SINTESE NOVA FASE

v. 22 N. 68 (1995):87-100

ÉTICA DO **D**ISCURSO: UMA TENTATIVA DE FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS BÁSICOS

Resumo: Este artigo é dedicado à análise e crítica da concepção de direitos básicos fornecida por Habermas em Faktizität und Geltung. Para tal, pretendo fornecer uma análise do princípio do discurso no discurso de fundamentação (Begründungsdiskurs), e a partir daí esclarecer a relação entre moral e direito, direitos básicos e direitos positivos em Habermas.

Em seguida, pretendo desenvolver uma crítica à teoria do discurso, e verificar a possível extensão da mesma ao discurso de fundamentação do sistema legal, e, mais especificamente, à fundamentação dos chamados direitos sociais básicos.

Palavras chave: Direitos básicos, Direitos legais, Habermas, Fundamentação, Ética do discurso.

Abstract: The aim of this paper is to analyse and criticize Habermas' notion of basic rights in Faktizität und Geltung. For this purpose, I intend to provide an analysis of the principle of discourse in the foundational discourse (Begründungsdiskurs), in order to clarify the relationschip between morality and right, basic rights and positive rights in Habermas.

Next, I intend to elaborate a critical account of the theory of discourse, verifying the possibility of extending it to the foundational discourse of legal system and, more specifically, to the foundations of the so called basic social rights.

Key words: Basic Rights, Legal Rights, Habermas, Foundation, Ethics of the Discourse.

m seu recente livro Faktizität und Geltung¹, Habermas procura aplicar sua teoria do discurso ao processo de legitimação de direitos. A partir daí, Habermas deriva tanto a forma de um sistema legal, do qual resultam os chamados direitos positivos, quanto os chamados direitos básicos (Grundrechte), isto é, os princípios que devem ser reconhecidos, quando o processo de implementação de direitos é compreendido a partir de uma práxis comunicativa.

Ao investigar direito e moral sob a perspectiva da teoria do agir comunicativo, Habermas fornece uma nova tentativa de pensar a relação entre estes dois conceitos. Moral e direito são, agora, apenas dois sistemas de agir distintos, no cerne de uma teoria comunicativa da sociedade. Normas morais e direitos positivos resultam de acordos comunicacionais, ou melhor, discursos de fundamentação, que apenas sob as condições de uma ética do discurso, se tornam possíveis. De acordo com a ética do discurso, questões práticas devem ser julgadas imparcialmente, e devem poder ser decididas racionalmente.

Durante o processo de implementação dos direitos, o princípio do discurso assume a forma do princípio de democracia (Demokratieprinzip). Sob a pressuposição da aplicação de tal princípio, estão cinco categorias de direitos. Tais categorias constituem os chamados direitos básicos.

Direitos básicos exprimem para Habermas as condições, que devem ser satisfeitas, para que um indivíduo possa participar do processo de legitimação de direitos. Deste modo, Habermas diferencia dois tipos de direitos, a saber: direitos básicos e direitos positivos ou legais. Direitos positivos e normas morais são fundamentados a partir de um consenso racional. Um consenso racional pressupõe os princípios da ética do discurso. A ética do discurso elucida as condições, para que um indivíduo possa participar de um discurso de fundamentação racional. Os direitos básicos são, assim, uma expressão da ética do discurso. Direitos sociais básicos exprimem, por sua vez, as condições para que um indivíduo possa exercer seus direitos básicos. Eles são uma condição da autonomia do indivíduo.

Este artigo é dedicado à análise e crítica da concepção de direitos básicos fornecida por Habermas. Para tal, pretendo fornecer uma análise do princípio do discurso no discurso de fundamentação (Begründungsdiskurs), e a partir daí esclarecer a relação entre moral e direito, direitos básicos e direitos positivos em Habermas.

Em seguida, pretendo desenvolver uma crítica à teoria do discurso, e verificar a possível extensão da mesma ao discurso de fundamentação do sistema legal, e, mais especificamente, à fundamentação dos chamados direitos sociais básicos.

1. Direitos básicos e a teoria do discurso

Nesta etapa pretendo:

- 1) fornecer uma elucidação do princípio de democracia, do processo de implementação de direitos e da compreensão de direitos básicos fornecida por Habermas, e
- 2) investigar a relação entre direito e moral, no cerne da teoria do agir comunicacional (Kommunikationstheorie).
- 1) Em Faktizität und Geltung Habermas pretende, a partir de sua teoria do discurso, dissolver a tensão entre a positividade do direito, ou seja, sua facticidade, e a legitimidade a ele associada, ou seja, sua validade. A teoria do discurso é uma teoria do agir comunicativo. Para Habermas, apenas uma reflexão acerca do agir comunicativo é capaz de fornecer um esclarecimento das normas do agir, que não recorra a dogmas religiosos ou metafísicos².

O discurso racional é o lugar a partir do qual posições contrárias são apresentadas, e onde o reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade se torna possível. Somente no discurso, o caráter normativo de uma norma pode adquirir o sentido de aceitabilidade racional. Uma norma válida será aquela, que com base em bons argumentos, deve poder ser aceita por todos os possíveis integrantes do discurso racional³. Para um consenso racional deverão ser aceitos apenas os argumentos, que possam ser aceitos por todos, i.e., os argumentos, que de acordo com o agir comunicativo, possuem uma força motivadora racional. "Bons argumentos" serão, segundo Habermas, aqueles, que para os cidadãos de um estado, entendidos como autores da ordem legal, possam ser reconhecidos como racionalmente aceitáveis⁴.

De acordo com esta teoria, todos os participantes do processo de implementação do direito são simultaneamente autores e endereçados do mesmo. A legitimação de um direito apoia-se em acordos comunicacionais; cada indivíduo, enquanto integrante do discurso racional, deve ser capaz de provar, se uma determinada norma pode receber o assentimento de todos ou não⁵. Um discurso racional supõe, assim, a liberdade de cada um determinar sua própria posição, independentemente dos demais, e o reconhecimento das pretensões de cada indivíduo. A esta liberdade Habermas chamará "liberdade comunicacional".

O princípio do discurso esclarece o ponto de vista, a partir do qual as normas do agir podem ser justificadas de forma imparcial. No discurso de fundamentação dos direitos este princípio assume a forma do princípio de democracia, a saber, "D: válidas são exatamente as normas do agir, com as quais todos os endereçados, enquanto participantes do discurso racional, possam concordar".

Apenas quando o princípio do discurso assume a forma do princípio de democracia, pode fornecer ao processo de implementação dos direitos seu poder legitimador. Sob a pressuposição de que as opiniões e desejos de cada qual possam encontrar uma expressão racional, o princípio de democracia indica como estes podem vir a ser institucionalisados, isto é, através de um sistema legal, no qual a igualdade de chances de participação no processo de implementação dos direitos esteja assegurada.

A gênese dos direitos constitui o processo pelo qual o código legal e o mecanismo para a implementação de sua legitimação, isto é, o princípio de democracia, são simultaneamente constituidos. Este processo caracteriza, para Habermas, um processo circular de auto-legitimação. Por um lado, o princípio de democracia deve estabeler um processo de implementação legal dos direitos. Deverão erguer pretensão a legitimidade apenas às leis, que através de um processo discursivo adequado de implementação, tenham finalmente alcançado a aceitação de todos. Por outro lado, a aplicação do princípio de democracia supõe uma prática de auto-determinação do sujeito, na qual os indivíduos se reconheçam mutuamente como participantes livres e iguais do discurso⁸. Neste sentido, o próprio princípio de democracia só pode ser compreendido como o núcleo de um sistema legal.

Segundo Habermas, a tensão entre a positividade e a legitimidade dos direitos só pode ser operacionalizada através de um sistema legal, que assegure igualmente a autonomia privada e pública de cada qual. Um tal sistema mobiliza e associa a liberdade comunicacional de cada indivíduo em uma prática de constituição da lei, e ao mesmo tempo submete à mesma o arbítrio de cada um. A lei será, então, o que torna compatível a liberdade de ação de um indivíduo com a de todos os demais.

A gênese dos direitos se inicia com a aplicação do princípio do discurso ao — para a forma legal, enquanto tal constitutivo — direito de liberdade de ação, e termina com a institucionalização das condições para um exercício discursivo da autonomia política. O sistema legal deverá englobar os princípios, aos quais os indivíduos devem estar submetidos, quando pretendem orientar a vida comunitária através da ordem legal. Deverá, portanto, englobar os princípios, que tornam possível o processo de legitimação de direitos. Tais princípios serão os chamados direitos básicos. Os direitos básicos exprimem — de acordo com Habermas — as condições de possibilidade de um consenso racional acerca da institucionalização das regras do agir. Serão eles:

- 1) Direito à igual liberdade de ação.
- 2) Direito à livre associação entre os indivíduos.
- 3) Direito à protenção dos direitos individuais.
- 4) Direito à igual chance de participação no processo de formação de opiniões e vontades.
- 5) Direito à garantia de condições de vida, sociais, tecnicas e economicas, necessárias para o exercício dos direitos relacionados acima⁹.

O direitos básicos pertencentes a (1), (2) e (3) resultam, tão somente, da aplicação do princípio do discurso ao discurso de fundamentação dos direitos. Somente através de (4) e (5) cada sujeito assume então a função de autor de sua própria ordem legal.

A institucionalização do código legal exige uma garantia de um caminho legal, no qual cada pessoa, que se sinta prejudicada em seus direitos, possa fazer valer suas pretensões. Os direitos básicos são aqueles que tornam possível um sistema legal, do qual resultam os direitos positivos. Direitos positivos são direitos legais. O não reconhecimento dos direitos básicos implica na impossibilidade do próprio discurso de legitimação, e, conseqüentemente, de todo e qualquer direito positivo.

2) Passemos agora à nossa segunda questão. Como deve ser ententida, em Habermas, a relação entre direitos positivos, direitos básicos e princípios morais? Para responder a esta pergunta é preciso esclarecer alguns aspectos da própria teoria do discurso.

O princípio do discurso é, de acordo com Habermas, operacionalizado através de regras da argumentação. Sua introdução supõe de antemão, que questões práticas em geral possam ser julgadas imparciamente, e decididas de modo racional. Estas condições devem ser satisfeitas pelas regras da argumentação. As regras da argumentação são, para Habermas, as regras pressupostas, quando os indivíduos se encontram em qualquer relação comunicacional. Neste sentido, serão também chamadas regras da razão comunicativa.

No âmbito da teoria comunicacional habermasiana, o potencial acordo entre todos os participantes é a condição para o resgate de pretensões de validade, tanto de asserções como de enunciados normativos. Um consenso fundamentado é aquele em que a aceitação de todos está baseada tão somente no poder dos melhores argumentos: Um argumento é o fundamento que deve nos motivar a reconhecer a pretensão de validade de uma afirmação ou uma ordem, isto é, uma valoração¹⁰.

Um consenso fundamentado é somente póssivel, quando há igualdade de posição entre os integrantes do discurso. Por conseguinte, só poderá haver consenso com relação às normas igualmente aceitas por todos. Normas regulam, segundo Habermas, a satisfação das necessidades e interesses dos indivíduos. Uma norma, que todos possam desejar, deve ser, portanto, uma tal, cujas conseqüências e efeitos colaterais, tendo em vista as necessidades de satisfação e interesses de cada um, possam ser aceita por todos.

Um consenso fundamentado se caracteriza pela satisfação de determinadas condições, apresentadas como princípios de uma situação de fala ideal. Uma situação de fala ideal é aquela realizada sem qualquer intervenção de elementos externos contingentes, e sem qualquer forma de coersão¹¹. Isto só é possível, quando todos os participantes do discurso possuem igual chance de eleger e realizar atos de fala, ou seja, possuem igual oportunidade de participação. Deste modo, Habermas apresenta quatro condições a serem satisfeitas pelos diversos modos de agir comunicacional:

- 1) Todos os potenciais participantes do "discurso" devem dispor de igual chance de proferir atos de fala, de tal modo, que possam colocar questões e fornecer respostas livremente.
- 2) Todos devem possuir igual chance de realizar interpretações, afirmações, sugestões, esclarecimentos e justificações e problematizar as pretensões de validade das mesmas, de tal modo, que nenhum preconceito permaneça imune a críticas.
- 3) São admitidos no discurso apenas os falantes, que enquanto agentes, possuam igual chance de aplicar atos de fala, ou seja, de expressar suas posições, sentimentos e intenções.
- 4) São admitidos no discurso apenas os falantes, que enquanto agentes, disponham de igual chance de aplicar atos de fala regulativos, ou seja, de dar e recusar ordens, permitir e proibir, prometer e negar algo etc¹².

Tais regras são, em Habermas, os princípios transcendentais-pragmáticos da ética do discurso. "Transcendentais" no sentido em que sua validade é uma condição de possibilidade da comunicação. "Pragmáticos" porque não se deixam elucidar meramente a partir das características sintáticas e semânticas da linguagem. Elas são, segundo Habermas, as regras de uma prática comunicacional, sem as quais não pode haver a garantia de um discurso racional, capaz de fundamentar normas ou direitos.

Uma argumentação é, em Habermas, uma ação comunicativa entre indivíduos. As regras da argumentação operacionalizam o princípio do discurso. Neste sentido elas são aplicáveis tanto no âmbito da moral, como no do direito. A diferença entre estes dois tipos de discursos surge, apenas, a partir da lógica do questionamento de cada um e do tipo de argumento que lhes corresponde¹³. No discurso de fundamen-

tação moral, este princípio assume a forma do princípio de universalização. No discurso de legitimação de direitos, ele assume a forma do princípio de democracia.

O princípio de democracia, do qual resultam os direitos positivos, representa a aplicação do princípio do discurso às normas do agir, que tomam parte no sistema legal. Tais normas erguem pretensão de estarem em consonância com as normas morais. Porém, enquanto o princípio moral se extende somente às normas do agir, que com recurso a argumentos morais podem ser justificadas, a validade das normas legais está baseada não apenas em argumentos morais, mas também pragmáticos e ético-políticos¹⁴. As normas legais são, portanto, legítimas, quando, para além da moral, fornecem uma compreensão autêntica da comunidade, capaz de expressar, tanto uma justa consideração dos interesses e valores defendidos, como uma escolha racional de estratégias e meios¹⁵.

O princípio de democracia elucida como demandas racionais podem vir a ser institucionalizadas. Através do processo de implementação dos direitos positivos, é possível fornecer às exigências morais uma expressão legal. Neste sentido a atribuição de direitos pode vir a ser compreendida como um complemento da moral. Mas, para além de um meio para a institucionalização das normas morais, os direitos positivos deverão também servir como meio para fins políticos. Deste modo, a distinção entre normas morais e direitos não será somente uma distinção relativa a validade de cada qual, mas também a seus fins¹⁶.

Com isto, Habermas diferencia normas morais e direitos positivos. Resta, no entanto, indagar pela relação entre princípios morais e direitos básicos. Os direitos básicos não são o resultado de um discurso de fundamentação ou de um processo de implementação de direitos, mas uma condição para tal. Eles são a versão habermasiana dos princípios da ética do discurso, no contexto do discurso de fundamentação, do qual resultam os direitos positivos. Neste sentido, os assim chamados direitos básicos não dizem respeito ao plano dos direitos institucionalizados, mas sim ao das condições de possibilidade do agir comunicativo, a saber, da ética do discurso.

Os Direitos básicos fundamentam o "status" de cidadãos livres e iguais. Para que este fim possa ser alcançado, é necessário a satisfação de certas condições vitais. Aos direitos que satisfazem tais condições, pertencem os assim chamados direitos sociais básicos. Os direitos sociais são, portanto, uma condição para que os direitos básicos enunciados em (1), (2), (3) e (4) possam vir a ser exercidos. Neste sentido, eles pertencem, necessariamente, à forma de um sistema legal, do qual direitos positivos possam ser derivados.

2. Críticas a Habermas

A fundamentação dos direitos básicos em Habermas consiste em apresentar tais direitos como um pressuposto da aplicação do princípio do discurso ao discurso de fundamentação dos direitos positivos, ou seja, do princípio de democracia. O processo de implementação de direitos é um entre outros sistemas de agir de uma teoria comunicacional da sociedade (Kommunikationstheorie der Gesellschaft), proposta por Habermas. De acordo com sua teoria, todos os indivíduos são simultaneamente autores e enderecados do direito. Para que cada qual possa tomar parte no processo de implementação de direitos, é necessário a satisfação de determinadas condições. Tais condições são o que Habermas irá chamar de princípios do discurso racional, ou seja, de um discurso em que a única forma de coersão aceita seja a dos próprios argumentos. As regras deste discurso são os princípios da ética do discurso. Deste modo, podemos, então, compreender os direitos básicos como a expressão da aplicação dos princípios da ética do discurso, no discurso de fundamentação do direito. Uma avaliação da concepção de direitos básicos em Habermas deve, portanto, começar por uma avaliação crítica da própria ética do discurso.

Os problemas da ética do discurso já foram exaustivamente apresentados por diversos autores¹⁷. Aqui, pretendo me limitar às críticas, que possam desempenhar um papel decisivo para nossa investigação.

Nosso primeiro passo consiste na análise do suposto caráter essencialmente comunicativo da linguagem. Um ato de fala é essencialmente comunicativo quando um sujeito pretende, através do mesmo, dar algo a entender a um ou mais falantes. Quando investigamos os diversos usos da linguagem, podemos certamente constatar a existência de atos de fala deste tipo, tais como, por exemplo, as saudações e os pedidos. Para estes dois tipos de atos de fala, é fundamental que possamos distinguir o papel do falante e o papel do ouvinte. Por outro lado, podemos também reconhecer a existência de outros usos da linguagem, com relação aos quais tal distinção não desempenha papel algúm. Este é o caso do próprio pensamento ou de jogos de linguagem monológicos, tais como a "paciência". Nestes dois usos da linguagem não constatamos nenhum aspecto essencialmente comunicativo.

A busca de uma estrutura comum a todos os atos de fala ou a todos os modos de uso da linguagem é — como Wittgenstein procurou mostrar¹⁸ — um grande equívoco. Não há nada que possamos reconhecer como UMA LINGUAGEM, que possa ser transferida de um contexto a outro, de um jogo de linguagem a outro. Uma linguagem é uma forma de vida, e não apenas um instrumento para comunicação. Isto significa que não podemos reduzir a linguagem a uma es-

trutura meramente comunicativa. Ao elaborar uma teoria do agir comunicacional, a partir da qual devem agora ser pensados, tanto os enunciados acerca dos objetos, como enunciados normativos, Habermas acaba por reduzir os múltiplos modos de uso da linguagem a um uso comunicativo.

Entre os modos de uso da linguagem estão aqueles que podem ser compreendidos como essencialmente comunicativos, porém estes não são os únicos. Para evitar a confusão entre as regras do agir comunicativo e as regras de emprego da linguagem, Tugendhat sugere que chamemos aquelas regras da linguagem, para as quais é indiferente, se estão sendo usadas comunicativamente ou não, regras semânticas, e reservemos o título de pragmáticas às regras, que só podem ser compreendidas em um contexto comunicacional¹⁹.

Regras semânticas determinam o sentido ou o modo de uso da linguagem. Tais regras podem ser compreendidas em si mesmas; ou complementadas através de regras comunicativas ou pragmáticas. Porém, apenas quando um ato de fala não puder ser pensado fora de um contexto comunicacional, fará então sentido caracterizá-lo como essencialmente comunicativo.

Mas será este o caso dos chamados enunciados normativos? Expressões normativas contêm uma exigência recíproca. No entanto, disto não se segue, que essas só possam ser compreendidas a partir de um contexto comunicacional. Podemos formular, monologocamente, argumentos para aceitação de uma norma. Monologicamente, podemos também tomar decisões acerca das normas de nossas ações. Por conseguinte, nem os argumentos que nos levam ao reconhecimento de uma exigência normativa, nem a decisão de agir segundo uma norma, podem ser consideradas essencialmente comunicativas.

O caráter essencialmente comunicativo de expressões normativas, em Habermas, está associado a uma teoria consensual da verdade, de acordo com a qual o consenso é o critério último para a verdade de uma asserção ou para a validade de uma expressão normativa. Deste modo, o critério para validade de uma norma consistirá, como já vimos, no possível acordo de todos os integrantes do discurso racional com relação à mesma. Por discurso Habermas entende a argumentação racional entre mais pessoas. Um consenso racional só é, portanto, alcançável através de um processo comunicacional. Mas por que devemos aceitar o consenso como critério? Sem uma resposta para esta questão, o caráter essencialmente comunicativo das normas do agir permanece obscuro.

Para Habermas um consenso racional não é apenas um consenso fáctico, mas um consenso qualitativo, ou seja, um consenso com base em argumentos. Ora, para caracterizar um consenso qualitativo é necessário

que se saiba, quando uma crença coletiva na verdade de uma determinada proposição é acompanhada de razões adequadas. Neste caso, já não podemos supor que o próprio consenso desempenhe esta função. Assim sendo, são os próprios argumentos, e não o consenso com relação aos mesmos, a verdadeira base para o reconhecimento da validade de um enunciado. Segue-se, portanto, que o acordo intersubjetivo não é ele mesmo o critério para o reconhecimento da validade de asserções e normas, e sim uma consequência de que existam critérios, com bases nos quais, a verdade de uma asserção ou a correção de uma norma possa ser avaliada. Um tal acordo será, então, um consenso qualitativo, ou seja, um consenso baseado em argumentos.

Os princípios da ética do discurso exprimem, para Habermas, as regras que todos os participantes da comunicação devem aceitar. Elas pertencem à lógica da argumentação. Nós podemos interpretar as regras da argumentação de dois modos. Ou bem elas são algo assim como regras da razão que prescrevem os melhores meios, para atingir determinados fins desejados, e neste sentido Habermas não pode derivar das mesmas qualquer exigência moral. Ou elas devem ser entendidas em sentido forte, enquanto já incluindo um aspecto normativo. Porém, neste caso, sua argumentação seria circular, posto que Habermas estaria partindo de algo já normativo, para então justificar a própria normatividade.

Analisemos agora a primeira alternativa mais detalhadamente. Se as regras da argumentação são regras da razão, então elas não possuem, nem um caráter essencialmente comunicativo, nem um conteúdo moral. Uma regra da razão é uma regra do tipo: "Se queres alcançar x, então é racional eleger y". Neste sentido, podemos dizer: "deve-se eleger y", ou seja, seria irracional não agir deste modo. Este "dever" não possui, portanto, o sentido de um dever moral. Mas se os princípios da ética do discurso prescrevem, que todos os integrantes devem possuir igual chance de participação, que as opinões de cada qual devem ser igualmente respeitadas etc., então esses expressam exigências morais, e não podem, assim, ser meramente compreendidos como "regras da razão".

A razão ou a lógica da argumentação nos obriga a reconhecer um bom argumento. Os princípios da ética do discurso, por sua vez, nos obriga a respeitar todos os possíveis participantes do discurso racional, independentemente de seus argumentos. Uma tal exigência não pode ser considerada uma exigência da racionalidade. A razão exige que os bons argumentos sejam reconhecidos independentemente do seu porta voz. É, no entanto, uma exigência da moral, que cada qual tenha igual chance de apresentar seus argumentos, e que os mesmos sejam respeitados, quer sejam bons argumentos, quer não²⁰.

Suponhamos, agora, que as regras da argumentação não sejam regras da razão, mas sim regras constitutivas de um jogo de linguagem de-

terminado. Ora, as regras de um jogo de linguagem apenas explicitam nosso modo de uso das expressões no contexto em questão. O estar submetido às mesmas não é uma exigência moral, mas sim parte constitutiva do próprio jogo. Se recusamos tais regras, recusamos ou alteramos o próprio jogo. As regras de um jogo de linguagem serão sempre tão diversas, quanto os próprios jogos. Neste caso, jamais poderão ser reduzidas ao uso meramente comunicativo da linguagem. Por conseguinte, além de não possuirem qualquer caráter normativo, elas não possuem também qualquer caráter essencialmente comunicativo. A derivação dos princípios da ética do discurso, a partir das regras da argumentação — sejam estas entendidas como regras da razão ou como simples regras de jogo (Spielregeln) — é, portanto, inaceitável²¹.

Consideremos, agora, a segunda possibilidade: qualquer discurso racional já contém uma exigência moral, ou seja, os princípios da ética do discurso. Um discurso racional pressupõe — segundo Habermas — que cada um de seus integrante possa se colocar hipoteticamente na posição de todos os demais. Pressupõe, portanto, a aceitação de um princípio de imparcialidade (Unparteilichkeit). Isto significa que o discurso que Habermas tem em mente, antes de fundamentar um princípio moral, já o pressupõe.

O princípio de que todos os participante de um discurso racional, enquanto tal, devam ser igualmente considerados, constitui em Habermas a base da fundamentação pragmática das normas do agir. Ora, este princípio é uma pressuposição, que só pode ser reconhecida, no cerne de uma sociedade moral. As convições morais de uma tal sociedade não podem, no entanto, ser avaliadas por um consenso. Elas são, antes de tudo, o que qualifica um consenso acerca das regras morais.

A questão de como fundamentar os princípios da ética do discurso, ou uma concepção de imparcialidade, não é, senão, a própria questão de como é possível fundamentar uma posição moral, e ainda, "se" e "como" é possível decidir entre concepções morais concorrentes. Tal questão está para além dos fins propostos por este artigo. Ela compreende bem mais, do que uma mera investigação dos assim chamados direitos humanos seria capaz de fornecer. Minha pretensão, aqui, é, tão somente, recusar a possibilidade de dedução dos princípios morais, a partir das regras da racionalidade e, por conseguinte, de que estes princípios possam ser compreendidos como pressupostos pelos diversos discursos de fundamentação, posto que isto seria, ao menos no que concerne ao discurso de fundamentação das normas morais, um circulus vitiosus.

Quais consequências podemos extrair das críticas até aqui realizadas, para o caso específico do discurso de fundamentação de direitos em Habermas? Tal qual anteriormente, podemos agora indagar se os direi-

tos devam possuir algo de essencialmente comunicativo. Direitos exprimem demandas sociais. Contudo, enquanto tais demandas não estiverem baseadas em um consenso, mas sim em bons argumentos, não podemos reduzir nosso discurso acerca de direitos ao aspecto comunicativo. O consenso na fundamentação de direitos — quer se trate de direitos positivos ou de direitos humanos — não pode ser tomado com critério. Ele é antes de mais nada uma conseqüência, de que possamos reconhecer boas razões para pleitear algo, seja como uma lei universal, i.e., um direito humano, seja como uma lei do sistema legal, i.e., um direito positivo.

Ao princípio do discurso, no processo de implementação de direitos, Habermas denomina princípio de democracia. O princípio de democracia estabelece como válidos os direitos, com relação aos quais, todos os potenciais integrantes do discurso racional possam estar de acordo. Enquanto desempenha o papel de gerador de direitos positivos, o princípio de democracia é ele mesmo institucionalizado através de um sistema, que garante a igualdade de participação no processo de legitimação dos direitos. A aplicação do princípio de democracia, no discurso de legitimação dos direitos, pressupõe, portanto, um sistema no qual todos os indivíduos — enquanto autores e endereçados do direito — possuam igualdade de condições. Esta é uma pressuposição do princípio de democracia, enquanto um princípio do discurso. Contudo, ao contrário do que supõe Habermas, a igualdade de condições não pode ser caracterizada, quer como um princípio da racionalidade, quer como um princípio da linguagem em geral, mas tão somente como um princípio moral. Deste modo, antes mesmo de realizar qualquer distinção entre moral e direito, Habermas já pressupõe um princípio moral, como condição do próprio princípio de democracia.

A implementação democrática dos direitos é um processo no qual os indivíduos — com base na igualdade de participação — chegam a um consenso acerca das regras que desejam institucionalizar. Surgem, assim, os chamados direitos positivos. Direitos básicos serão chamadas as regras, que precisam ser respeitadas, a fim de que a igualdade de participação possa ser garantida. Se aceitamos que os direitos básicos devam satisfazer a exigência de igualdade de condições, então deveremos — independentemente de Habermas — compreendê-los como princípios morais. Neste sentido, podemos também — com Habermas — apontar para a satisfação de tais direitos como uma condição do processo de fundamentação do sistema legal. Contudo, isto não nos impede de recusar, tanto o consenso como critério de verdade ou validade, assim como o suposto caráter essencialmente comunicativo de nosso discurso acerca de direitos e a derivação de uma ética do discurso, a partir da lógica da argumentação.

De acordo com Habermas, os direitos básicos devem garantir a igualdade de chances de participação no discurso. Eles fundamentam o "status" de indivíduos livres e iguais. E devem proteger a autonomia privada e pública de cada qual. A atribuição de direitos sociais básicos não constituirá, aqui, nenhuma exceção. Tais direitos exprimem condições necessárias para que o indivíduo possa desfrutar sua autonomia. Como podemos, então, fundamentar a atribuição de direitos básicos àqueles que não possuem autonomia? Direitos básicos devem ser atribuidos a todos os seres humanos, ou somente àqueles que possam tomar parte em um discurso racional? Esta mesma questão pode ser igualmente colocada para a ética do discurso. Contra a teoria habermasiana podemos assim acrescentar, que ela é incapaz de fornecer resposta para questões hoje consideradas como eminentemente morais, a saber: questões que concernem ao "status" de fetos e recémnascidos, às futuras gerações, aos animais e ao meio ambiente. Pretendo, contudo, manter minha crítica limitada a um determinado âmbito, ou seja, ao âmbito dos assim chamados direitos humanos ou direitos básicos.

Segundo Habermas os direitos básicos são uma condição para que alguém possa tomar parte no discurso de fundamentação. Neste sentido, sua concepção de direitos humanos pode responder à demanda tradicional pelo direito à liberdade. Mas será possível satisfazer também a demanda por direitos sociais básicos? Podem os direitos sociais pertencer a um conceito de direito, que não possa, por exemplo, ser extendido a crianças e deficientes físicos ou mentais? Uma tal concepção estaria em contradição, não apenas com as concepções tradicionais dos direitos humanos, mas com o nosso próprio senso comum. A garantia de um mínimo para subsistência é, por exemplo, um direito que supomos inerente a todo ser humano, independente do seu "status" como possível integrante de um discurso racional.

Naturalmente, é possível imaginar uma situação, na qual os integrantes do discurso de fundamentação pleiteiem direitos sociais daqueles que não podem tomar parte no discurso racional. Porém, os direitos que resultam do discurso de fundamentação não possuem mais o "status" de direitos básicos. Eles são direitos positivos, e dependem, assim, do assentimento dos possíveis participantes do discurso de fundamentação racional. Devemos, contudo, conceder que apenas uma elite decida por direitos que a todos pertencem? Quando se trata de direitos sociais básicos, não podemos aceitar, que a decisão acerca de tais direitos pertença apenas a uma parcela da humanidade. Deste modo, a aplicação da ética do discurso ao âmbito do discurso de fundamentação dos direitos conduz a uma forma de paternalismo político.

Podemos, assim, concluir, que o reconhecimento dos direitos sociais básicos deve ser independente, tanto do "status" de um ser humano como possível integrante do discurso racional, como de um possível consenso. Tais direitos não podem, portanto, ser compreendidos, nem

como direitos positivos, nem como direitos básicos, tal como ambos são concebidos por Habermas. Se pretendemos justificar moralmente nossa demanda por direitos sociais, precisamos então abandonar a perspectiva da ética do discurso, e sair em busca de um novo conceito de moral.

Notas

- 1 J. HABERMAS, Faktizität und Geltung, Frankfurt a. M., Suhrkamp 1992.
- 2 Ver Ibidem, p. 127.
- 3 Ver Ibidem, p. 133.
- 4 Ver Ibidem, p. 500.
- 5 Ver Ibidem, p. 134.
- 6 Ver Ibidem, p. 152.
- 7 Ver Ibidem, p. 138. A definição do princípio de democracia, fornecida por Habermas, é distinta da nossa compreensão comum deste termo. Entendemos por "democracia" o direito de todos à participação e o respeito às minorias. De uma tal compreensão não deriva, contudo, que somente as normas aceitas por todos sejam consideradas válidas. Para tal o assentimento da maioria é considerado suficiente.
- 8 Ver Ibidem, p. 141.
- 9 Ver Ibidem, p. 155.
- 10 Ver J. HABERMAS, "Wahrheitstheorien", em H. FAHRENBACH (Hrsg.), Wirklichkeit und Reflexion. Festschrift für Walter Schutz, Pflullingen 1973, p. 241.
- 11 Ver Ibidem, p. 255.
- 12 Ver Ibidem, p. 155.
- 13 Ver J. HABERMAS, Faktizität und Geltung, Frankfurt a. M., Suhrkamp 1992, p. 140.
- 14 Ver Ibidem, p. 193.
- 15 Ver Ibidem, p. 194.
- 16 Ver Ibidem, p. 567.
- 17 Ver E. TUGENDHAT, "Drei Vorlesungen über Probleme der Ethik", em Probleme der Ethik, Stuttgart, Reclam 1987; E. TUGENDHAT, "Sprache und Ethik", em Philosophische Aufsätze, Frankfurt a. M., Suhrkamp 1992; A. WELLMER, Ethik und Dialog, Frankfurt a. M., Suhrkamp 1986 e R. ALEXY, Theorie der juristischen Argumentation, Frankfurt a. M., Suhrkamp 1983.
- 18 Ver L. WITTGENSTEIN, Philosophische Untersuchungen, Frankfurt a. M., Suhrkamp 1984, p. 250, 23.
- 19 Ver E. TUGENDHAT, Probleme der Ethik, Stuttgart, Reclam 1984, p. 112.
- 20 Ver A. WELLMER, Ethik und Dialog, Frankfurt a. M., Suhrkamp 1986, p. 108.
- 21 Para a distinção entre regras da razão (Vernunftregeln), regras de jogo (Spielregeln) e regras sociais (sozialen Regeln) ver E. TUGENDHAT, "Sprache und Ethik", em *Philosophische Aufsätze*, Frankfurt a. M., Suhrkamp 1992.

Endereço da autora:

Rua Bulhões de Carvalho 489/304

22081-000 — Rio de Janeiro — R.J.