:

“Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado de toda a força comum e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedeça a si mesmo, permanecendo tão livre quanto antes”. Esse é o problema que o contrato social soluciona. [...] Todas essas cláusulas [do contrato social] se reduzem a uma, a saber, a total alienação de cada associado com todos os seus direitos, a toda a comunidade: primeiramente, dando-se cada um por inteiro, a condição é igual para todos, ninguém terá interesse em torná-la onerosa aos outros. [...] Enfim, dando-se cada um a todos, não se dá a ninguém e como não haverá nenhum associado sobre o

¹³⁷ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 70. No original: “Correctas y con ello válidas son justamente las normas que en un discurso ideal podrían ser apreciadas por cada quien como correctas”.

¹³⁸ Cf. NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 103.

¹³⁹ NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 109. No original: “El discurso moral está dirigido a obtener una convergencia en acciones y actitudes, a través de una aceptación libre por parte de los individuos, de principios para guiar sus acciones y sus actitudes frente a acciones de otros”.

¹⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 1, p. 142.

¹⁴¹ Nenhuma injustiça é feita àquele que consente.

¹⁴² KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro: 2003, p. 156.

qual não se adquira o mesmo direito que se cedeu, ganha-se o equivalente a tudo que se perde e mais força para se conservar aquilo que se tem. Se, afinal, retira-se do pacto social aquilo que não pertence à sua essência, veremos que ele se reduz aos seguintes termos: *cada um põe em comum sua pessoa e todo seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e enquanto corpo, recebe-se cada membro como parte indivisível do todo*¹⁴³.

2.3 Um argumento sobre três bases

Uma vez examinadas as regras específicas do discurso prático e algumas de suas implicações, pode-se agora dar início à fundamentação dessas regras, ocupação essa que, como se advertiu anteriormente, representa o primeiro passo de uma fundamentação teórico-discursiva dos direitos humanos. Alexy sustenta que a validade universal das regras do discurso só pode ser fundamentada a partir de um argumento que se compõe de três partes completamente distintas. A primeira parte consiste em um argumento transcendental, que molda o núcleo do argumento por inteiro e determina essencialmente o seu caráter universal. Conforme se verá, esse argumento possui uma validade limitada. Disso surge a necessidade de ele ter sua validade fortalecida pela segunda parte, que se apresenta por via de um argumento centrado na maximização da utilidade individual.

Dessa maneira, percebe-se – e isto será novamente explorado adiante – que as linhas kantianas e hobbesianas relacionam-se na fundamentação das regras do discurso, conquanto a primeira certamente seja predominante. A maximização da utilidade individual está bastante presente na filosofia de Hobbes. Em seu entendimento, a condição do homem encerra um preceito ou regra geral da razão, em virtude da qual “cada homem deve esforçar-se pela paz, enquanto tem a esperança de alcançá-la; e quando não possa obtê-la, deve buscar e utilizar todas as ajudas e vantagens da guerra¹⁴⁴” [tradução livre]. Essa lei, em sua primeira parte, destaca a primeira lei fundamental da natureza, a saber: buscar a paz e segui-la. Em sua segunda parte, inclui-se o direito da natureza¹⁴⁵, isto é: defende-se a si próprio, por todos os meios possíveis. Nesse sentido, Hobbes também expressa o seguinte:

¹⁴³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a economia política e do contrato social**. Tradução de Maria Constança Peres Pissarra. Petrópolis: Vozes, 1995, p. 78-79.

¹⁴⁴ HOBBS, Thomas. **Leviatã**: o la matéria, forma y poder de una república, eclesiástica y civil. Traducción de Manuel Sánchez Sarto. 2. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 107. No original: “cada hombre debe esforzarse por la paz, mientras tiene la esperanza de lograrla; y cuando no puede obtenerla, debe buscar y utilizar todas las ayudas e ventajas de la guerra”.

¹⁴⁵ É importante distinguir “direito da natureza” de “lei da natureza”. Para Hobbes, o direito da natureza ou *jus naturale* é a liberdade que cada homem tem de usar seu próprio poder como queira, para a conservação da sua própria natureza, ou seja, da sua própria vida; e, por conseguinte, para fazer tudo aquilo que seu próprio juízo e razão considere como os meios mais aptos para lograr esse fim. Por outro lado, a lei da natureza ou *lex naturalis* é um preceito ou norma geral, estabelecida pela razão, em virtude da qual se proíbe a um homem fazer o que

A causa final, fim ou desígnio dos homens (que naturalmente amam a liberdade e o domínio sobre os demais) ao introduzir esta restrição sobre si mesmos (na qual os vemos viver formando Estados), é o cuidado da sua própria conservação e, por acréscimo, a obtenção de uma vida mais harmônica; quer dizer, o desejo de abandonar essa miserável condição de guerra que [...] é consequência necessária das paixões naturais dos homens, quando não existe poder visível que os tenha na linha e os sujeite, por temor ao castigo, à realização de seus pactos e à observâncias das leis da natureza¹⁴⁶ [tradução livre].

Ademais, para que a relação entre o argumento transcendental e a maximização da utilidade individual ocorra, faz-se necessário, como terceira parte, uma premissa empírica sobre o mecanismo humano do interesse em correção. Através dessa premissa pode vincular-se a pura maximização de utilidade, de forma suficientemente forte, ao resultado do argumento transcendental¹⁴⁷.

2.3.1 A base transcendental

É tese de Alexy que a idéia do discurso não é uma idéia neutra, visto que ela contém em si a universalidade e a autonomia da argumentação. Para o autor, esse conteúdo é “o mesmo que uma concepção da imparcialidade apoiada nestas. A idéia do discurso é, assim, uma idéia essencialmente liberal. Por essa razão os problemas de fundamentar uma posição liberal começam ao nível do discurso¹⁴⁸” [tradução livre].

possa destruir a sua vida ou privar-lhe dos meios de conservá-la; e também, omitir tudo aquilo que possa deixar sua vida melhor preservada. Em suma: “o direito consiste na liberdade de fazer ou de omitir, enquanto que a lei determina e obriga a uma dessas duas coisas. Assim, a lei e o direito diferem tanto como a obrigação e a liberdade, que são incompatíveis quando se referem a uma mesma matéria” [tradução livre]. HOBBS, Thomas. Op. cit., p. 106. No original: “el derecho consiste en la libertad de hacer o de omitir, mientras que la ley determina y obliga a una de esas dos cosas. Así, la ley y el derecho difieren tanto como la obligación y la libertad, que son incompatibles cuando se refieren a una misma materia”.

¹⁴⁶ HOBBS, Thomas. Op. cit., p. 137. No original: “La causa final, fin o designio de los hombres (que naturalmente aman la libertad y el dominio sobre los demás) al introducir esta restricción sobre sí mismos (en la que los vemos vivir formando Estados) es el cuidado de su propia conservación; es decir, el deseo de abandonar esa miserable condición de guerra que, tal como hemos manifestado, es consecuencia necesaria de las pasiones naturales de los hombres, cuando no existe poder visible que los tenga a raya y los sujete, por temor al castigo, a la realización de sus pactos y a la observancia de las leyes de naturaleza”.

¹⁴⁷ Percebe-se que, para a validade universal das regras específicas do discurso, o argumento pragmático-transcendental deve ser complementado com duas considerações sobre a composição de interesses. Segundo Alexy, sendo a existência desses interesses um fato empírico, não se pode falar de uma fundamentação puramente pragmático-transcendental. Porém, uma vez que tal argumento desempenha um papel necessário no conjunto da fundamentação, pode-se falar de uma “fundamentação pragmático-transcendental fraca”. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 304, Posfácio.

¹⁴⁸ ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Traducción de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 70. No original: “lo mismo que una concepción de la imparcialidad apoyada en estas. La idea del discurso es así una idea esencialmente liberal. Por esa razón los problemas de fundamentar una posición liberal comienzan a nivel del discurso”.

Nino, embora defenda expressamente a não-neutralidade¹⁴⁹ do discurso moral, considera desnecessária e impossível a justificação de suas regras. Segundo ele¹⁵⁰, tal justificação não seria possível, porque as razões morais são, por definição, *razões últimas*, de tal modo que não restaria nenhuma saída para a pergunta sobre quais regras ou princípios podem ser adotados para a fundamentação de razões últimas. Em síntese, a sua idéia é a de que a moral não pode justificar-se pela moral. Por outro lado, o mesmo autor sustenta que a justificação da moral também é irrelevante ou desnecessária na medida em que “uma *explicação* de por que se desenvolve socialmente uma certa modalidade de discurso moral e por que os indivíduos tendem geralmente a participar nele¹⁵¹” já é suficiente. Nino tem razão quando entende que a moral não pode fundamentar-se por ela mesma, uma vez que essa fundamentação seria necessariamente circular, caindo tanto numa contradição lógica quanto na segunda hipótese do *trilema de Münchhausen*. Sem embargo, ele erra quando vê como única alternativa as explicações evolutivas, por mais que estas sejam interessantes e importantes. Nessa perspectiva, Alexy¹⁵² ressalta que Nino subestima a possibilidade de argumentos transcendentais.

Sustentando uma idéia contrária, Habermas considera necessário e suficiente um argumento transcendental fraco. Esse argumento é fraco na medida em que não oferece nenhuma fundamentação última infalível, apoiando-se apenas em “[...] propostas falíveis de reconstrução do teor normativo de pressupostos argumentativos inevitáveis em termos factuais¹⁵³”. Explica Habermas, nesse sentido, que a argumentação transcendental em sentido fraco “é suficiente para fundamentar a pretensão universalista de validade de um princípio moral concebido em termos processuais, considerada vinculativa para todos os sujeitos dotados da capacidade de linguagem e de acção¹⁵⁴”. Ressalte-se que o argumento transcendental que Alexy vai defender não é fraco apenas por causa do seu carácter falível,

¹⁴⁹ “O discurso moral não é uma instituição neutra e não pode sê-lo, visto que estamos aduzindo que sua estrutura acarreta pressupostos dos quais se derivam morais substantivos [...], e o que aqui se argüi é que eles conduzem aos liberais” [tradução livre]. NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 177. No original: “El discurso moral no es una institución neutra y no puede serlo, puesto que estamos aduciendo que su estructura conlleva presupuestos de los que se derivan principios morales sustantivos [...], y lo que aquí se arguye es que ellos conducen a los liberales”.

¹⁵⁰ Cf. NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 125.

¹⁵¹ NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 127. No original: “una explicación de por qué se desarrolla socialmente una cierta modalidad de discurso moral y por qué los individuos tienden a participar en él”.

¹⁵² Cf. ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Traducción de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 71.

¹⁵³ HABERMAS, Jürgen. **Comentários à ética do discurso**. Tradução de Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991, p. 188.

¹⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 188.

mas também em virtude de sua validade limitada, que, como já se advertiu, necessita ser complementada pela maximização da utilidade individual.

A questão do significado de um argumento transcendental é bastante confusa e discutível. Por essa razão, no Posfácio da obra *Teoria da Argumentação Jurídica*, Alexy afirma que, na sua concepção, devem ser considerados argumentos “transcendentais” aqueles que se apóiem em, pelo menos, duas premissas. A primeira assevera que “aquele que faz afirmações e fundamentações necessariamente se insere num jogo que se define através das regras do discurso¹⁵⁵”. A segunda diz que é necessário efetuar afirmações e fundamentações no seguinte sentido: “quem, ao longo da vida, não formula nenhuma afirmação e nenhuma fundamentação, não toma parte do que se poderia chamar a ‘forma de vida mais geral dos homens’,¹⁵⁶”.

Em sua obra *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*, Alexy também oferece uma explicação acerca do significado de argumento transcendental, preocupando-se mais em delinear estruturalmente as premissas supracitadas:

Aqui, devem designar-se argumentos ‘transcendentais’ os que, pelo menos, disponham de duas premissas com a seguinte estrutura: a primeira premissa identifica o ponto de partida do argumento, que consiste em coisas como percepções, pensamentos ou atos lingüísticos e conceitua, a partir deste ponto de partida, sua necessidade em algum sentido. A segunda premissa afirma [...] que quaisquer categorias ou regras são necessárias, quando o objeto escolhido como ponto de partida deve ser possível. A conclusão diz, finalmente, que essas categorias ou regras valem necessariamente¹⁵⁷ [tradução livre].

O autor desenvolve essas premissas a partir de cinco teses, que serão exploradas nas páginas subseqüentes. Porém, antes de se chegar a isso, Alexy¹⁵⁸ esclarece que, embora existam diferentes variantes de argumentos transcendentais¹⁵⁹ na teoria do discurso, é comum

¹⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 303, Posfácio.

¹⁵⁶ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 303, Posfácio.

¹⁵⁷ ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Traducción de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 73-74. No original: “Aquí deben designarse argumentos ‘transcendentales’ los que al menos disponen de dos premisas con la siguiente estructura: la primera premisa identifica el punto de partida del argumento, que consiste en cosas como percepciones, pensamientos o actos lingüísticos y conceptúa, desde este punto de partida, su necesidad en algun sentido. La segunda premisa afirma [...] que cualesquiera categorías o reglas son necesarias, cuando el objeto elegido como punto de partida debe ser posible. La conclusión dice, finalmente, que esas categorías o reglas valen necesariamente”.

¹⁵⁸ Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 74.

¹⁵⁹ Nesse sentido, cf. APEL, Karl-Otto. **Transformação da filosofia II**: o a priori da comunidade de comunicação. Tradução de Paulo Astor Soeth. São Paulo: Loyola, 2000, p. 407 ss; HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 61 ss.

a todas elas que os atos particulares de fala¹⁶⁰ ou a práxis da argumentação formam o ponto de partida do argumento. Por isso, o argumento transcendental da teoria do discurso pertence a uma determinada subclasse desse argumento, a saber: a do argumento pragmático-transcendental¹⁶¹. Além do mais, o citado autor explica que os argumentos desta subclasse “são argumentos idiomático-filosóficos ou lingüísticos que revelam os pressupostos necessários da argumentação ou dos atos de fala individuais. A estes pressupostos devem pertencer a liberdade e a igualdade da argumentação e, com isso, as regras do discurso¹⁶²” [tradução livre].

Os atos de linguagem de asserção, de raciocínio e de interrogação são de especial significado para as regras do discurso. Após reconhecer a importância de tais atos, Alexy escolhe, como ponto de partida para o seu modelo teórico, um argumento pragmático-transcendental do ato de fala de asserção e, com isso, inicia a sua tese sobre o que as asserções pressupõem necessariamente.

Pois bem, não há controvérsias sobre o fato de que as asserções só são possíveis quando vigoram certas regras da asseveração. Isso significa dizer que, com asserções, são pressupostas necessariamente algumas regras. A presente discussão concentra-se em saber justamente quais são essas regras. Se o argumento pragmático-transcendental for realmente válido, tais regras devem, como pressuposto necessário, demonstrar a possibilidade de asserções, não havendo alternativa para elas.

Como adverte Alexy¹⁶³, o problema não teria solução se fosse possível entender qualquer coisa como uma asserção. Embora existam numerosos conceitos de asserções, cada um deles se inserindo num correspondente sistema de regras, há um significado central da expressão “asserção”, segundo o qual as asserções só são aqueles atos de fala com os quais se apresenta uma pretensão à verdade ou à correção. Desse modo, a primeira tese de Alexy é:

¹⁶⁰ Atos de fala são ações que se realizam dizendo algo. Por exemplo, quem diz: “Prometo que virei amanhã” ou “Eu lhe asseguro que vi Pedro” não está apenas dizendo algo, mas também está fazendo algo. No primeiro caso, faz-se uma promessa, ao passo que no segundo se faz uma afirmação. Segundo o autor das teorias dos atos de fala, John Langshaw Austin, dentro de um simples ato de fala é possível distinguir até três atos diferentes: o ato locucionário, o ilocucionário e o perlocucionário. Nesse sentido, cf. AUSTIN, John Langshaw. **How to do things with words**. 2. ed. Massachusetts: Harvard University Press, 1975, p. 94-108.

¹⁶¹ Interessa apontar que Alexy antes preferia a expressão habermasiana do argumento “pragmático-universal”. Não obstante, respondendo a críticas, esclareceu que atualmente adota a expressão “pragmático-transcendental”, por se tratar “de uma variante de um tipo de argumento geral, isto é, de uma variante argumento transcendental”. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 303, Posfácio.

¹⁶² ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Traducción de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 74-75. No original: “son argumentos idiomático-filosóficos o lingüísticos, que revelan los supuestos necesarios de la argumentación o de actos de habla individuales. A estos presupuestos deben pertenecer la libertad y la igualdad de la argumentación y con ello las reglas del discurso”.

¹⁶³ Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 76.

“(1) Quem assevera algo levanta uma pretensão à verdade ou à correção¹⁶⁴” [tradução livre]. Esta tese pode apoiar-se na circunstância de que surge uma contradição performativa quando ela é impugnada. Incorre nesse tipo de contradição quem, com a realização de um ato de fala, pressupõe, pretende ou expressa algo cujo conteúdo contradiz esse ato de fala.

Apel¹⁶⁵, partindo de uma reflexão de Hintikka, ilustra o significado das contradições performativas com base no argumento do “cogito ergo sum” (penso, logo, existo) de Descartes. Assim, quem expressa um juízo contrário àquele sob a forma do ato de fala “duvido que eu exista aqui e agora” não pode lograr êxito, uma vez que incorrerá em autocontradição, conforme a seguinte explicação: ao expressar o ato de fala “(1) Eu não existo aqui e agora”, o falante levanta uma pretensão de verdade, porém, ao proferi-la faz concomitantemente uma inevitável pressuposição de existência, cujo conteúdo proposicional pode ser expresso pelo enunciado “(2) Eu existo aqui e agora”, sendo que, em ambas as proposições, o pronome pessoal se refere à mesma pessoa. Em suma: para um indivíduo negar que existe, ele deve necessariamente pressupor e reconhecer a sua existência, de tal modo que cair em contradição performativa implica negar e afirmar simultaneamente algo. Nesse sentido, Apel esclarece ainda o seguinte:

Se, de um lado, a pressuposição não pode ser aceita numa argumentação sem cometer uma autocontradição performativa atual, e se, de outro, ela não pode ser fundamentada dedutivamente sem uma *petitio principii* lógico-formal, então pertence ela àquelas pressuposições pragmático-transcendentais da argumentação, que precisam ser aceitas desde sempre, caso o jogo de linguagem da argumentação pretenda ter sentido¹⁶⁶ [tradução livre].

A segunda tese de Alexy realiza a conexão entre a pretensão de verdade ou correção vinculadas às asserções e a pretensão de fundamentação¹⁶⁷. Diz, assim, que “(2) A pretensão de verdade ou correção implica uma pretensão de fundamentação¹⁶⁸” [tradução

¹⁶⁴ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 77. No original: “(1) Quien asevera algo eleva una pretensión a la verdad o corrección”.

¹⁶⁵ Cf. APEL, Karl-Otto. The problem of philosophical foundations in light of a transcendental pragmatics of language. In: BAYNES, Kenneth; BOHMAN, James; MCCARTHY, Thomas (orgs.). **After philosophy: end or transformation?** Massachusetts: MIT Press, 1986, p. 250-290, às p. 272-283; HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 102.

¹⁶⁶ APEL, Karl-Otto. Op. cit., p. 277. No original: “If, on the one hand, a presupposition cannot be challenged in argumentation without actual performative self-contradiction, and if, on the other hand, it cannot be deductively grounded without formal-logical *petitio principii*, then it belongs to those transcendental-pragmatic presuppositions of argumentation that one must always (already) have accepted, if the language game of argumentation is to be meaningful”.

¹⁶⁷ Mais acima (veja-se: p. 49-50) foi dito, ainda que em curtas linhas, o que seria essa pretensão de fundamentabilidade, bem como o que Alexy chama de “regra geral de fundamentação”.

¹⁶⁸ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 78. No original: “(2) La pretensión de verdad o corrección implica una pretensión de fundamentación”.

livre]. Quem pretende que a sua asserção seja verdadeira ou correta e, ao mesmo tempo, afirma que não há nenhum fundamento para o afirmado provavelmente não emite sequer uma afirmação genuína. De qualquer modo, a sua asseveração é necessariamente errônea¹⁶⁹. Este erro, contudo, “é facilmente evitável, pois para elevar uma pretensão de fundamentabilidade, pode não se fazer referência a bons, senão a quaisquer motivos. Assim, basta o recurso a evidências, revelações e autoridades. Decisivo é que entrem em jogo fundamentos¹⁷⁰” [tradução livre].

Quando se examinou mais acima a terceira regra sobre a carga de argumentação¹⁷¹, esclareceu-se que o fato de se levantar, com asserções, uma pretensão à fundamentação não significa que todos, a qualquer momento, tenham obrigatoriamente que fundamentar cada asserção frente a cada um. Frequentemente, para o destinatário de uma asserção, esta pode ser, por si só, um excesso, de tal modo que ele também não queira, em nenhum caso, ouvir os motivos que a fundamentam. Num sentido contrário, quem apresenta uma asserção pode possuir bons motivos para se negar a oferecer uma fundamentação. Por exemplo, pode-lhe faltar tempo para isso. Quando, no entanto, o destinatário da asserção pergunta “por quê?” e, com isso, exige uma fundamentação, e aquele que fez a afirmação não tem bons motivos para se negar a responder, decorre, então, da pretensão de fundamentação um dever de fundamentar. Esse dever produz a terceira tese de Alexy, segundo a qual “(3) A pretensão de fundamentação implica um dever *prima facie* de fundamentar o afirmado quando se lhe exige¹⁷²” [tradução livre]. Desta tese são extraídos três postulados.

Quem fundamenta algo concorda, pelo menos no que tange ao ato de fundamentar, em aceitar os demais como companheiros de fundamentação com iguais direitos. Isso revela a deficiência de declarações do seguinte tipo: “para mim, o fundamento G, que introduzo para a minha asserção, naturalmente não é um bom argumento, mas tu deves, em atenção a tua escassa inteligência, aceitá-lo como bom para essa asserção”. Esta manifestação contradiz o postulado da igualdade de direitos na argumentação. Por conseguinte, um fundamento para uma asserção só é bom na medida em que pode ser bem

¹⁶⁹ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 194 ss.

¹⁷⁰ ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Traducción de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 79. No original: “es fácilmente evitable, pues para elevar una pretensión de fundamentabilidad, puede o no hacerse referencia a buenos sino a cualesquiera motivos. Así basa el recurso a evidencias, revelaciones y autoridades. Decisivo es que entren en juego fundamentos”.

¹⁷¹ Após um interlocutor expor uma razão, ele só tem o dever de oferecer novas razões em caso de contra-argumentos. Veja-se: p. 52-53.

¹⁷² ALEXY, Robert. Op. cit., p. 78. No original: “(3) La pretensión de fundamentación implica un deber *prima facie* de fundamentar lo afirmado cuando se le exige”.

motivado para cada um. Ademais, quem fundamenta algo concorda, pelo menos no que tange ao ato de fundamentar, em não utilizar a força nem apoiar a violência exercida por outros. Isso significa dizer que uma expressão como “se meus motivos não te convencem, tu serás demitido” não constitui nenhuma fundamentação, porquanto contradiz o postulado da não-coerção da argumentação. Finalmente, todo aquele que fundamenta algo tem a pretensão de poder defender sua asserção não apenas frente ao destinatário correspondente, mas sim frente a todos. Observa-se, então, que expressões como “se excluirmos A, B e C da nossa discussão e esquecermos as suas objeções, nos convenceremos de que o motivo G introduzido por mim é um bom motivo” contradizem o postulado da universalidade da argumentação¹⁷³.

A quarta tese de Alexy, por conseguinte, afirma que “(4) As pretensões a igualdade de direitos, não-coerção e universalidade formulam-se com fundamentações, em todo caso aquilo que concerne ao fundamentar enquanto tal¹⁷⁴,” [tradução livre]. Alexy¹⁷⁵ ressalta que estas aspirações correspondem às regras do discurso antes apresentadas – especificamente àquelas denominadas de regras de razão¹⁷⁶ –, que garantem o direito de cada um a participar no discurso, bem como asseguram a liberdade e a igualdade no discurso. Em seguida, tal autor conclui que, se as teses antes enunciadas efetivamente exprimirem regras que demonstrem a possibilidade de asserções como um pressuposto necessário, o seu argumento é correto e, com isso, fundamentou-se as regras específicas do discurso, as quais, conforme se afirmou mais atrás¹⁷⁷, representam as idéias liberais da autonomia e da universalidade.

No entanto, o próprio Alexy¹⁷⁸ reconhece a possibilidade de o seu argumento ser objetado, sob a alegação de não ser ele nada mais que um truque definitório. Nessa perspectiva, o caminho do conceito de asserção às regras específicas do discurso, com as estações intermediárias da pretensão de correção, da pretensão de fundamentação e da obrigação *prima facie* de fundamentação, formaria uma cadeia de definições que não tem necessariamente de ser assim. Introduz-se apenas um conceito forte da asserção que implica as regras do discurso.

¹⁷³ As manifestações exemplificativas são todas de Alexy. Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 80-81.

¹⁷⁴ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 81. No original: “Las pretensiones a igualdad de derechos, no violencia y universalidad se formulan con fundamentaciones, en todo caso aquello que concierne al fundamentar como tal”.

¹⁷⁵ Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 81.

¹⁷⁶ Veja-se: p. 50.

¹⁷⁷ Veja-se: p. 53.

¹⁷⁸ Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 82.

Diante disso, Alexy¹⁷⁹ afirma que a aludida objeção pode ser refutada por via da demonstração de que, no sentido por ele explicitado, as asserções são necessárias de alguma maneira para o sentido relevante do argumento transcendental. Nessa perspectiva, caso fosse possível renunciar livremente a asserções e, por via de consequência, a argumentações, aquelas não seriam, de fato, necessárias em nenhum sentido. Entretanto, segundo as interpretações de Apel e de Habermas, a denegação da argumentação tem consequências posteriores fatais. O primeiro¹⁸⁰ remete à desistência da autocompreensão e da auto-identificação, referindo-se inclusive teologicamente a um ato de autodestruição; já o segundo¹⁸¹ menciona a esquizofrenia e o suicídio. Conforme Alexy¹⁸², tais interpretações pressupõem premissas empíricas que podem ser postas em dúvida, de tal modo que, em sua fundamentação, deve bastar uma quinta (5) tese mais fraca. Segundo esta, quem, ao longo de toda a vida, não fez uma asserção – no sentido das três primeiras teses – nem nenhuma fundamentação – no sentido da quarta tese – não tomou parte na forma de vida humana mais elementar. Assim sendo,

O argumento transcendental se enfraquece [...] radicalmente. Não funda nenhum dever argumentativo frente a ninguém. Para participar da forma de vida humana mais geral, não é indispensável exteriorizar asserções e motivá-las frente a qualquer um que o exija; é suficiente fazê-lo em qualquer conexão frente a alguém: o mais forte não tem que justificar ante o mais fraco o que quer exigir-lhe exageradamente. Basta-lhe dar uma simples ordem e lograr sua execução pela força e, ainda assim, participar na forma de vida mais geral do homem, enquanto troca asserções e argumentos com os membros do seu grupo¹⁸³ [tradução livre]

Apesar desse enfraquecimento radical do argumento transcendental, ainda resta um resíduo sistemático altamente significativo. Nesse sentido, quando não existem circunstâncias raras, como, por exemplo, uma criança em completo isolamento, Alexy sustenta que:

¹⁷⁹ Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 82.

¹⁸⁰ Cf. APEL, Karl-Otto. **Transformação da filosofia II: o a priori da comunidade de comunicação**. Tradução de Paulo Astor Soeth. São Paulo: Loyola, 2000, p. 469.

¹⁸¹ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 125.

¹⁸² Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 83.

¹⁸³ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 83-84. No original: “El argumento transcendental se debilita [...] radicalmente. No funda ningún deber argumentativo frente a nadie. Para participar en la forma de vida humana más general, no es indispensable frente a cualquiera que lo exija exteriorizar aserciones y motivarlas; es suficiente hacerlo en cualquier conexión frente a alguien: el más fuerte no tiene que justificar ante el más débil lo que quiere exigirle exageradamente. A él le basta dar una sencilla orden y lograr su ejecución con la fuerza y aún así participar en la forma de vida más general del hombre, mientras intercambia asertos y argumentos con los miembros de su grupo”.

deveria ser impossível não fazer parte da forma de vida humana mais geral, a ponto de não fazer jamais uma só asserção por mais trivial que seja, não expor uma só fundamentação e não se projetar jamais a contrapartida de asserções e de motivações, a pergunta “por quê?” Cada um tem basicamente a capacidade de perguntar, de afirmar algo e de fundamentar algo e cada qual dispõe – deixado de lado circunstâncias inusitadas – em relação a essas capacidades, pelo menos, uma mínima práxis¹⁸⁴ [tradução livre].

Destaque-se que a tese da forma de vida mais geral do homem não desconhece que há diferentes formas concretas de vida. Operando em outra direção, o que essa tese defende é que nem todas as formas de vida contêm necessariamente as universalidades teórico-argumentativas que poderiam ser expressas através das regras do discurso. Tais universalidades, porém, podem oferecer ainda pouco apoio devido aos tabus, às tradições, ao terror ou às manipulações que existem na realidade. As universalidades só desapareceriam de todo se os membros de uma forma de vida perdessem completa e definitivamente a capacidade de formular seriamente a questão “por quê?”. Dessa maneira, “as regras do discurso não definem uma forma de vida particular, mas algo que é comum a todas as formas de vida, sem prejuízo do fato de que esse algo seja válido em ditas formas de vida em diferentes graus¹⁸⁵”.

A teoria do discurso rastreia, desse modo, o potencial racional existente na realidade humana, buscando uma explicação sobre a natureza do homem. Pode-se dizer que esse é o único ponto em que a referida teoria encontra-se com a tradição do direito natural. Alexy indica, não obstante, que esse encontro não pode ser tomado como pretexto para a acusação clássica de uma falsa conclusão de um ser/dever ser. Essa objeção não procede na medida em que o argumento transcendental não consiste na dedução de normas de fatos, mas na reconstrução de uma práxis em que cada um, pelo menos rudimentarmente, participa a partir da perspectiva do participante¹⁸⁶.

¹⁸⁴ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 85. No original: “debería ser fácticamente imposible no tomar parte en la forma de vida más general de los hombres, al punto de no hacer jamás un solo aserto por más trivial que sea, no exponer una sola fundamentación y no plantearse jamás la contrapartida de aserciones y motivaciones, la pregunta ‘¿por qué?’. Cada uno tiene básicamente la capacidad de preguntar, de afirmar algo y fundamentar algo y cada quien dispone – dejando de lado circunstancias inusitadas – con respecto a esas capacidades cuando menos una mínima praxis”.

¹⁸⁵ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 303, Posfácio.

¹⁸⁶ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Traducción de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 86, nota de rodapé nº 81. Sobre a falsa conclusão de um ser/dever, cf. NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 357-358; ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 58-61.

Mesmo com tudo o que foi exposto a favor do argumento transcendental, ainda não se pode dar por acabada a fundamentação das regras específicas do discurso, pois do fato de que alguém tenha a capacidade de resolver argumentativamente conflitos de interesse, e relativamente a esta capacidade disponha de uma práxis mínima ou rudimentar, não se segue que tenha de fazer uso dessa capacidade em todo conflito de interesse frente a cada afetado. Ora, o mais forte da situação pode perfeitamente considerar mais vantajoso limitar-se a rituais de dominação, de ordens e de força. Isso só seria diferente caso fosse possível supor, em todos os homens, um supremo interesse – isto é, predominante em relação aos todos os demais interesses – de resolver, com correção e justiça, os conflitos de interesses. A experiência histórica mostra, todavia, que essa pressuposição é insustentável.

Com essa insustentabilidade, demonstra-se a validade limitada da base erigida pelo argumento transcendental e, por conseguinte, a necessidade de complementá-la com o recurso às outras duas pedras angulares apontadas mais atrás¹⁸⁷. Alexy, nesse sentido, interpreta o limite do argumento transcendental com a seguinte manifestação:

O argumento transcendental pode certamente tornar claro àqueles que tenham interesse em correção, quais regras hão de seguir. Estas regras têm, ademais, a partir do ponto de vista da correção, uma validade categórica. Mas nenhum argumento transcendental pode produzir interesses ou motivações. Sob o ponto de vista da realidade ou da facticidade, o argumento transcendental conduz, por isso, somente a uma validade hipotética das regras do discurso: indica o que vale quando existe um interesse em correção moral e, por consequência, adota-se o ponto de vista ideal da correção. Esta é uma validade faticamente limitada¹⁸⁸ [tradução livre].

2.3.2 Maximização da utilidade individual e interesse em correção

Inadvertidamente, pode-se supor que as regras do discurso, embora já tenham sido legitimadas teoricamente por via do argumento pragmático-transcendental, só receberão efetivo cumprimento por aqueles que possuem interesse em correção. Com base nessa suposição, é possível objetar primeiramente que nem todas as pessoas possuem o referido interesse; e, em segundo lugar, mesmo que um número suficiente de pessoas tenha tal

¹⁸⁷ Veja-se: item 2.3.

¹⁸⁸ ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Traducción de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 87-88. No original: “El argumento transcendental puede ciertamente hacer claro a aquellos que tengan interés en corrección, cuáles reglas han de seguir. Estas reglas tienen además, desde el punto de vista de la corrección, una validez categórica. Pero ningún argumento transcendental puede producir intereses o motivaciones. Bajo el punto de vista de la realidad o la facticidad, conduce el argumento transcendental por esto solo a una validez hipotética de las reglas del discurso: indica lo que vale cuando existe un interés en corrección moral y en consecuencia se adopta el punto de vista ideal de la corrección. Esta es una validez fácticamente limitada”.

interesse em correção, a experiência história demonstra que este não representaria, por si só, uma motivação forte o suficiente para o abandono definitivo do emprego da dominação, da violência e da força. Alexandre Garrido da Silva, refletindo sobre o argumento pragmático-transcendental no sentido fraco supramencionado, interpreta que, dado o seu caráter “excessivamente racionalista, abstrato e normativo, [tal argumento] possui uma força motivacional muito reduzida. Em regra, quanto maior o grau de abstração ou idealização de uma razão para agir, menor o respectivo potencial de motivação para o seu cumprimento¹⁸⁹”.

Pois bem, Alexy esclarece que certamente constitui um infundado otimismo antropológico contar com um interesse de correção em todos os homens que seja sempre tão forte, a ponto de nenhum interesse oposto poder diminuir o incremento da eficácia social. Ao contrário, é um infundado pessimismo antropológico não contar ninguém ou apenas com um número ínfimo de pessoas interessadas em correção, de tal modo que esse interesse seja sempre tão fraco que não possa garantir nenhuma eficácia social. O que importa aqui é que se pode admitir que sempre existirão indivíduos interessados em correção. Nessa perspectiva, Alexy aduz o seguinte:

todos os homens possuem a capacidade de perguntar que ações, normas e instituições são corretas e alguns homens têm interesse em que se atue corretamente, em que tenham vigência normas corretas e em que existam instituições corretas. Nesse ponto, surge pela primeira vez na esfera da ação em jogo um interesse e um interesse em correção. Se se pressupõe este interesse, então o argumento pragmático-transcendental pode fundamentar a validade das regras do discurso no que se refere a suas conseqüências no âmbito da ação¹⁹⁰.

Ainda se pode alegar que a simples existência de homens com interesse em correção não basta para a fundamentação das regras do discurso, uma vez que a validade deste estaria prejudicada sempre que alguém entrasse no discurso apenas por motivos estratégicos, atuando como se aceitasse a liberdade e a igualdade do parceiro de discurso. Quem age estrategicamente participa, no discurso, tão-só com o objetivo de otimizar a sua utilidade, podendo, assim, abandonar a discussão e as suas regras sempre que encontre outra maneira de poder alcançar maior utilidade. Disso se segue o conselho de Maquiavel, segundo o qual:

¹⁸⁹ SILVA, Alexandre Garrido da. Teoria do discurso, neopragmatismo e legitimação dos direitos humanos. In: XVI Congresso Nacional do CONPEDI, Belo Horizonte, 2007. Tema: pensar globalmente, agir localmente. **Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 6523-6543, à p. 6528.

¹⁹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 304-305, Posfácio.

aquele que, com mais perfeição, soube agir como a raposa, saiu-se melhor. Mas é necessário saber bem disfarçar esta qualidade e ser grande simulador e dissimulador [...] A um príncipe, portanto, não é essencial possuir todas as qualidades acima mencionadas, mas é bem necessário parecer possuí-las¹⁹¹.

Não obstante, Alexy afirma que essa objeção não tem sentido algum para a fundamentação das regras do discurso, visto que nesta não se exige necessariamente a elaboração de uma motivação cujo conteúdo corresponda a tais regras. Conforme Alexy, “Também na esfera da fala pode-se diferenciar entre uma validade subjetiva, que se refira à motivação, e uma objetiva, que aluda à conduta externa¹⁹²” [tradução livre]. Essa distinção pode ser equiparada àquela realizada por Kant entre moralidade e legalidade:

Toda legislação pode [...] ser distinguida com respeito ao motivo (mesmo que concorde com outro tipo com respeito à ação que transforma em dever, por exemplo, ações que podem ser externas em todos os casos). Essa legislação que faz de uma ação um dever, e também faz deste dever o motivo, é *ética*. Porém, a legislação que não inclui o motivo do dever na lei e, assim, admite um motivo distinto da idéia do próprio dever, é *jurídica*. Está claro que no último caso esse motivo, que é algo distinto do dever, tem que ser extraído de fundamentos determinantes *patológicos* da escolha, inclinações e aversões e, entre estas, principalmente destas últimas, pois se trata de uma legislação que constrange, não de um engodo que seduz. A simples conformidade ou não conformidade de uma ação com a lei, independentemente do motivo para ela, denomina-se *legalidade (licitude)*; mas aquela conformidade na qual a idéia de dever emerge da lei é também o motivo da ação, é chamada de sua *moralidade*¹⁹³.

A fundamentação aqui realizada, de acordo com Alexy, conduz somente à validade objetiva ou institucional das regras do discurso. Isso implica dizer também que os direitos humanos a serem fundamentados pertencem à esfera do direito e, com isso, à legalidade¹⁹⁴. Exigindo-se apenas uma validade objetiva, o *deficit* motivacional para o seguimento das regras do discurso pode ser, em parte, superado.

¹⁹¹ MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Domínio Público, Governo Federal do Brasil. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000052.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2008, p. 68-69.

¹⁹² ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Traducción de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 90. No original: “También en la esfera del habla puede diferenciarse entre una validez subjetiva, que se refiere a la motivación, y una objetiva, que alude a la conducta externa”.

¹⁹³ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro: 2003, p. 71-72.

¹⁹⁴ À primeira vista, pode parecer confusa a afirmação de que os direitos humanos pertencem à esfera da legalidade, haja vista que mais atrás foi dito que eles possuem uma índole eminentemente moral. Embora Alexy não toque nessa questão, acredito que ela pode ser resolvida com o seguinte esclarecimento. O caráter moral que os direitos humanos possuem, conforme revelado no Capítulo 1, item 1.1, alude à sua capacidade de reivindicar e conferir legitimidade a uma determinada ordem jurídica positiva. Por outro lado, quando se afirmou agora que os direitos humanos pertencem à esfera da legalidade, não se exclui, com isso, o seu aspecto moral no sentido mencionado. Interpreto que a recorrência à legalidade e à validade objetiva ou institucional das regras do discurso e dos direitos humanos é utilizada por Alexy como um recurso ou argumento para a superação da reduzida força motivacional que carrega o seu argumento pragmático-transcendental. Por isso, a concepção moral dos direitos humanos não pode ser estendida a esse aspecto motivacional. Se não fosse assim, e a essas

A superação completa dessa deficiência motivacional dá-se, finalmente, pelo segundo componente da argumentação sobre a fundamentação das regras do discurso, a saber: a maximização da utilidade individual. Ora, para aqueles que não tenham nenhum interesse em correção, o cumprimento objetivo das regras do discurso é, em todo caso, vantajoso a longo prazo, quando se leva em conta a otimização da utilidade individual. Nesse passo, Alexy oferece uma ilustração que parte de duas suposições: primeiro, a de que uma elite estaria exclusivamente interessada na exploração de uma população submetida; segundo, que essa elite só poderia comunicar-se com tal população por meio de ordens e do emprego da força. Essa situação, no entanto, não é boa nem desejável. A força, além de custosa, institui uma ordem instável, o que traz arriscadas conseqüências para a elite. Por outro lado, uma legitimação obtida com o cumprimento das regras do discurso tem menos custos e, a longo prazo, é bem mais segura. Dessa ilustração infere-se que, mesmo para aqueles que não têm interesse em correção, o cumprimento de tais regras apresenta-se como algo proveitoso. Alexy também acrescenta o seguinte:

Tiranos, ditadores e déspotas [...] esforçam-se, em toda a regra, pela legitimação, também com argumentos. Que estes argumentos regularmente foram pura e má propaganda não tem aqui importância. Decisivo é que, em geral, se argumenta. Assim, leva a maximização da utilidade individual à argumentação e, com ela, à esfera das regras do discurso, porque se deve contar com um interesse suficiente em correção¹⁹⁵ [tradução livre].

É o momento de retornar ao que já foi mencionado mais atrás sobre o fato de as idéias hobbesianas e kantianas estarem vinculadas às idéias da teoria do discurso. Em relação a Hobbes, destaca-se o seu entendimento de que o nível de utilidade para todos os homens pode aumentar se o equilíbrio natural alcançável com uma guerra é substituído por um contrato, que determina, entre outras coisas, direitos mútuos cuja observância se obtém através de uma instância de proteção dos direitos, a saber: o Estado¹⁹⁶. Já sobre o pensamento de Kant, o relevante é que, devido ao interesse de um número suficiente de pessoas na correção, um contrato considerado justo – e, portanto, susceptível de justificação discursiva –

regras e a esses direitos fosse exigida uma validade subjetiva e, portanto, fundada na moralidade – que leva necessariamente em conta a motivação interna dos sujeitos –, tanto a fundamentação das regras do discurso quanto a dos direitos humanos encontrariam grandes obstáculos no que diz respeito ao seu efetivo cumprimento. Nesse sentido, tal questão, depois de aclarada, não provoca nenhum prejuízo à coerência deste trabalho.

¹⁹⁵ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 89. No original: “Tiranos, dictadores y despotas [...] se esfuerzan en toda la regla por la legitimación, también con argumentos. Que estos argumentos fueran pura y mala propaganda no tiene aquí importancia. Decisivo es que en general se argumenta. Así lleva la maximización de la utilidad individual a la argumentación y con ella a la esfera de las reglas del discurso, porque debe contarse con un interés suficiente en corrección”.

¹⁹⁶ Cf. HOBBS, Thomas. **Leviatán**: o la matéria, forma y poder de una república, eclesiástica y civil. Traducción de Manuel Sánchez Sarto. 2. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 106-141.

é mais estável e, por isso, melhor também para aqueles interessados exclusivamente em suas próprias vantagens¹⁹⁷. Nesse sentido, conclui Alexy que, se a união entre essas duas concepções é possível – de um lado, uma idéia de teoria ou economia da decisão e, de outro, uma idéia de argumentação ou de teoria do discurso –, “a validade objetiva das regras do discurso poderia fundamentar-se também para a situação de que um número suficiente de pessoas dentro de um grupo dominante não esteja interessado diretamente na correção prática¹⁹⁸”.

Diante do que foi até então exposto, pode-se esboçar, como resultado provisório, que as regras do discurso fundamentam-se num sentido triplo: elas demonstram, primeiramente, uma competência pertencente à forma mais geral de vida humana; em segundo lugar, todo aquele que tenha interesse em correção deve fazer uso dessa competência; em terceiro lugar, mesmo para aqueles que não tenham nenhum interesse em correção, o cumprimento das regras do discurso é vantajoso a longo prazo, sob o ponto de vista da maximização da utilidade individual.

Duas observações críticas ainda devem ser feitas antes do término deste capítulo. Em primeiro lugar, é importante ressaltar que a fundamentação das regras do discurso realizada aqui não pressupõe a crença ingênua na concepção das exigências da racionalidade apenas quando houver o cumprimento de todas as regras do discurso por todos os falantes. Como destaca Cláudia Toledo, “Essa é a *situação ideal de fala*, que, já por ser *ideal*, não é *real*. Além de nem todos serem os *participantes* do discurso, da intelecção da norma não decorre necessariamente sua *observância*, em virtude mesmo da *liberdade* humana de *pensar* e *agir*¹⁹⁹”. O que as regras do discurso podem, efetivamente, oferecer são critérios de racionalidade. Para ser racional ou correto, não é necessário que o enunciado normativo preencha integralmente todas as regras do discurso, mesmo porque algumas delas só podem ser cumpridas aproximadamente. Nessa perspectiva, pode-se compreender, desde já, que o

¹⁹⁷ “É verdade que o estado de natureza não necessita, simplesmente por ser natural, de ser um estado de *injustiça* (*iniustus*), de tratar-se mutuamente apenas em termos do grau de força que cada um tem. Mas ainda persistiria sendo um estado *destituído de justiça* (*status iustitiae vacuum*), no qual, quando os direitos estão em disputa (*ius controversum*), não haveria juiz competente para proferir uma sentença detentora de força jurídica. Daí, cada um poderia compelir o outro, mediante força, a deixar esse estado e ingressar numa condição jurídica, pois embora cada um possa adquirir algo externo assumindo o seu controle ou por meio de contrato de acordo com seus conceitos do direito, essa aquisição permanecerá apenas *provisória* enquanto não encerrar a sanção da lei pública, uma vez que não é determinada pela justiça (distributiva) pública e assegurada por uma autoridade que torne efetivo esse direito”. KANT, Immanuel. *Op. cit.*, p. 154-155.

¹⁹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 308, Posfácio.

¹⁹⁹ TOLEDO, Cláudia. Introdução à edição brasileira. In: ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 15-31, à p. 20.

estabelecimento dessas regras fornece os critérios nos quais se deve pautar a fundamentação dos direitos humanos, de tal maneira que, quanto mais sejam eles seguidos, mais racional ou correta será tal fundamentação.

Em segundo lugar, o argumento pragmático-transcendental, complementado pela maximização da utilidade individual e pelo interesse em correção, permite a superação da segunda hipótese do *trilema de Münchhausen*, conforme a qual toda fundamentação conduziria necessariamente a “um *círculo lógico* na dedução, que resulta da retomada, no processo de fundamentação, de enunciados que já surgiram anteriormente como carentes de fundamentação, e o qual, por ser logicamente falho, conduz do mesmo modo a nenhuma base segura²⁰⁰”. Ora, ao contrário do que pensou Nino sobre a impossibilidade de justificação da moral – porque só restaria o recurso a ela própria –, Alexy visualiza a possibilidade de um argumento pragmático-transcendental fraco, que, dado a sua reduzida força motivacional, precisa ser fortalecido por outras duas considerações (suficientes) sobre a composição de interesses. Nesse sentido, pode-se dizer que a fundamentação das regras do discurso, adotando como base uma série de exigências na *práxis* argumentativa, não necessita recorrer a enunciados anteriores e, destarte, não conduz à circularidade.

²⁰⁰ ALBERT, Hans. **Tratado da razão crítica**. Tradução de Idalina Azevedo da Silva, Érika Gudde e Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996, p. 26-27.

CAPÍTULO III – A FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SOBRE A BASE DA TEORIA DO DISCURSO

3.1 A necessidade do direito positivo

A segunda tarefa da fundamentação dos direitos humanos, conforme Alexy, implica a justificação da forma e do conteúdo de tais direitos sobre a base das regras do discurso²⁰¹. Nessa etapa, portanto, existe um problema de forma e um de conteúdo. O primeiro tem de enfrentar a necessidade do direito positivo para a institucionalização dos direitos humanos; já o segundo investiga quais direitos humanos são necessários. A tese de Alexy começa com o problema de forma.

A idéia central do problema de forma é que os direitos humanos só podem atingir seu pleno vigor normativo quando eles são garantidos através de normas de direito positivo²⁰². Como se viu anteriormente²⁰³, a teoria do discurso é bastante abstrata, tendo em vista que muitas de suas regras só podem ser cumpridas de modo aproximativo, em virtude das limitações temporais, cognitivas e pessoais daqueles que participam no discurso. A forma jurídica, entretanto, oferece uma solução satisfatória para os três problemas existentes no âmbito moral da teoria do discurso, isto é: os problemas de conhecimento, de execução e de organização. Nessa perspectiva, Habermas, numa de suas mais recentes teses sobre a relação entre direito positivo e moral autônoma, sustenta que entre esses saberes há uma relação de *complementaridade recíproca*:

a constituição da forma jurídica torna-se necessária, a fim de compensar *deficits* que resultam da decomposição da eticidade tradicional. Pois a moral autônoma, apoiada apenas em argumentos racionais, só se responsabiliza por juízos corretos e equitativos. Com a passagem para o nível de fundamentação pós-convencional, a

²⁰¹ Até agora se realizou a fundamentação das regras do discurso como regras para a esfera da fala. No entanto, quando se trata de direitos humanos, as regras ou normas referem-se à esfera da ação.

²⁰² Este é o caso, por exemplo, de sua incorporação como direitos obrigatórios no catálogo de direitos fundamentais de uma determinada Constituição. Ressalte-se que, mesmo positivados, persistem os problemas de efetivação prática de tais direitos: “Se a discussão acerca dos direitos fundamentais não pudesse apoiar-se em nada mais do que no texto da Constituição e no terreno movediço da sua gênese, teria de se contar com um quase interminável e ilimitado debate de opiniões. O fato de que, em grande medida, esse não seja o caso deve-se essencialmente à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal” [tradução livre]. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 23. No original: “Si la discusión acerca de los derechos fundamentales no pudiera apoyarse más que en el texto de la Constitución y en el terreno movedizo de su génesis, habría que contar con un casi interminable debate de opiniones. El hecho de que, en gran medida, tal no sea el caso se debe esencialmente a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal”.

²⁰³ Veja-se: Capítulo II, item 2.3.2, p. 66 e 69-70.

consciência moral se desliga da prática tradicional, enquanto o *ethos* da sociedade global se torna simples convenção, costume, direito consuetudinário²⁰⁴.

Embora se refira especificamente aos problemas do âmbito moral da teoria do discurso, e não às exigências da moral autônoma propriamente dita, parece claro que Alexy adota integralmente a citada tese de Habermas na sua justificação da forma jurídica dos direitos humanos. Essa influência habermasiana²⁰⁵ pode ser constatada, sem dificuldades, a partir da idéia de que: “A pessoa que julga e age moralmente tem que se apropriar autonomamente desse saber, elaborá-lo e transpô-lo para a prática. Ela se encontra sob exigências cognitivas, motivacionais e organizatórias inauditas, das quais é aliviada enquanto pessoa jurídica²⁰⁶”.

Pois bem, o problema do conhecimento aparece, para a teoria do discurso, porque ela não fornece um procedimento infalível capaz de alcançar, em todos os casos, sempre de maneira exata um único resultado. Assim, como as regras do discurso não conduzem necessariamente a uma única resposta correta, ganha considerável importância a “*decidibilidade* que define o direito diante do tempo limitado e da necessidade de pôr termo aos conflitos sociais²⁰⁷”. Nesse sentido, Habermas explica que essa *indeterminação cognitiva* da moral é absorvida pela facticidade da normatização do direito, pois “O legislador político decide quais normas valem como direito e os tribunais resolvem, de forma razoável e definitiva para todas as partes, a disputa sobre aplicação de normas válidas, porém carentes de interpretação²⁰⁸”.

Em segundo lugar, o problema da execução surge porque a questão de uma norma ser conhecida como correta e legítima é bastante distinta da questão do seu cumprimento. Isso significa dizer que a apreciação obtida discursivamente que assinale uma norma como justa e correta, não trará, como efeito necessário, a sua observância por parte de todos. Diante disso, Alexy afirma o seguinte: “Do fato de que, em discursos, possam elaborar-se juízos, mas não sempre as correspondentes motivações, deduz-se a necessidade de regras revestidas de

²⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v.1, p. 148-149.

²⁰⁵ É importante frisar que as idéias habermasianas sobre a teoria do discurso estão bastante presentes na proposta de fundamentação dos direitos humanos de Alexy.

²⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 150.

²⁰⁷ SILVA, Alexandre Garrido da. Teoria do discurso, neopragmatismo e legitimação dos direitos humanos. In: XVI Congresso Nacional do CONPEDI, Belo Horizonte, 2007. Tema: pensar globalmente, agir localmente. **Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 6523-6543, à p. 6529.

²⁰⁸ Habermas, Jürgen. Op. cit., p. 151.

coatividade e, com isso, a necessidade do direito²⁰⁹” [tradução livre]. Habermas aduz que essa *incerteza motivacional*, própria da moral, é absorvida pela facticidade da imposição do direito, visto que “o direito coercitivo cobre de tal modo as expectativas normativas com ameaças de sanção que os destinatários podem limitar-se a considerações orientadas pelas conseqüências²¹⁰”. Em suma, tem-se que o direito positivo é necessário, na medida em que garante o cumprimento das normas legitimamente estabelecidas pelo discurso, através do uso potencial e legítimo da força estatal.

Finalmente, o problema da organização “resulta de que numerosas exigências morais e fins extremamente valiosos não podem ser preenchidos suficientemente ou alcançados somente através de ações individuais ou da cooperação espontânea²¹¹” [tradução livre]. Os deveres, por exemplo, de conferir subsídios aos desempregados, bem como às populações mais pobres dos países periféricos, só podem ser enfrentados em nível institucional, ou seja, por intermédio da coordenação e da organização do direito. Nesse horizonte, Habermas esclarece o seguinte sobre o caráter institucional do direito:

[...] as exigências morais, que têm que ser preenchidas através de cadeias de ação anônimas e realizações organizacionais, só encontram destinatários claros no interior de um sistema de regras auto-aplicáveis. O Direito é naturalmente reflexivo; ele contém normas secundárias que servem para a produção de normas primárias da orientação do comportamento. Ele pode determinar competências e fundar organizações, em síntese, um sistema de imputabilidade, que se refere não só às pessoas jurídicas naturais, mas também a sujeitos de direito fictícios, tais como corporações e institutos²¹².

Alexy conclui que a renúncia às instituições sociais em forma de direito, fundadas nos argumentos do conhecimento, da execução e da organização, seria anarquia. Neste caso, não haveria espaço nem condições para a garantia dos direitos humanos. Dito isso, pode-se perceber que a efetivação e a promoção de tais direitos depende necessariamente da constituição da forma jurídica. No entanto, a verificação da necessidade do direito positivo é só um aspecto da fundamentação dos direitos humanos. Os outros aspectos dizem respeito ao seu conteúdo e à sua estrutura, e esse é o tema próprio da fundamentação teórico-discursiva dos direitos humanos.

²⁰⁹ ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Traducción de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 94. No original: “Del hecho que en discursos pueden elaborarse juicios, pero no siempre las correspondientes motivaciones, se deduce la necesidad de reglas revestidas de coactividad y con ello la necesidad del derecho”.

²¹⁰ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 151-152.

²¹¹ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 95. No original: “resulta de que numerosas exigencias morales y fines extremamente valiosos no pueden llenarse suficientemente o alcanzarse sólo a través de acciones individuales o cooperación espontánea”.

²¹² HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 152-153.

3.2 Classes de fundamentação teórico-discursiva dos direitos humanos

Alexy demonstra a existência de dois tipos de fundamentação teórico-discursiva dos direitos humanos: uma direta e outra indireta. Por um lado, há um conjunto de direitos humanos que só tem validade em razão da teoria do discurso. Esses direitos são, assim, discursivamente necessários. Isso quer dizer também que, sem a garantia de tais direitos, o discurso e a argumentação são impossíveis, pois eles constituem a base jurídica do discurso prático. Por outro lado, tem-se uma fundamentação indireta dos direitos humanos quando a justificação destes é atribuída a um processo político realizado de fato, mas ao qual podem bastar somente determinadas exigências da teoria do discurso. Como explica Alexy, “Se se preenchem essas exigências então as decisões logradas nesse processo político sobre os direitos humanos são legítimas e esses direitos, em consequência, indiretamente fundados teórico-discursivamente²¹³” [tradução livre].

Conforme reconhece o próprio Alexy, Nino oferece uma clara distinção entre “fundamentação direta” e “fundamentação indireta”, porém usando os termos “direitos *a priori*” e “direitos *a posteriori*”:

No caso dos primeiros, a sua determinação não pode ser deixada a um procedimento que estaria viciado, se os direitos são desconhecidos. Por outra parte, pode-se acessá-los mediante reflexão individual, já que são direitos *a priori* em relação ao método de conhecimento moral constituído pela discussão e decisão coletiva e se determinam refletindo acerca das condições que dão valor a estas últimas. Contudo, quando os direitos não são condição do discurso moral e do procedimento democrático, mas sim derivam de princípios que se revelam aceitáveis em condições de imparcialidade, o método mais confiável para determinar seus alcances é o mesmo procedimento democrático²¹⁴ [tradução livre].

Só interessam a esta investigação aqueles direitos que possam ser diretamente fundamentados teórico-discursivamente, quer dizer, tão-somente aqueles direitos necessários discursivamente. O problema central, por conseguinte, é como se pode

²¹³ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 97-98. No original: “Si se llenan esas exigencias entonces las decisiones logradas en ese proceso político sobre los derechos humanos son legítimas y estos derechos, en consecuencia, indirectamente fundados teórico-discursivamente”. No entendimento de Alexy, na esfera de fundamentação indireta, cai tudo aquilo que Habermas deixa à conformação ou à concretização de um sistema de direitos da “práxis de autodeterminação do cidadão”. Cf. HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 166 ss.

²¹⁴ NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos**: un ensayo de fundamentación. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 406. No original: “En el caso de los primeros, su determinación no puede dejarse a un procedimiento que estaría viciado si los derechos son desconocidos. Por otra parte, puede accederse a ellos mediante reflexión individual, ya que son derechos *a priori* respecto del método de conocimiento moral constituido por la discusión y decisión colectiva y se determinan reflexionando acerca de las condiciones que dan valor a estas últimas. Pero cuando los derechos no son condición del discurso moral y del procedimiento democrático, sino que se derivan de principios que resultan aceptables en condiciones de imparcialidad, el método más confiable para determinar sus alcances es el mismo procedimiento democrático”.

fundamentar direitos humanos diretamente sobre a base da teoria do discurso. Aqui se encontra uma questão relevante e que, por isso, deve ser esclarecida, a saber: uma dedução direta dos direitos humanos das regras do discurso não é possível. Muitos autores tentaram realizar tal dedução, mas todos se equivocaram. Nesse sentido, Alexy aduz que “As regras do discurso são meramente regras de fala. Ater-se a elas significa somente que aos outros, *no discurso*, confere-se o trato de interlocutores com os mesmos direitos²¹⁵” [tradução livre]. Disso ainda não se infere, contudo, que também na esfera da ação tenha que se reconhecer ao outro como pessoa, pois “De um reconhecimento pragmático-lingüístico não se segue ainda nenhum reconhecimento moral ou jurídico²¹⁶” [tradução livre].

Nesse horizonte, para se chegar às regras da ação a partir das regras do discurso são necessárias outras premissas. Estas premissas devem pertencer à teoria do discurso e, também, operar uma fundamentação teórico-discursiva que conduza à necessidade discursiva. Nesse sentido, Alexy sustenta que, de acordo com as premissas adicionais escolhidas, podem co-existir três classes de fundamentações teórico-discursivas diretas dos direitos humanos: a primeira baseia-se no argumento da autonomia; a segunda, no do consenso; e a terceira, no da democracia. Para se apreender inteiramente o conteúdo desses argumentos, deve-se enfatizar que eles não são concorrentes entre si. Ao invés disso, eles mantêm uma relação recíproca de complementação e de fortalecimento.

3.3 A fundamentação direta dos direitos humanos sobre a base da teoria do discurso

A fundamentação direta dos direitos humanos sobre a base da teoria do discurso que será apresentada nas linhas subseqüentes busca demonstrar, através da análise de cada um dos argumentos referidos anteriormente, os limites (conteúdo e estrutura) de um sistema de direitos humanos e fundamentais com pretensão de legitimidade perante todos os afetados e afetáveis. Nesse sentido, objetiva-se responder à questão sobre quais desses direitos são indispensáveis para que um sistema jurídico possa desenvolver-se plena e legitimamente.

²¹⁵ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 99. No original: “Las reglas del discurso son meramente reglas de habla. Atenerse a ellas significa sólo que a los otros *en el discurso* se da el trato de interlocutores con los mismos derechos”.

²¹⁶ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 99. No original: “De un reconocimiento pragmático-lingüístico no se sigue aún ningún reconocimiento moral o jurídico”

3.3.1 O argumento da autonomia

O argumento da autonomia expressa que aquele que faz seriamente parte em discursos pressupõe a autonomia do seu interlocutor, o que exclui a impugnação de certos direitos humanos. Nino aponta uma interessante variante do argumento da autonomia, considerando que todo aquele que participe em discurso admite a seguinte “regra fundamental do discurso moral”: “*é desejável que as pessoas determinem a sua conduta somente pela livre aceitação dos princípios morais que, após suficiente reflexão e deliberação, julguem válidos*”²¹⁷ [tradução livre]. Alexy informa que, no seu trabalho, essa regra será chamada de “princípio da autonomia”. O mesmo autor²¹⁸ acrescenta que tal princípio supera claramente as regras antes vistas, que remetiam à esfera da fala, porquanto quem aceita a regra fundamental do discurso moral não apenas aceita a autonomia do seu interlocutor, mas também a sua própria autonomia na esfera da ação.

Alexy sustenta que, se o princípio da autonomia for um suposto necessário de todos em cada discurso moral, seria discursivamente impossível contestar a autonomia jurídica ou moral do outro no discurso, uma vez que quem o fizesse incorreria numa contradição performativa²¹⁹. Uma vez que a autonomia jurídica e moral é um dos pilares da concepção liberal dos direitos humanos, é necessário averiguar “se nós efetivamente temos que pressupor algo assim como a norma fundamental de Nino, se participamos seriamente em discursos morais”²²⁰ [tradução livre]. A resposta a esta pergunta depende, por sua vez, daquilo que se entenda por participação “séria” num discurso. Pode-se distinguir dois significados. Em primeiro lugar, é possível compreender-se que faz seriamente parte num discurso moral aquele que está interessado na verdade ou correção moral e em nada mais. Alexy, para fins de exemplificar esse primeiro significado da participação discursiva séria, supõe que o último caso é o caso de A:

A está inseguro de se o princípio Pa sustentado por ele até agora, é correto e, em conseqüência, vale, ou se isso é aplicável ao princípio Pb sustentado por B e incompatível com Pa. Ele começa, com efeito, um discurso com B. Depois de um certo tempo, A chega à convicção de que seu princípio Pa é o único correto e não

²¹⁷ NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 230. No original: “*Es deseable que la gente determine su conducta sólo por la libre aceptación de los principios morales que, luego de suficiente reflexión y deliberación, juzgue válidos*”.

²¹⁸ Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 101.

²¹⁹ Sobre o significado de contradição performativa, veja-se: Capítulo II, item 2.3.1, p. 60. Nesse mesmo sentido, Nino refere-se a uma inconsistência pragmática. Cf. NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 233.

²²⁰ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 101. No original: “*si nosotros efectivamente tenemos que presupor algo así como la norma fundamental de Nino, si seriamente participamos en discursos morales*”.

requer novos argumentos. Rompe o discurso com B e passa à esfera da ação. Nesta, busca A, primeiramente com persuasões e oferecimentos favoráveis, mover B a orientar a sua vida conforme Pa. Ao não conseguir isso, recorre à força. Nessa constelação, A tratou o seu interlocutor com paridade de direitos, durante o tempo da incerteza, que coincide com o tempo do discurso. Desde o momento em que A se convenceu da correção de Pa, para ele, terminam, junto com o discurso, também a igualdade e a liberdade de B²²¹ [tradução livre].

Vê-se que A não admitiu, em nenhuma fase, princípio da autonomia. Isso implica que há um tipo de participação em discursos, que, embora possa ser qualificada como “séria”, não pressupõe o princípio da autonomia.

No entendimento de Alexy²²², para o princípio da autonomia ser plenamente alcançado, deve-se entender o conceito de participação séria a partir de um segundo e mais forte sentido, de acordo com o qual só faz seriamente parte em discursos morais quem deseja resolver conflitos sociais através de consensos discursivamente elaborados e controlados. Um consenso discursivamente elaborado é aquele que nasce sobre a base de um discurso. Um consenso desse tipo mantém-se discursivamente controlado quando pode ser, em todo momento, questionado novamente, caso em que se deve tentar, outra vez, elaborar discursivamente um consenso. Diferentemente da primeira versão do conceito da participação séria, a segunda versão não admite que seja possível para A, depois da aquisição de uma convicção firme, o recurso à persuasão e à força. Isso se justifica porque o reconhecimento do princípio da autonomia defende que quem quer resolver conflitos sociais através de consensos elaborados e controlados discursivamente aceita o direito de seu interlocutor orientar a sua conduta tão-somente em princípios, que depois de suficiente reflexão, sejam julgados corretos e, conseqüentemente, válidos²²³. Nessa perspectiva, Alexy afirma que, com esse reconhecimento, elimina-se a separação entre ação e discurso, bem como que “Assim se transmite a liberdade e a igualdade no discurso também à esfera da ação²²⁴” [tradução livre].

²²¹ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 102-103. No original: “A está inseguro de si el principio Pa sostenido por él hasta ahora, es correcto y en consecuencia vale, o si esto es aplicable al principio Pb sostenido por B e incompatible con Pa. Él comienza al efecto un discurso con B. Después de un cierto tiempo A llega a la convicción de que su principio Pa es el único correcto y no requiere de nuevos argumentos. Rompe el discurso con B y pasa a la esfera de la acción. Allí busca A, primeramente con persuasiones y ofrecimientos favorables, mover a B a orientar su vida conforme a Pa. Al no fructificar esto, echa mano de la fuerza. En esta constelación, A ha tratado como par en derechos a su interlocutor B, durante al tiempo del discurso. Desde el momento en que A se ha convencido de la corrección de Pa, para él terminan junto con el discurso también la igualdad y la libertad de B”.

²²² Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 103.

²²³ A questão sobre se o direito e o princípio da autonomia que lhe corresponde têm um caráter definitivo ou um caráter *prima facie* será examinado ao final deste item 3.3.1.

²²⁴ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 104. No original: “Así se transmite la libertad y igualdad en el discurso también a la esfera de la acción”.

Ainda sobre o segundo conceito da participação séria, é importante frisar que somente a possibilidade constante de revisar discursivamente todas as normas de ação sobre a base da autonomia pode proteger de persistentes erros morais. Aqui se percebe novamente a forte influência das idéias habermasianas. Na sua investigação sobre a fundamentação do direito em Habermas – que se aplica neste aspecto à fundamentação dos direitos humanos –, Luiz Moreira torna clara a razão pela qual se deve sempre prezar pela falibilidade, por conseguinte, pela revisibilidade dos resultados obtidos discursivamente:

[...] a validade das proposições jurídicas são, em princípio, passíveis de revogação, embora não o seja o ordenamento jurídico, pois ‘a aceitação da ordem jurídica é distinta da aceitabilidade dos argumentos sobre os quais ela apóia a sua pretensão de legitimidade²²⁵. Essa é a grande marca do Direito: reunir em si elementos prescritivos abertos à possibilidade de revogação, pois para o Direito ‘o que é válido precisa estar em condições de comprovar-se contra as objeções apresentadas factualmente²²⁶. [...] Mesmo assumindo a perspectiva de que a autoria do ordenamento jurídico emana da vontade democrática de pessoas livres e iguais, institucionalizada juridicamente, observando uma correção processual, há sempre a possibilidade de que a normatividade, decorrente de tal vontade seja injusta. Sendo injusta, a normatividade jurídica abre-se a dois caminhos: o primeiro, permanecer injusta e aí ela deixa de ser uma ordem legítima e passa a constituir-se arbítrio, violência. O segundo, atrelar ao conceito de direito a possibilidade de que sua normatividade seja fruto não da vontade democrática dos cidadãos, mas do arbítrio e da violência. Então criva-se, nessa normatividade, a abertura para a falibilidade e com isso a presunção de que preceitos jurídicos possam ser revistos, revogados²²⁷.

A respeito da mencionada proteção contra persistentes erros morais, Alexy afirma que “um interesse plenamente qualificado em correção moral inclui um interesse em autonomia, porquanto existe uma relação intrínseca entre correção moral, ou verdade e autonomia²²⁸” [tradução livre]. Nesse passo, introduz-se a figura do “genuíno interlocutor”, que é representada justamente por todo aquele que faz parte nos discursos com interesse qualificado em correção moral. Os genuínos interlocutores vinculam o interesse em correção moral com o de autonomia. Por isso, eles pressupõem necessariamente o princípio da autonomia.

Diante disso, Alexy admite que se pode opor a essas considerações a objeção de que elas são insuficientes enquanto fundamentação, pois terminam conduzindo à seguinte circularidade: ao final, só restará que aquele que quer resolver conflitos através de princípios

²²⁵ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 59

²²⁶ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 56.

²²⁷ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 143-146.

²²⁸ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 105. No original: “un interés plenamente calificado en corrección moral incluye un interés en autonomía, en tanto que existe una relación intrínseca entre corrección moral, o verdad y autonomía”.

livremente reconhecidos valora positivamente a ação conforme princípios livremente aceitos. Ora, uma obrigação de fazer parte em discursos dessa maneira, seria e genuína, não pode fundamentar-se assim. Segundo explica o autor:

Não se pode falar de uma validade necessária do princípio da autonomia para todos os participantes no discurso. Toda a fundamentação tem um caráter meramente hipotético: o princípio da autonomia vale só para quem se acha decidido a respeitar a autonomia dos outros. Pode-se fazer parte também em discursos, sem uma decisão ou vontade semelhantes²²⁹ [tradução livre].

Dito isso, passa a ser questionável se o conceito de participação genuína está necessariamente ligado ao de discurso. Entra em jogo, nesse ponto, a já explorada diferença entre a validade subjetiva ou motivacional e a validade objetiva ou institucional²³⁰. Assim como a validade subjetiva das regras do discurso não pode ser fundamentada pragmático-transcendentalmente, a participação em discursos não exige necessariamente a validade subjetiva ou motivacional do princípio da autonomia. Pois bem, é tese de Alexy que se pode participar em discursos, sem estar nem um pouco interessado na autonomia do seu interlocutor. Isso se justifica na medida em que “Há inúmeras pessoas que não têm um interesse na correção nem na autonomia dos outros ou cujo interesse é tão pequeno que retrocede em cada colisão com a própria utilidade e, sem embargo, falam sobre questões morais²³¹” [tradução livre]. Conquanto o princípio da autonomia não tenha nenhuma força relevante e, por conseguinte, nenhuma validade subjetiva para essas pessoas, ele pode fundar-se numa validade objetiva.

Como foi visto no capítulo anterior, uma validade objetiva ou institucional das regras do discurso, que não concerne à motivação interna, mas à conduta externa do falante, também pode dar conta da fundamentação dessas regras para aqueles que só estão interessados na maximização da utilidade individual. Assim, quem quer legitimar sua posição social que, pelo menos, agir como se internamente se ativesse às regras do discurso. No entendimento de Alexy, é plenamente possível estender essa idéia à fundamentação do princípio da autonomia. Dessa maneira, “Aquele que deseja legitimação através de um discurso tem, quando menos, que agir nesse discurso como se aceitasse a autonomia do seu

²²⁹ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 106. No original: “No puede hablarse de una validez necesaria del principio de autonomía para todos los participantes en el discurso. Toda la fundamentación tiene meramente un carácter hipotético: el principio de autonomía vale sólo para quien se haya decidido a respetar la autonomía de los otros. Se puede tomar parte también en discursos, sin una decisión o voluntad semejantes”.

²³⁰ Veja-se: Capítulo II, item 2.3.2, p. 67.

²³¹ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 107. No original: “Hay numerosas personas que no tienen un interés en la corrección moral ni en la autonomía de los otros o cuyo interés es tan pequeño que retrocede en cada colisión con la propia utilidad y, sin embargo, hablan sobre cuestiones morales”.

interlocutor. Ele tem que [...], pelo menos, simular uma genuína participação no discurso²³² [tradução livre]. Se não agir dessa forma, o interesse do interlocutor no discurso decai e, com isso, se desvanece quase completamente a possibilidade de legitimação.

Nesse sentido Alexy esclarece o seguinte: se A sabe que B está interessado exclusivamente na maximização do seu proveito ou na execução da sua já pré-existente convicção e que B não respeita, de forma alguma, a sua autonomia, não há, para A, nenhuma base para discutir com B acerca da ordem justa de sua convivência. Com efeito, percebe-se que não é nada atrativo promover discursos sobre a justiça com alguém cuja oferta de diálogo expressa-se da seguinte forma: “Antes de te obrigar, pela força, a viver de acordo com as minhas idéias, quero fazer o intento de ver se esse fim pode ser alcançado mais facilmente através da persuasão²³³” [tradução livre].

Alexy encerra a sua fundamentação do princípio da autonomia revisitando outro ponto já observado na fundamentação das regras do discurso: embora possa um tirano, fatigado de discursos ou simplesmente por estimar argumentos improdutivos, empregar a força desnuda, isso não é vantajoso para ele a longo prazo. Identifica-se, com isso, um dilema teórico-discursivo do tirano: de um lado, é melhor o terror encoberto do que a pura violência; de outro lado, a argumentação conduz facilmente à revelação de injustiças. Nesse sentido, as injustiças encobertas na argumentação são desvendadas pela autonomia, de modo que “A tirania não só corre o risco da argumentação, mas também carrega uma necessária mentira: a autonomia negada na práxis tem que se fingir na propaganda²³⁴” [tradução livre].

Como resultado provisório, tem-se que o princípio da autonomia fundamenta-se num duplo sentido. Primeiramente, tal princípio tem que ser pressuposto por todos os que participem genuína e seriamente em discursos. Em segundo lugar, aqueles que não tenham nenhum interesse numa participação séria e genuína no discurso têm de agir, pelo menos, como se aceitassem tal princípio, em caso de desejarem maximizar suas vantagens a longo prazo. Antes de dar início à análise do argumento do consenso, algumas considerações sobre os desdobramentos e sobre os limites do princípio da autonomia devem ser feitas.

Dois passos decisivos já foram dados na fundamentação dos direitos humanos sobre a base da teoria do discurso. Conforme Alexy, se se fundamentou que tanto a forma

²³² ALEXY, Robert. Op. cit., p. 108. No original: “El que desea conseguir legitimación a través de un discurso, tiene, cuando menos, que actuar en ese discurso como si aceptara la autonomía de su interlocutor. Él tiene que [...] por lo menos simular una genuína participación en el discurso”.

²³³ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 108-109. No original: “Antes de obligarte por la fuerza a vivir de acuerdo con mis ideas, quiero hacer el intento de ver si ese fin puede alcanzarse más fácilmente a través de la persuasión”.

²³⁴ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 109. No original: “La tiranía corre no sólo el riesgo de la argumentación, sino también carga con una necesaria mentira: la autonomía negada en la praxis tiene que fingirse en la propaganda”.

jurídica quanto a proteção do princípio da autonomia são necessários, então corresponde a este princípio diretamente um direito geral à autonomia, que representa os direitos humanos e fundamentais mais gerais. O autor batiza esse direito de “direito de liberdade geral” e afirma que ele pode ser formulado da seguinte maneira: “Cada um tem o direito de julgar livremente o que é conveniente e o que é bom e obrar em conseqüência²³⁵” [tradução livre].

É evidente que esse direito não pode valer ilimitadamente, uma vez que a autonomia ilimitada de um inevitavelmente chocar-se-ia com a de outro. Por isso, o direito à autonomia é um direito *prima facie* e, como tal, tem o caráter não de regra, mas de princípio. Nesse sentido, Alexy explica o seguinte:

Os princípios ordenam que algo deve ser realizado na maior medida possível, tendo em conta as possibilidades jurídicas e fáticas. Portanto, não contêm *mandatos definitivos*, mas apenas *prima facie*. Do fato de que um princípio valha para um caso não se infere que o que o princípio exige para este caso valha como resultado definitivo. Os princípios apresentam razões que podem ser substituídas por outras razões opostas. O princípio não determina como há de se resolver a relação entre uma razão e a sua oposta. Por isso, os princípios carecem de conteúdo de determinação no que diz respeito aos princípios contrapostos e às possibilidades fáticas. Totalmente distinto é o caso das regras. Como as regras exigem que se faça exatamente o que nelas se ordena, contêm uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Esta determinação pode fracassar por impossibilidades jurídicas e fáticas, o que pode conduzir à sua invalidade; porém, se tal não é o caso, vale então definitivamente o que a regra diz. Por isso, poderia pensar-se que todos os princípios têm um mesmo caráter *prima facie* e todas as regras um mesmo caráter definitivo²³⁶ [tradução livre].

Além dessa limitação em virtude do outro, o direito à autonomia pode ser limitado também em favor de bens coletivos. Assim, a proteção ao meio ambiente exclui o pleno desenvolvimento de certos planos de vida, como, por exemplo, os de um caçador. Evidentemente, a autonomia frente a bens coletivos tem uma prevalência *prima facie*. Para Alexy, é uma tarefa da dogmática dos direitos fundamentais e do homem estabelecer quando e

²³⁵ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 111. No original: “Cada uno tiene el derecho de juzgar libremente qué es conveniente y qué es bueno y obrar en consecuencia”.

²³⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 99. No original: “Los principios odernan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fáticas. Por lo tanto, no contienen *mandatos definitivos* sino sólo *prima facie*. Del hecho de que un principio valga para un caso no se infiere que lo que el principio exige para este caso valga como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina cómo ha de resolverse la relación entre una razón y su opuesta. Por ello, los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fáticas. Totalmente distinto es el caso de las reglas. Como las reglas exigen que se haga lo que en ellas se ordena, contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fáticas. Esta determinación puede fracasar por imposibilidades jurídicas y fáticas, lo que puede conducir a su invalidez; pero, si tal no es el caso, vale entonces definitivamente lo que la regla dice. Por ello, podría pensarse que todos los principios tienen un mismo carácter *prima facie* y todas las reglas un mismo carácter definitivo”.

em que medida o direito à autonomia deve e pode ser limitado perante o outro e perante determinados bens coletivos. Não obstante, interessa agora tão-somente a estrutura de fundamentação de direitos humanos.

Na compreensão de Alexy, duas operações conduzem do direito geral à autonomia a um catálogo de direitos humanos. A primeira consiste em “assinalar que um determinado direito concreto não representa outra coisa que um caso especial do direito à autonomia e, enquanto tal, está conceitualmente, contido nele. Dessa maneira, o inteiro catálogo de direitos concretos de liberdade pode ser fundamentado²³⁷” [tradução livre]. Esse primeiro grupo de direitos inclui, assim, todos os direitos de liberdade tradicionalmente positivados em instrumentos normativos internacionais e nas Constituições contemporâneas que regem sociedades liberais e que se autodenominam democráticas. A segunda operação consiste em que “determinados direitos são meios necessários para poder agir autonomamente. Por esse caminho, podem ser fundamentados os direitos à proteção pelo Estado e direitos sociais fundamentais, como, por exemplo, o direito a um mínimo existencial²³⁸” [tradução livre]. Pode-se perceber, aliás, que esse segundo grupo de direitos refere-se basicamente ao rol de direitos sociais, tais como: o direito à saúde, à educação, ao trabalho, à segurança e à assistência aos desamparados²³⁹. Nesse sentido, os direitos de liberdade e os direitos (sociais) necessários ao agir autônomo, à medida que protegem e possibilitam o exercício pleno tanto da autonomia privada quanto da pública, são direitos humanos legitimamente fundados sobre a base da teoria do discurso.

3.3.2 O argumento do consenso

É tese de Alexy²⁴⁰ que o argumento do consenso baseia-se em hipóteses sobre resultados necessários e impossíveis do discurso. Essas hipóteses não têm, porém, de ser tão fortes que, como tais, já apresentem um sistema de direitos completamente desenvolvidos ou

²³⁷ ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Traducción de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 94. No original: “señalar que un determinado derecho concreto no representa otra cosa que un caso especial del derecho a la autonomía, y en cuanto tal está conceptualmente contenido en él. De esa manera el entero catálogo de derechos concretos de libertad puede fundamentarse”.

²³⁸ ALEXY, Robert. Op. cit., No original: “determinados derechos son medios necesarios para poder actuar autónomamente. Por ese camino pueden fundamentarse derechos a la protección por el Estado y derechos sociales fundamentales, como, por ejemplo, el derecho a un mínimo existencial”.

²³⁹ Cf. Art. 6º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

²⁴⁰ Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 114.

o impliquem. O argumento do consenso é, portanto, interessante se conduz a algumas exigências sobre o conteúdo e a estrutura dos direitos humanos e fundamentais²⁴¹.

Alexy deixa bastante claro que o seu argumento do consenso tem vasta influência das idéias de Habermas. E não poderia ser diferente, uma vez que o referido argumento constitui um dos elementos centrais da fundamentação habermasiana de um sistema de direitos. Esta fundamentação é formulada a partir da seguinte exigência: “Esse sistema deve contemplar os direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo²⁴²”. A legitimidade do direito vincula-se, assim, à idéia de aceitação universal. Com base nisso, Habermas elabora o já mencionado princípio do discurso, segundo o qual “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais²⁴³”. Do entrelaçamento entre esse princípio e a forma jurídica deve resultar, segundo Habermas, o princípio da democracia, e isso ele chama de gênese lógica de direitos. Em sua clara explicação, a idéia básica é a seguinte:

o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma *gênese lógica de direitos*, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um *sistema* de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto, o princípio da democracia, se constituem de modo *co-originário*²⁴⁴.

Nesse sentido, Habermas faz questão de enfatizar adiante que um sistema legítimo de direitos fundamentais não é dado preliminarmente ao legislador constitucional como um direito natural. Tal sistema tem necessariamente de ser produzido através do exercício originário da autonomia política²⁴⁵, isto é, através da idéia de uma fundamentação teórico-discursiva indireta.

Conforme Alexy, tudo isso representa apenas um lado da fundamentação de um sistema de direitos de Habermas. O outro lado reside em que nesta fundamentação não só se

²⁴¹ Nessa medida, existe um paralelismo estrutural entre o argumento da autonomia e o argumento do consenso.

²⁴² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v.1, p. 154.

²⁴³ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 142.

²⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 158.

²⁴⁵ Cf. HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 166.

encontra a referência à necessidade de concretização dos direitos fundamentais num processo democrático discursivamente constituído, mas também a exigência de um sistema abstrato de direitos formado por cinco grupos de direitos fundamentais. Luiz Moreira, tratando precisamente do mesmo assunto, sintetiza que Habermas “dispõe sobre que direitos são necessários para que os indivíduos se compreendam como destinatários da ordem jurídica e, depois, para que possam ser compreendidos como autores dessa ordem²⁴⁶”. Os direitos fundamentais dos três primeiros grupos servem, por conseguinte, de proteção à autonomia privada e a seus direitos correlatos. São eles os seguintes:

- (1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*. Esses direitos exigem como correlatos necessários:
- (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros de direito;
- (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual²⁴⁷.

Por sua vez, a finalidade dos direitos fundamentais do quarto grupo é assegurar a autonomia política. Finalmente, o quinto grupo de direitos, que nada mais é do que uma implicação dos outros quatro, busca garantir os pressupostos sociais, técnicos e ecológicos para o exercício pleno de ambas as esferas da autonomia:

- (4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação de opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo.
- (5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4)²⁴⁸.

Pode-se dizer, em suma, que o sistema habermasiano de direitos trata da proteção e da possibilidade de pleno exercício da autonomia privada e pública, ou seja, precisamente o que mais atrás se fundamentou com o argumento da autonomia. Com isso, aparece a questão a que efetivamente Alexy procura dar uma resposta, isto é: o argumento do consenso configura somente uma segunda fundamentação da mesma coisa ou ele complementa o argumento da autonomia no que este sozinho não pode fundamentar?

²⁴⁶ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 167-168.

²⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 159.

²⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 159-160.

A segunda opção corresponde à tese de Alexy, de acordo com a qual o argumento do consenso conduz a um complemento necessário do argumento da autonomia. Assim, para o autor, “Este complemento consiste na introdução da imparcialidade e, com isso, da igualdade. Desse modo, entra em jogo o segundo elemento central da concepção liberal dos direitos humanos. A autonomia complementa-se através da universalidade em forma de igualdade e imparcialidade²⁴⁹” [tradução livre].

Sem embargo, o critério teórico-discursivo da imparcialidade possui significativas debilidades, pois destaca um consenso hipotético, que deve ser alcançado por pessoas reais sob condições ideais²⁵⁰. Mesmo assim, são possíveis especulações sobre o conteúdo desse consenso. Tanto é que, “[...] em alguns casos elementares, pode-se dizer, com certeza suficiente, quais resultados seriam discursivamente necessários ou impossíveis²⁵¹” [tradução livre]. Alexy sustenta que a igualdade dos direitos humanos pertence a esses casos elementares, porquanto, num discurso ideal definido pela liberdade e pela igualdade, ela é um resultado discursivamente necessário. Nesse horizonte, o autor diz que:

Direitos humanos desiguais não podem ser justificados num discurso ideal. Porque neste, tendo em vista a liberdade, a igualdade e a racionalidade da argumentação dominante nele, não têm cabimento argumentos para uma distribuição desigual dos direitos humanos²⁵² [tradução livre].

Essa constatação corresponde ao resultado da tese de Habermas, segundo a qual uma ordem jurídica não adquire o caráter de legítima se não garantir “o direito a iguais liberdades subjetivas de ação, bem como os correlatos dos direitos à associação e das garantias do caminho do direito²⁵³”.

Na parte seguinte da sua fundamentação dos direitos humanos, Alexy dedica-se a responder uma das três objeções possíveis contra a fundamentação teórico-discursiva dos direitos humanos. Antes de se chegar a essa específica objeção, faz-se necessário averiguar quais são as outras duas. A primeira crítica dirige-se contra o argumento do consenso

²⁴⁹ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 116-117. No original: “Este complemento consiste en la introducción de la imparcialidad y con ello de la igualdad. De este modo entra en juego el segundo elemento central de la concepción liberal de los derechos humanos. La autonomía se complementa a través de la universalidad en forma de igualdad e imparcialidad”.

²⁵⁰ Alexy compreende, nesse sentido, que uma solução só pode ser encontrada no processo político, o qual deve, no possível, conformar-se, discursivamente, como indicará o próximo argumento, isto é, o da democracia. Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 117.

²⁵¹ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 117. No original: “[...] en algunos casos elementales, se puede decir con suficiente seguridad cuales resultados serían discursivamente necesarios o imposibles”

²⁵² ALEXY, Robert. Op. cit., p. 118. No original: “Derechos humanos no puede justificarse en un discurso ideal. Porque en éste, a causa de la libertad, igualdad y racionalidad de la argumentación dominante en él, no tienen cabida argumentos para una distribución desigual de los derechos humanos”.

²⁵³ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 162.

enquanto tal e, por conseguinte, contra a relação entre correção moral e validade, de um lado, e contra a aceitação universal num discurso ideal, de outro. Nela se discute a adequação da teoria do discurso como teoria processual da verdade prática ou da correção. Alexy afirma que tal objeção não deve ser enfrentada concretamente agora²⁵⁴, sendo suficiente fazer referências aos seus problemáticos pressupostos:

O discurso ideal está caracterizado por seu elevado desdobramento de clareza, de informatividade e de imparcialidade. Quem impugne que uma norma reconhecida como correta sob estes pressupostos seja correta, ou supõe duvidosos caminhos alternativos do conhecimento normativo ou de normas existentes independentemente de interesses humanos e da razão humana e por esta não reconhecíveis; ou tem, em resumo, que refutar quais normas sejam corretas ou legítimas e, em consequência, possam reivindicar validade moral. Tudo isso é inaceitável²⁵⁵ [tradução livre].

A segunda crítica diz respeito ao problema da validade subjetiva das regras do discurso e dos direitos humanos, assunto esse já discutido tanto na fundamentação de tais regras quanto na fundamentação do princípio da autonomia²⁵⁶. Dessa forma, também o argumento do consenso só pode fundamentar uma validade subjetiva ou motivacional para aqueles tenham um interesse em correção. Esse obstáculo pode ser superado, repita-se, com a fundamentação de uma validade objetiva ou institucional.

A terceira crítica deve ser tomada mais seriamente, uma vez que aponta para a possibilidade de quem, mesmo cumprindo as regras do discurso e tendo interesse em correção, não admite a igualdade dos direitos humanos, inclusive sobre condições ideais. Assim sendo, rechaça-se a possibilidade de uma fundamentação da universalidade dos direitos humanos através do argumento do consenso. Alexy²⁵⁷ ilustra a situação com o exemplo de um racista que afirma que membros de outras raças, unicamente por pertencerem a elas, não têm direitos fundamentais iguais aos seus. Se o racista possui um interesse em correção e respeita as regras do discurso, ele tem que introduzir argumentos a favor da sua asseveração e submetê-los a crítica. Supondo-se, então, que o racista seja um nacional-socialista que

²⁵⁴ O autor remete diretamente a seu escrito sobre os problemas da teoria do discurso. Cf. ALEXY, Robert. Problemas da teoria do discurso. **Revista notícia do direito brasileiro**: nova série. Tradução de João Maurício Adeodato. Brasília: UnB, Faculdade de Direito: LTr, n. 1, p. 244-259, jan./jun. 1996.

²⁵⁵ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 119. No original: “El discurso ideal está caracterizado por su elevado despliegue de claridad, informatividad e imparcialidad. Quien impugne que una norma reconocida como correcta bajo estos presupuestos, es correcta, o bien supone dudosos caminos alternativos del conocimiento normativo o de normas existentes independentemente de intereses humanos y de la razón humana y por ésta no reconocibles; o él tiene, en resumen, que rebatir que normas sean correctas o legítimas y en consecuencia puedan reivindicar validez moral. Todo eso es inacceptable”.

²⁵⁶ Veja-se: Capítulo II, item 2.3.2, p. 67; Capítulo III, item 3.3.1, p. 79-80.

²⁵⁷ Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 120.

considera a sua teoria racial como científica, poderia ele defender a sua afirmação com a seguinte fundamentação:

Com base no mais rigoroso exame científico, sabemos hoje que o homem, até nos mais profundos sentimentos de sua alma, mas também nos mais pequenos filamentos do cérebro, adentra-se na realidade e no caráter inelutável do seu povo e pertença racial. A raça marca a sua fisionomia espiritual, não menos que a sua forma externa. Ela determina seus pensamentos e sensações, força e instintos; constitui sua singularidade, sua essência²⁵⁸ [tradução livre].

Essa sustentação fracassaria, desde o início, já que não cumpre as mais elementares exigências da verdade empírica e da clareza conceitual e, desse modo, das mais simples regras do discurso. Como adverte Alexy²⁵⁹, a questão torna-se mais grave quando o racista sustenta a sua tese com base em revelações religiosas, em afirmações metafísicas indemonstráveis ou em asserções mágicas²⁶⁰. Obviamente a fundamentação da igualdade dos direitos humanos não pode arruinar-se por esse tipo de argumento, porquanto ele não respeitou a exigência básica da teoria do discurso segundo a qual os participantes só podem levantar argumentos *demonstráveis* frente a todos os oponentes. Diante disso, é importante fazer uma breve menção a um grupo específico de regras do discurso, a saber: o das “regras de transição”. Tais regras têm a função de resolver problemas que surgem no discurso relativos a questões de fato, a dificuldades lingüísticas ou à própria discussão prática. Nesses casos, deve ser possível, a partir das referidas regras, passar a outras formas de discurso. Conforme Alexy, são elas as seguintes:

(6.1) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso teórico (empírico). (6.2) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível

²⁵⁸ Wilhelm Stuckart; Hans Globke apud ALEXY, Robert. Op. cit., p. 120-121. No original: “Con base en el más riguroso examen científico sabemos hoy que el hombre, hasta en los más profundos sentimientos de su alma, pero también en los más pequeños filamentos del cerebro, se adentra en la realidad y el carácter ineluctable de su pueblo y pertenencia racial. La raza marca su fisionomía espiritual, no menos que su forma externa. Ella determina sus pensamientos y sensaciones, fuerzas e instintos; constituye su singularidad, su esencia”.

²⁵⁹ Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 121.

²⁶⁰ Reginaldo da Costa, a partir de uma perspectiva kantiana, oferece uma crítica mais profunda aos argumentos do tipo citado, isto é, que buscam conhecer cientificamente a essência de determinados objetos. Nesse sentido, ele sustenta a impossibilidade de uma ontologia jurídica de cunho científico, porque esta seria pré-científica, ingênua e dogmática. A sua crítica evidentemente não concerne apenas ao direito, mas a todos os saberes com pretensões legítimas de verdade e de cientificidade. De acordo com o autor, “Se Kant tem razão, ou seja, se nosso conhecimento está circunscrito ao campo dos fenômenos, então qualquer tentativa de efetivar uma ontologia jurídica, ou de propor um direito natural de cunho ontológico, é uma tentativa acrítica e dogmática, porquanto pressupõe uma racionalidade que não se fez crítica suficiente para conhecer sua extensão e seus limites. Ora, essa racionalidade, com pretensões ontológicas no campo dos fenômenos jurídicos, isto é, que pretende a ontologia jurídica enquanto ciência, presta um desserviço à ciência, pois conduz a ciência ao descrédito na medida em que pretende verdades absolutas (ontológicas) sobre o que não pode ser objeto de conhecimento: a essência do Direito ou o Direito tal como é em si mesmo”. COSTA, Reginaldo da. **Ética e filosofia do direito**. Fortaleza: ABC, 2006, p. 25-26.

passar a um discurso de análise de linguagem. (6.3) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de teoria do discurso. [...] (6.1) é de particular importância. Frequentemente os falantes estão de acordo com as premissas normativas, mas discutem sobre os fatos²⁶¹.

Desse modo, se um racista contesta a igualdade dos direitos humanos com apoio em motivos não-demonstráveis faticamente – sejam eles religiosos, metafísicos ou mágicos – perante os demais parceiros de discussão, ele não é, por definição, um participante num discurso ideal. O seu argumento, por conseguinte, é incapaz de se contrapor ao argumento do consenso.

Entretanto, o próprio Alexy reconhece que, apenas com essas considerações, ainda não é possível responder por completo à pergunta acerca de se a igualdade dos direitos humanos seria um resultado necessário de um discurso ideal. Ora, ainda não se descartou a hipótese de que todos cheguem à convicção, sobre a base de um argumento num discurso ideal, verificável por todos, e nesse sentido racional, de que uma distribuição desigual dos direitos humanos é a solução correta. Como destaca Alexy, “Um inimigo do argumento do consenso poderia pretender que essa possibilidade não pode ser excluída, visto que jamais um mortal fez parte num discurso ideal em todos os aspectos nem nunca ninguém o fará²⁶²” [tradução livre]. Assim sendo, como é possível saber qual seria o resultado necessário de um discurso ideal? Alexy²⁶³, ilustrando tal ataque contra a possibilidade de fundamentar a igualdade dos direitos humanos através do argumento do consenso, diz que não se poderia excluir, por exemplo, a hipótese de que todos decidam pela dominação de uma elite, que seria definida por sua inteligência especial, por sua diligência ou por outras características correlatas. Ademais, uma dominação dessa espécie poderia incluir a renúncia da maioria a direitos como os de eleição, a liberdade de expressão, de religião ou de ofício. Finalmente, a maioria pode desejar tal renúncia, por exemplo, simplesmente porque, com ela, se obtém um maior nível de bem-estar e de tranquilidade.

É tese de Alexy que podem ser aduzidos três argumentos contra o aludido ataque à fundamentação da igualdade dos direitos humanos por via do argumento do consenso. Os

²⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 206-207. Parece claro que, com essas regras, o autor pretende assegurar um meio de se evitar a introdução no discurso de argumentos fundados em parâmetros não-demonstráveis faticamente, tais como revelações religiosas, afirmações metafísicas e asserções mágicas.

²⁶² ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Traducción de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 122. No original: “Un enemigo del argumento de consenso podría pretender que esta posibilidad no puede excluirse, puesto que jamás un mortal ha tomado parte en un discurso ideal en todos los aspectos ni nunca alguno lo hará”.

²⁶³ Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 122-123.

três argumentos procuram demonstrar que, embora nenhum homem jamais tenha feito parte num discurso ideal em todos os sentidos e que nunca o fará, disso não se deduz que não se possa dizer, em nenhum caso, aquilo que seria o resultado de um discurso ideal.

O primeiro argumento baseia-se na existência de pressupostos empíricos plausíveis, que, por levarem a determinados resultados favoráveis, não podem ser eliminados. Nesse sentido, conquanto se saiba que há homens certamente mais inteligentes e mais ativos que outros, “A experiência ensina que [...] toda renúncia à igualdade de direitos em favor do domínio de pessoas com essas e outras qualidades é mais que arriscada²⁶⁴” [tradução livre]. Além disso, pressupõe-se que os participantes nos discursos ideais conhecem as experiências históricas, as quais demonstram que o poder político incontrolado conduz inevitavelmente a abusos. Dessa maneira, enquanto não desejem converter-se em vítimas, eles não renunciarão a seus direitos.

Ressalte-se que esse primeiro argumento pode ainda ser replicado através da seguinte indagação: como é possível saber efetivamente que, depois de um discurso ideal, o fim de todos os que não exibem os traços dos membros da elite não seja exatamente o de ser dominados por esta, assumindo o papel de vítimas políticas? A resposta a essa pergunta leva ao segundo e ao terceiro argumento contra a possibilidade de que o resultado de um discurso ideal possa ser uma distribuição desigual dos direitos humanos. Adiante-se que a autonomia desempenha, em ambos, um papel central.

O segundo argumento consiste basicamente numa conexão do argumento do consenso com o já explorado argumento da autonomia²⁶⁵. Tal conexão apóia-se na adoção do princípio da autonomia como pressuposto do discurso. Nessa perspectiva, Alexy sustenta que o argumento do consenso tem como finalidade nada mais do que a distribuição igualitária da autonomia. O autor esclarece essa idéia com a seguinte observação:

Tome-se a autonomia política e desta, como exemplo, um direito eleitoral de terceira classe. Num direito eleitoral semelhante, os membros das classes mais baixas não são apenas desigualmente tratados, mas também não têm nenhuma autonomia plena. A decisão política de cada um dos membros das classes baixas, na relação desequilibrada de votos, estará dominada pela decisão de cada um dos membros das

²⁶⁴ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 123. No original: “La experiencia enseña que [...] toda renuncia a igualdad de derechos a favor del dominio de personas con esas y otras cualidades es más que riesgosa”.

²⁶⁵ Reitere-se que o argumento da autonomia afirma, primeiramente, que todo aquele que fizer parte do discurso como interlocutor genuíno pressupõe a autonomia de todos os sócios do discurso como um valor positivo; e diz, em segundo lugar, que aquele que não faz seriamente parte deve, ao menos, simular que aceita a autonomia dos seus parceiros de discurso como um valor positivo, caso deseje maximizar suas vantagens a longo prazo. A última parte desse argumento, porém, não precisa ser levada em consideração agora, pois, como se está tratando do resultado necessário de um discurso ideal, deve-se supor que todos os participantes são genuínos interlocutores em todos os aspectos. Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 125-126.

classes altas. Isto se torna claro quando se priva completamente o direito de voto a determinados setores da população. Estes não só são tratados desigualmente; a desigualdade é, ao mesmo tempo, para eles, a negação da autonomia política²⁶⁶ [tradução livre]

A partir desse comentário, pode-se deduzir que aquele que valora positivamente a autonomia tem necessariamente de apreciar negativamente a distribuição desigual de direitos políticos. Isso exclui, por exemplo, a valoração positiva do supracitado papel de uma vítima política. Com isso, a conexão do argumento do consenso com o da autonomia leva ao necessário resultado de que tão-somente uma distribuição igualitária de direitos humanos pode ser fruto de um discurso ideal. Segundo Alexy²⁶⁷, isso só seria diferente se uma repartição desigual dos direitos humanos pudesse conduzir a uma maior autonomia para todos. No entanto, a grande maioria das experiências históricas comprova que tal hipótese é extremamente improvável.

O terceiro argumento, diferentemente do anterior, não adota o princípio da autonomia como pressuposto do discurso, porém considera a autonomia como um objeto de elementar interesse humano. Desse modo, tal argumento tem de trabalhar com supostos acerca de quais interesses os participantes num discurso ideal – portanto, sob as condições de imparcialidade argumentativa – apreciariam como fundamentais. Nesse passo, Alexy limita-se a aduzir o seguinte:

Supostos desta classe podem, se possível, ser fundamentados só sobre a base de uma concepção da pessoa coordenada à teoria do discurso. Tudo fala em favor da possibilidade de fundamentar uma concepção da pessoa, com ajuda da Teoria do Discurso, na qual o interesse na autonomia tenha um papel central²⁶⁸ [tradução livre].

Como resultado parcial, constata-se que o argumento do consenso afirma que a igualdade e o postulado liberal da universalidade dos direitos humanos constituem um

²⁶⁶ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 126-127. No original: “Tómese la autonomía política y de ésta, como ejemplo, un derecho electoral de tercera clase. En un derecho electoral semejante los miembros de las clases más bajas no sólo son desigualmente tratados sino que no tienen ninguna autonomía plena. La decisión política de cada uno de los miembros de las clases bajas, en la relación desequilibrada de votos, estará dominada por la decisión de cada uno de los miembros de las clases altas. Esto se ve especialmente cuando a determinados sectores de la población se les escatima completamente el derecho de voto. Estos no sólo son tratados desigualmente; la desigualdad es al mismo tiempo para ellos la negación de la autonomía política”.

²⁶⁷ Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 127.

²⁶⁸ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 128. No original: “Supuestos de esta clase puede, si acaso, fundamentarse sólo sobre la base de una concepción de la persona coordinada a la teoría del discurso. Todo habla a favor de la posibilidad de fundamentar una concepción de la persona, con ayuda de la Teoría del Discurso, en la cual el interés en la autonomía tenga un papel central”

resultado necessário de um discurso ideal. E disso se extrai, por conseguinte, que todos têm direito ao mesmo sistema básico de direitos humanos e fundamentais. Novamente, para aqueles interessados em correção moral, o argumento do consenso fundamenta uma validade subjetiva ou motivacional do princípio da igualdade; já para aqueles que não tenham tal interesse, uma validade objetiva ou institucional é suficiente.

3.3.3 O argumento da democracia

O terceiro e último argumento da fundamentação teórico-discursiva dos direitos humanos – o da democracia – é exposto por Alexy apenas de forma sumária. Todavia, isso seguramente não significa que ele seja menos importante que os outros dois. Ao contrário, ele é um complemento indispensável para o encerramento da fundamentação dos direitos humanos sobre a base da teoria do discurso.

O argumento da democracia compõe-se de três premissas básicas. A primeira afirma que o princípio do discurso pode realizar-se aproximadamente através da institucionalização jurídica de procedimentos democráticos da formação da opinião e da vontade, e só por este meio. Ora, é nesse mesmo sentido que Habermas afirma que “À juridificação simétrica do uso político de liberdades comunicativas corresponde o estabelecimento de uma formação política de opinião e da vontade, na qual o princípio do discurso encontra aplicação²⁶⁹”. Ademais, como destaca Nino, se é realmente possível uma aproximação da correção e da legitimidade, isso só se dá através da democracia. A explicação do último autor sobre esse ponto é assaz relevante para uma plena compreensão do argumento da democracia e, por isso, merece ser integralmente transcrita:

[...] a democracia tem valor epistemológico. É um bom método para alcançar o conhecimento moral, visto que inclui, como componentes essenciais, tanto a discussão quanto a conformidade majoritária, e, desse modo, nos deixa mais próximos da verdade moral. Por outra parte, um indivíduo que alcança juízos morais de um modo não-reflexivo ou ainda através de uma reflexão isolada, sem confrontação com indivíduos de características e interesses diferentes, pode não presumir que uma conclusão tal houvesse sido unanimemente aceita por parte de todas as pessoas envolvidas em condições ideais. Ainda que isto não seja impossível, é muito improvável que alguém sopesasse acertadamente todos os interesses de todos os afetados no curso de uma ação sem uma confrontação prévia com eles. A discussão com outros tem, ademais, a vantagem de nos ajudar a advertir das deficiências no raciocínio que conduzem a certas atitudes morais. Isto significa que a pessoa moral encontra-se geralmente numa situação em que, mesmo desejando

²⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v.1, p. 164.

atuar na base de razões morais, não está segura de quais são elas. Isto é o que dá relevância moral à democracia [...]. O processo da discussão e decisão democráticas pode guiar a pessoa moral a princípios morais válidos, ainda que esse guia tenha diferentes graus de certeza e não seja nunca absolutamente confiável, e sempre permanece a possibilidade de revisar a decisão alcançada na base da reflexão acerca de qual teria sido o consenso ideal²⁷⁰ [tradução livre].

Pois bem, a segunda premissa, que está bastante relacionada com a primeira, assevera que uma democracia na qual as exigências da racionalidade discursiva podem realizar-se aproximadamente só é possível na medida em que os direitos políticos fundamentais e os direitos humanos vigorarem e puderem ser exercidos com suficiente igualdade de oportunidade. Essas exigências da primeira e da segunda premissa correspondem aos quatro primeiros grupos de direitos fundamentais que Habermas considera necessários para a proteção da autonomia pública e privada dos cidadãos²⁷¹. Esses direitos, como foi dito antes, permitem que os indivíduos, ao mesmo tempo, compreendam-se como destinatários da ordem jurídica e figurem como autores dessa mesma ordem.

A terceira premissa aduz que o exercício dos direitos políticos fundamentais e dos direitos humanos, com suficiente igualdade de oportunidades, pressupõe o cumprimento de alguns direitos humanos e fundamentais não políticos. Como exemplo, pode-se apontar, dentre outros direitos sociais, o direito à saúde, educação, ao trabalho, à segurança, a um mínimo existencial²⁷². Parece claro que esse pressuposto democrático diz respeito ao quinto grupo de direitos fundamentais requerido por Habermas, a saber: “Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4)”²⁷³.

²⁷⁰ NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 397. No original: “[...] la democracia tiene valor epistemológico. Es un buen método para alcanzar el conocimiento moral puesto que incluye, como componentes esenciales, tanto la discusión como la conformidad mayoritaria, y de este modo nos lleva más cerca de la verdad moral. Por otra parte, un individuo que alcanza juicios morales de un modo no reflexivo o aun a través de una reflexión aislada sin confrontación con individuos de características e intereses diferentes puede no presumir que una conclusión tal hubiera sido unánimemente aceptada por toda la gente involucrada en condiciones ideales. Si bien esto no es imposible, es muy improbable que alguien sopesara acertadamente todos los intereses de todos los afectados en el curso de una acción sin una confrontación previa con ellos. La discusión con otros tiene asimismo la ventaja de ayudarnos a advertir las deficiencias en el razonamiento que conducen a ciertas actitudes morales. Esto significa que la persona moral se halla generalmente en una situación en la que, aun si desea actuar en base a razones morales, no está segura de cuáles son ellas. Esto es lo que da relevancia moral a la democracia [...]. El proceso de la discusión y decisión democráticas puede guiar a la persona moral hacia principios morales válidos, aunque esa guía tiene diferentes grados de certeza y no es nunca absolutamente confiable, y siempre queda la posibilidad de revisar la decisión alcanzada en base a la reflexión acerca de cuál hubiera sido el consenso ideal”.

²⁷¹ Cf. HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 159. Veja-se também: Capítulo III, item 3.3.2, p. 84.

²⁷² Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 130.

²⁷³ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 160.

Se as três premissas enunciadas são verdadeiras, então vale, conforme Alexy, a seguinte proposição: “Quem está interessado em correção e em legitimidade tem que estar interessado também em democracia e igualmente terá que está-lo em direitos fundamentais e em direitos humanos²⁷⁴” [tradução livre].

O valor do argumento da democracia reside essencialmente no fato de ele dirigir a atenção dos direitos humanos e fundamentais para os procedimentos e para as instituições da democracia. Nesse sentido, tal argumento torna patente que o ideal do discurso somente pode ser alcançado num Estado constitucional democrático, no qual os direitos humanos – positivados sob a forma de direitos fundamentais –, por um lado, e a democracia, por outro, apesar de todas as inevitáveis tensões, constituam uma inseparável associação.

Ao cabo da exposição dos três argumentos de uma fundamentação teórico-discursiva dos direitos humanos, observa-se que os direitos humanos e fundamentais necessários são aqueles que, por via de um discurso racional, possam formar um sistema de direitos fundado no direito geral à liberdade – contemplando a autonomia pública e a privada dos cidadãos –, no direito à igualdade – conferindo a cada cidadão iguais direitos individuais e iguais oportunidades de participação nos processos de decisão política –, bem como nos procedimentos e nas instituições da democracia, que permitam desenvolver e exercitar plenamente os dois direitos antes anunciados. Assim sendo, com base na teoria do discurso, a questão do conteúdo e da estrutura dos direitos humanos pode ser respondida.

²⁷⁴ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 130. No original: “Quien está interesado en corrección y legitimidad, tiene que estar interesado también en democracia e igualmente tendrá que estarlo en derechos fundamentales y derechos humanos”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com as reflexões realizadas neste trabalho, buscou-se apresentar os principais elementos da fundamentação dos direitos humanos a partir da teoria do discurso oferecida por Alexy. É preciso destacar que, em momento algum, pretendeu-se alcançar certezas ou verdades absolutas sobre esse modelo de fundamentação, atitude essa que, além de incompatível com a teoria estudada, é contrária ao próprio ideal do discurso científico.

As conclusões obtidas ao longo deste trabalho consistem basicamente no seguinte: a fundamentação dos direitos humanos proposta por Alexy tem como ponto de partida a concepção kantiana liberal dos direitos humanos, a qual se apóia em dois princípios: a autonomia e a universalidade. Esses dois princípios são o cerne de toda a argumentação desenvolvida pelo autor, tanto assim que ambos constituem não somente o conteúdo da idéia do discurso, mas também o próprio fundamento dos direitos humanos e fundamentais.

Como se estudou, a fundamentação dos direitos humanos compõe-se por duas etapas: a fundamentação das regras do discurso e a fundamentação dos direitos humanos sobre a base dessas regras. A primeira etapa foi feita a partir de um argumento que se divide em três partes. Em primeiro lugar, Alexy defendeu um argumento pragmático-transcendental em sentido fraco, tendo em vista que não oferece uma fundamentação infalível, mas somente uma reconstrução falível do conteúdo normativo fático de pressupostos da argumentação inevitáveis. Tal argumento é responsável por identificar um sistema de regras do discurso que regem a *práxis* da argumentação.

Em segundo lugar, o referido autor sustenta que, embora fundamentadas teoricamente pelo argumento pragmático-transcendental, as regras do discurso são apenas efetivamente cumpridas por aqueles que têm interesse em argumentação, correção e justiça. A terceira parte do argumento geral que fundamenta tais regras é, portanto, a existência desse interesse. Conforme Alexy, mesmo que não se possa admitir que todas as pessoas tenham um interesse em argumentação, correção e justiça, é possível contar com um número suficiente de indivíduos com tal interesse, que possa garantir uma considerável eficácia social. Ademais, frise-se que a fundamentação realizada por Alexy contenta-se com a validade objetiva ou institucional das regras do discurso, e isso é vastamente explorado também na fundamentação do conteúdo e da estrutura dos direitos humanos. Ora, até mesmo para aqueles que não aceitam internamente tais regras ou tais direitos, é suficiente que eles ajam como se aceitassem, isto é, simulando ou fingindo.

Sem embargo, o argumento pragmático-transcendental não possui uma validade ilimitada, pois, mesmo que todos possuam a capacidade de resolver argumentativamente conflitos de interesse, não se segue disso que todos tenham o interesse aludido acima e que, por conseguinte, farão uso daquela capacidade frente a cada afetado. O mais forte da situação pode simplesmente optar pelo uso da violência, em vez de tentar alcançar a solução pela via argumentativa. Essa limitação da validade do argumento pragmático-transcendental fraco causa-lhe, assim, um *deficit* motivacional. Desse modo, entra em jogo a segunda parte da fundamentação das regras do discurso: a maximização da utilidade individual como elemento apto a fortalecer tal deficiência. Nesse sentido, Alexy defende que, ainda para aqueles que não tenham interesse em correção, o cumprimento das regras do discurso apresenta-se como algo vantajoso a longo prazo, haja vista que a legitimação obtida com tais regras é mais estável e menos custosa do que o exercício constante e exclusivo da força para a manutenção da dominação.

A segunda etapa da fundamentação dos direitos humanos centra-se na justificação da forma, do conteúdo e da estrutura de tais direitos. No que tange ao problema de forma, ele é resolvido com a constatação da necessidade da forma do direito positivo para a institucionalização dos direitos humanos. Nessa perspectiva, a forma jurídica, devido ao seu grau elevado de institucionalização, faz-se necessária para o preenchimento de algumas deficiências do âmbito moral da teoria do discurso, notadamente aquelas relativas a problemas de conhecimento, de execução e de organização. Nestas considerações finais, merece novamente destaque a verificação da forte influência que Alexy recebe de Habermas não só nesse, mas em vários aspectos da sua fundamentação teórico-discursiva dos direitos humanos.

Em relação ao problema do conteúdo e da estrutura dos direitos humanos, ele é solucionado por via de três argumentos: o da autonomia, o do consenso e o da democracia. Primeiramente, o argumento da autonomia expressa que quem faz seriamente parte em discursos pressupõe a autonomia do seu interlocutor, o que exclui a impugnação de certos direitos humanos. Disso decorre o princípio da autonomia, elaborado por Nino, segundo o qual é desejável que as pessoas determinem a sua conduta somente pela livre aceitação dos princípios morais que, após suficiente reflexão e deliberação, julguem válidos. Corresponde a este princípio diretamente um direito geral à autonomia, que representa os direitos humanos e fundamentais mais gerais, conforme o qual cada um tem o direito de julgar livremente o que é conveniente e o que é bom e obrar em conseqüência. Esse direito geral à autonomia, por sua

vez, conduz a um catálogo de direitos humanos e fundamentais, que protegem e possibilitam o exercício pleno tanto da autonomia privada quanto da pública.

Em segundo lugar, o argumento do consenso assevera 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, sejam eles individuais, sociais ou políticos. Por último, o argumento da democracia afirma que os ideais normativos da teoria do discurso somente poderão ser realizados de modo aproximado com a institucionalização jurídica de procedimentos democráticos de formação da opinião e da vontade. Aliás, o ideal do discurso só pode ser institucionalizado num Estado constitucional democrático, no qual exista uma união entre direitos humanos e democracia.

É nesse sentido que os direitos humanos discursivamente necessários são aqueles que conduzem à institucionalização de um sistema de direitos que garantam as liberdades individuais, a igualdade jurídica e a democracia, de tal modo que todos os cidadãos possam expor suas razões e buscar cooperativamente o entendimento ou, também, demonstrar, em igualdade de condições e de oportunidades, suas respectivas razões na defesa de seus interesses individuais ou coletivos. Dessa maneira, a teoria do discurso permite responder satisfatoriamente a questão do conteúdo e da estrutura dos direitos humanos.

Foi possível notar que a fundamentação teórico-discursiva dos direitos humanos, de Alexy, possui algumas vantagens que a tornam um modelo bastante atrativo. Ora, ela oferece uma saída às três hipóteses levantadas pelo *trilema de Münchhausen*. A *circularidade* é evitada pelo fato de que a exigência de uma fundamentação de cada proposição através de outras proposições substitui-se por uma série de exigências na atividade de fundamentação. Tais exigências podem ser formuladas como regras do discurso racional, as quais não se referem, como as da lógica, somente a proposições, mas também ao comportamento do falante. A *interrupção arbitrária* é evitada, por sua vez, na medida em que o cumprimento dessas regras não garante a certeza definitiva de todo o resultado, mas caracteriza-o como racional, e isso já é suficiente para impedir o emprego de fundamentações arbitrárias. Ressalte-se que a falibilidade e a revisibilidade são traços fundamentais da teoria do discurso. Finalmente, o *regresso ao infinito* é evitado pela exigência de uma regra específica sobre a extensão do discurso, segundo a qual, se o argumento afirmado pelo falante já foi aceito pelos demais e, portanto, se não há contra-argumentos, ele não precisa ser mais justificado.

Além disso, a fundamentação dos direitos humanos a partir da teoria do discurso nega expressamente a utilização de argumentos que se fundam em afirmações metafísicas indemonstráveis, como, por exemplo, as atinentes a revelações religiosas ou à natureza (ou

essência) humana²⁷⁵. Argumentos dessa espécie não podem prestar-se a fundamentar racionalmente os direitos humanos, uma vez que tanto a concepção de religião quanto a de natureza humana podem variar conforme a visão de mundo de cada indivíduo, de cada cultura, de cada sociedade ou de cada época. Esses argumentos são, assim, fechados ao diálogo com quem pensa diferentemente, originando inevitavelmente atitudes particularistas, dogmáticas e arbitrárias.

Como afirma Bielefeldt, “[...] a diferença só pode tornar-se produtiva se ela for transmitida comunicativamente. Por isso, o que vale é o poder de convencimento dos argumentos e dos pontos de vista básicos contidos neles²⁷⁶”. Nesse sentido, a contribuição da fundamentação teórico-discursiva dos direitos humanos não se restringe à simples negação de argumentos indemonstráveis, pois ela própria, ao se fundar na práxis da argumentação, consegue lidar responsabilmente com o desafio imposto pelo pluralismo cultural, que se reflete na cotidiana confrontação direta entre pessoas com diferentes visões de mundo e com diferentes convicções (religiosas ou não) éticas e políticas.

²⁷⁵ Sobre este ponto específico, veja-se a nota de rodapé nº 260. Embora Alexy chegue a afirmar que a teoria do discurso busca uma explicação sobre a natureza do homem e que esse é o único ponto em ela se encontra com a tradição do direito natural (veja-se: p. 64), deve-se ressaltar que tal teoria não objetiva determinar arbitrariamente e *acriticamente* em que a natureza humana consiste, mas sim reconstruir, a partir do argumento pragmático-transcendental, uma práxis argumentativa em que todo ser humano, pelo menos rudimentarmente, participa a partir da perspectiva do participante.

²⁷⁶ BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos**: fundamentos de um *ethos* de liberdade universal. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: UNISINOS, 2000, p. 33.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. Problemas da teoria do discurso. **Revista notícia do direito brasileiro: nova série**. Tradução de João Maurício Adeodato. Brasília: UnB, Faculdade de Direito: LTr, n. 1, p. 244-259, jan./jun. 1996.

_____. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Traducción de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

_____. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALBERT, Hans. **Tratado da razão crítica**. Tradução de Idalina Azevedo da Silva, Érika Gudde e Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Informe 2008 da Anistia Internacional: o estado dos direitos humanos no mundo**. Londres, 27 maio 2008. Disponível em: <<http://thereport.amnesty.org/prt/report-08-at-a-glance>>. Acesso em: 23 jun. 2008.

APEL, Karl-Otto. The problem of philosophical foundations in light of a transcendental pragmatics of language. In: BAYNES, Kenneth; BOHMAN, James; MCCARTHY, Thomas (orgs.). **After philosophy: end or transformation?** Massachusetts: MIT Press, 1986.

_____. **Estudos de moral moderna**. Tradução de Benno Dischinger. Petrópolis: Vozes, 1994.

_____. **Transformação da filosofia II: o a priori da comunidade de comunicação**. Tradução de Paulo Astor Soeth. São Paulo: Loyola, 2000.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília: UnB, 1997.

AUSTIN, Jonh Langshaw. **How to do things with words**. 2. ed. Massachusetts: Harvard University Press, 1975.

BENTHAM, Jeremy. **Los principios de la moral y la legislación**. Traducción de Margarita Costa. Buenos Aires: Claridad, 2008.

BEUCHOT, Mauricio. Los derechos humanos y su fundamentación filosófica. **Cuadernos de fe y cultura Núm. 3**. Guadalajara, México: Universidad Iberoamericana e ITESO, 1997.

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos**: fundamentos de um *ethos* de liberdade universal. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: UNISINOS, 2000.

_____. Human rights in a pluralistic world. **Do human rights travel?** London: British Council, 2004, p. 42-57.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2. ed. Bauru: Edipro, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

COMISSÃO PRÓ-YANOMAMI. Yanomami na Imprensa. **Infanticídio é uma tradição milenar dos Yanomami**. Fonte: Folha de Boa Vista, 10 de março de 2005. Disponível em: <<http://www.proyanomami.org.br/v0904/index.asp?pag=noticia&id=3980>>. Acesso em: 21 set. 2008.

_____. OS Yanomami. **Os Yanomami e sua terra**. Textos de Bruce Albert. Disponível em: <<http://www.proyanomami.org.br/v0904/index.asp?pag=noticia&id=3980>>. Acesso em: 21 set. 2008.

COPI, Irwin M. **Introducción a la lógica**. Traducción de Néstor Alberto Miguez. 3. ed. Buenos Aires: Eudeba, 1995.

COSTA, Reginaldo da. **Ética do discurso e verdade em Apel**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **Ética e filosofia do direito**. Fortaleza: ABC, 2006.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Declaração da independência dos Estados Unidos da América**. Philadelphia, 4 jul. 1776. Disponível em: <<http://www.embaixada-americana.org.br/index.php?action=materia&id=645&submenu=106&itemmenu=110>>. Acesso em: 14 set. 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. **Comentários à ética do discurso**. Tradução de Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v.1.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. 20. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

HOBBS, Thomas. **Leviatán: o la matéria, forma y poder de uma república, eclesiástica y civil**. Traducción de Manuel Sánchez Sarto. 2. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Porto: Porto, 1995.

_____. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro: 2003.

KELSEN, Hans. **¿Qué es justicia?** Traducción de Albert Calsamiglia. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1992.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Portal Domínio Público, Governo Federal do Brasil. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000052.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2008.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2007.

_____. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. Paris, 10 dez. 1948 Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/udhr/lang/por.htm>>. Acesso em: 23 jun. 2008.

_____. **World conference on human right**. Vienna, 14-25 jun. 1993. Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.En](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.En)>. Acesso em: 23 jun. 2008.

_____. **Estatus de los principales instrumentos internacionales de derechos humanos**. New York, 10 jan. 2003. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/pdf/reportsp.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2008.

PAUPÉRIO, Artur Machado. **Introdução axiológica ao direito**: apêndice à introdução à ciência do direito. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

POPPER, Karl. **Lógica da investigação científica**. Tradução de Pablo Rubén Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. **Derechos humanos**: una introducción a su naturaleza y a su historia. Buenos Aires: Quorum, 2007.

RACHELS, James. **Introducción a la filosofía moral**. Traducción de Gustavo Ortiz Millán. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la justicia**. Traducción de Genaro R. Carrió. 3. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a economia política e do contrato social**. Tradução de Maria Constança Peres Pissarra. Petrópolis: Vozes, 1995.

SILVA, Alexandre Garrido da. Teoria do discurso, neopragmatismo e legitimação dos direitos humanos. In: XVI Congresso Nacional do CONPEDI, Belo Horizonte, 2007. Tema: pensar globalmente, agir localmente. **Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 6523-6543.

SOROMENHO-MARQUES, Viriato. As tarefas da universalidade. In: KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Porto: Porto, 1995, p. 9-19.

SÓFOCLES. **Antígona**. Tradução de Donaldo Schüler. Porto Alegre: L&PM, 2001.

SUMNER, William Graham. **Folkways**: a study of the sociological importance of usages, manners, customs, mores, and morals. Boston: Ginn and Company, 1906.

TOLEDO, Cláudia. Introdução à edição brasileira. In: ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 15-31.

WEYNE, Bruno Cunha. Dignidade da pessoa humana na filosofia moral de Kant. **Themis**: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, v. 5, n. 1, p. 15-41, jan./jul. 2007.