

Sobre a Legitimação Baseada nos Direitos Humanos^{*-**}

Jürgen HABERMAS

SUMÁRIO: 1. Uma Justificação Procedimental do Estado Constitucional Democrático; 2. A autocrítica do Ocidente; 3. O diálogo dos outros com o Ocidente: “valores asiáticos”; 4. O desafio do fundamentalismo.

Utilizarei o conceito de legitimação (e seu análogo conceito de legitimidade) em um sentido duplamente restritivo: vou referir-me à legitimação da ordem política e exclusivamente à ordem política representada pelo Estado constitucional democrático. Quero recordar, em primeiro lugar, a proposta de reconstrução do nexos interno existente entre democracia e direitos humanos, tema que já analisei em outro lugar.¹ Posteriormente quero discutir alguns aspectos da crítica contemporânea acerca da concepção de direitos humanos surgida no ocidente, examinando tanto o discurso do ocidente consigo mesmo como os discursos que outras culturas desenvolvem com o ocidente.

1. Uma Justificação Procedimental do Estado Constitucional Democrático

Início com uma explicação sobre o conceito político de legitimação. A necessidade de legitimação das ordens que se caracterizam pela forma estatal de organização da violência (e que, por exemplo, se diferenciam das estruturas de domínio das sociedades tribais) explica-se precisamente a partir do conceito de poder político. Devido ao fato de que o *médium* do poder estatal se constitui na forma do direito, as ordens políticas alimentam-se da sua pretensão de legitimidade. O direito reclama para si próprio não apenas a sua

* Tradução de Gisele Guimarães Cittadino e Maria Celina Bodin de Moraes. Originalmente publicado na Revista Estado, Direito e Sociedade, n. 17. Publicação do Departamento de Direito da PUC-Rio.

** Nota das Tradutoras: Este texto de Jürgen Habermas integra a coletânea *Die posnationale Konstellation*, Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 1998. Sua tradução foi realizada a partir da edição espanhola *La constelación posnacional: ensayos políticos*, publicada pela Paidós, Barcelona, 2000. Com o trabalho de tradução finalizado, viemos a saber que, no meio tempo, a coletânea, que inclui diversos outros ensaios do autor sobre temas variados, como a clonagem humana e as concepções da modernidade, já havia sido publicada no Brasil. A edição brasileira, traduzida por M. Seligmann-Silva, intitula-se *A constelação pós nacional: ensaios políticos* e foi publicada pela Editora Littera Mundi, de São Paulo.

aceitação; além de exigir daqueles a quem é dirigido um reconhecimento fático, também pretende ser *digno* de reconhecimento. Para a legitimação de uma ordem estatal constituída através do direito contribuem, portanto, todo tipo de construções e argumentações públicas que possam tornar efetiva a pretensão do direito de ser reconhecido.

Isto é válido para todas as ordens estatais. Os Estados modernos caracterizam-se pelo fato de que constituem o poder político através da forma do direito positivo, isto é, instituído e coercitivo. Entretanto, dado que a questão relativa ao modo de legitimação política também se vê afetada pela transformação da “forma jurídica”, quero caracterizar, em primeiro lugar, o direito moderno segundo sua estrutura e suas pretensões de validade (1), antes de entrar em seus correspondentes tipos de legitimação (2).

1) Os ordenamentos jurídicos modernos são essencialmente constituídos a partir de direitos subjetivos. Estes direitos concedem a uma personalidade jurídica âmbitos de ação legalmente definidos, dentro dos quais pode conduzir sua ação de acordo com suas próprias preferências. Deste modo, separam os titulares dos direitos, de uma forma clara e precisa, de mandatos morais ou preceitos de outro tipo. Em qualquer caso, dentro dos limites do juridicamente permitido, ninguém está obrigado a oferecer uma justificação pública de sua atuação. Com a introdução das liberdades subjetivas, o direito moderno, diferentemente das ordens jurídicas tradicionais, assegura o princípio hobbesiano de que é permitido tudo aquilo que não está publicamente proibido. Desta forma, o direito e a moral separam-se mutuamente.² Enquanto a moral nos diz porque estamos obrigados a fazer algo, da estrutura do direito infere-se a primazia do estar legitimado para fazer algo. Enquanto os direitos morais derivam de deveres recíprocos, as obrigações jurídicas decorrem da restrição legal das liberdades subjetivas. Os modernos conceitos de personalidade jurídica e de comunidade jurídica explicam porque se dá privilégio aos direitos – em termos conceituais – em face das obrigações. O universo moral, *sem limites* no espaço social e no tempo histórico, refere-se a todas as pessoas naturais na complexidade de suas histórias vitais. Pelo contrário, uma comunidade jurídica, localizada tanto no tempo como no espaço, protege a integridade de seus membros apenas na medida

¹ J. Habermas, *Facticidad y Validez*, Madrid, Editorial Trotta, 1998, cap. 3.

² I. Mauss, “Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts”, in I. Mauss, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, Francfort del Meno, 1992, p. 308-336.

em que eles assumem o *status* artificialmente instituído de *portadores de direitos subjetivos*.

Essa estrutura reflete-se na forma peculiar através da qual o direito adquire validade, ou seja, o entrelaçamento da faticidade da imposição do direito por parte do Estado com a pretensão de um procedimento racional para a sua própria produção. O direito moderno permite que os seus destinatários considerem as normas apenas como uma restrição de seu espaço de ação e adotem uma atitude de cálculo estratégico em relação às possíveis consequências que as violações podem acarretar ou se, pelo contrário, querem acatar suas disposições “por respeito à lei”. Com seu conceito de legalidade, Kant já havia explicitado a conexão entre esses dois momentos, sem os quais não se pode exigir das pessoas moralmente responsáveis obediência ao direito. As normas jurídicas devem ser constituídas de tal modo que possam ser sempre consideradas a partir de distintos aspectos, ou seja, como leis coercitivas ou como leis de liberdade. Deve ser possível, pelo menos, obedecer as normas do direito não porque sejam coercitivas, mas sim porque são legítimas. A validade de uma norma jurídica indica que o poder estatal garante simultaneamente a legítima produção do direito e a sua fática imposição. O Estado deve garantir ambas as coisas: por um lado, a legalidade da conduta no sentido do respeito às normas e, caso necessário, mediante sanções coercitivas; por outro lado, uma legitimidade das regras que, a qualquer momento, torne possível o acatamento de uma norma por estrito respeito à lei.

Com respeito à legitimidade de uma ordem jurídica, outra qualidade formal também se revela importante: a positividade do direito produzido. Como é possível fundamentar a legitimidade de regras que podem ser alteradas a qualquer momento por legisladores políticos? As normas constitucionais também podem ser modificadas, e inclusive as normas fundamentais que declaram a Constituição como algo inalterável compartilham com todo o direito positivo o destino de poder perder eficácia, como, por exemplo, por ocasião de uma mudança de regime político. A moral foi capaz de conter o torvelinho da temporalidade no qual o direito positivo mergulhou apenas enquanto foi possível recorrer ao direito natural fundamentado na religião ou na metafísica. O direito positivo temporal deveria estar subordinado a um direito moral – no sentido de uma hierarquia das leis –, eternamente válido e receber deste suas orientações permanentes. No entanto, essas imagens integradoras do mundo e todas as éticas coletivas vinculantes desmoronaram nas sociedades pluralistas.

A teoria política deu à questão da legitimidade uma dupla resposta: a soberania popular e os direitos humanos. O princípio da soberania popular estabelece um procedimento que, em razão de suas propriedades democráticas, fundamenta a suposição de resultados legítimos. Este princípio traduz-se nos direitos de comunicação e participação que garantem a autonomia pública dos cidadãos. Ao contrário, os direitos humanos clássicos, que asseguram aos cidadãos de uma sociedade a vida e a liberdade privada, isto é, o espaço de ação para a realização de seus próprios planos de vida, fundamentam, por si mesmos, um domínio legítimo das leis. Sob esses dois pontos de vista normativos, o direito produzido – quer dizer, um direito que é passível de modificação – deve ser legitimado como um meio para assegurar de forma harmônica a autonomia dos indivíduos, tanto no âmbito privado como em sua dimensão de cidadãos.

2) Não resta dúvida que a teoria política não foi capaz de obter um compromisso válido para a relação de tensão entre a soberania popular e os direitos humanos, entre a “liberdade dos antigos” e a “liberdade dos modernos”. O *republicanismo* que retrocede a Aristóteles e ao humanismo político do Renascimento sempre concedeu primazia à autonomia pública dos cidadãos em face das liberdades apolíticas das pessoas privadas. O *liberalismo* que remonta a Locke exorcizou (pelo menos desde o século XIX) o perigo de maiorias tirânicas postulando uma primazia dos direitos humanos frente à vontade popular. Para os primeiros, os direitos humanos devem sua legitimidade à autocompreensão ética e à autodeterminação soberana de uma comunidade política; para os segundos, os direitos humanos por si mesmos estabelecem os limites que devem impedir a soberana vontade do povo de invadir a inviolável esfera das liberdades privadas dos sujeitos. Em face destas unilateralidades complementares, é preciso insistir que a ideia dos direitos humanos – o direito fundamental, segundo Kant, às mesmas liberdades subjetivas de ação – não pode ser meramente imposta ao legislador soberano como um simples limite externo, nem pode ser instrumentalizada como um requisito funcional para a consecução de fins.³

Para expressar essa intuição adequadamente é recomendável partir da seguinte pergunta: quais são os direitos fundamentais que cidadãos livres e iguais devem outorgar-se

reciprocamente se querem regular legitimamente sua vida em comum através do direito positivo? A ideia desta práxis constituinte conecta o exercício da soberania popular com a criação de um sistema de direitos. Nesse contexto, vou partir do princípio – que aqui não posso expor de forma mais detalhada – de que podem pretender legitimidade as regulamentações com as quais todos os possíveis afetados possam concordar como participantes de um discurso racional. Nos discursos, os participantes procuram convencer-se reciprocamente de algo através de argumentos com o fim de alcançar uma opinião comum, ao passo que mediante as “negociações” os cidadãos esforçam-se para obter um compromisso entre seus diferentes interesses. (Evidentemente a equidade de tais acordos depende de um procedimento discursivamente fundado para a formação de um compromisso). Se tais discursos (e negociações) são o lugar onde se pode formar uma vontade política racional, a suposição de que conduz a resultados legítimos – suposição que proporciona um fundamento ao procedimento democrático – deve apoiar-se, em última instância, em um acordo comunicativo: as formas de comunicação necessárias para a formação de uma vontade racional – e, portanto, asseguradora da legitimidade – do legislador político devem, por sua parte, ser juridicamente institucionalizadas.

A busca de um nexos interno entre direitos humanos e soberania popular consiste, portanto, no fato de que os direitos humanos institucionalizam as condições comunicativas para a formação de uma vontade política racional. Os direitos que *tornam possível* o exercício da soberania popular não lhe podem ser impostos como restrições externas. Estas reflexões são esclarecedoras de forma *imediate* apenas no que se refere aos direitos políticos, isto é, os direitos de comunicação e participação, mas não no que se refere aos direitos privados clássicos que garantem a autonomia privada dos cidadãos. Tais direitos, que devem assegurar a qualquer cidadão uma igualdade de oportunidades na busca de seus próprios objetivos e uma completa proteção jurídica, têm, evidentemente, um valor intrínseco e não se esgotam em seu valor instrumental para a formação de uma vontade democrática.

No entanto, não devemos desconsiderar que os cidadãos já não podem eleger o meio através do qual exercem sua autonomia política. Os cidadãos participam do ato legislativo apenas como sujeitos de direitos; não podem, portanto, dispor da linguagem que querem

³ Para o que vem a seguir, ver J. Habermas, *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós, 1999. Não posso tratar aqui da amistosa crítica de I. Mauss em “Freiheitsrechte und Volkssouveranität”, in *Rechtstheorie*, 26, 1995,

utilizar. Quer dizer, o código que é o direito como tal já deve estar à sua disposição antes que os pressupostos comunicativos para uma formação discursiva da vontade possam ser institucionalizados na forma de direitos civis. No entanto, para o estabelecimento deste código que é o direito, é necessário criar o *status* de sujeitos de direitos que, como portadores de direitos subjetivos, pertencem a uma associação voluntária de membros de uma mesma comunidade jurídica e que, se for o caso, podem fazer valer efetivamente seus direitos. Não existe nenhum direito sem a autonomia privada de sujeitos de direitos. Portanto, sem os direitos privados clássicos, em particular sem o direito fundamental a uma igual liberdade de ação, não existiria tampouco nenhum meio para a institucionalização jurídica daquelas condições sob as quais os cidadãos podem participar da práxis de sua autodeterminação.

Desta forma, a autonomia privada e a autonomia pública pressupõem-se mutuamente. A conexão interna entre democracia e Estado de direito consiste em que, por um lado, os cidadãos apenas podem fazer um uso adequado de sua autonomia pública se graças a uma autonomia privada assegurada são suficientemente independentes; e, por outro lado, só podem obter um equilibrado exercício de sua autonomia privada se, como cidadãos, fazem um adequado uso de sua autonomia pública. Por isso os direitos fundamentais de liberdade e os direitos políticos são indivisíveis. A imagem de um núcleo principal e de uma área secundária induz ao erro, como se existisse um núcleo de liberdades fundamentais que pretendesse prioridade frente aos direitos de comunicação e participação.⁴ Para o tipo de legitimação ocidental, os direitos privados e os direitos cidadãos são, na origem, igualmente essenciais.

2. A autocrítica do Ocidente

Os direitos humanos têm um rosto de duas faces que está voltado tanto para o direito como para a moral. Apesar de seu conteúdo moral, têm a forma de direitos jurídicos. *Como* normas morais referem-se a todo aquele que “tenha um rosto humano”, mas *como* normas jurídicas apenas protegem as pessoas na medida em que pertençam a uma determinada comunidade jurídica, em geral os cidadãos de um Estado nacional. Desta forma, existe uma peculiar tensão entre o sentido universal dos direitos humanos e as condições locais

de sua realização: *devem* ter uma validade ilimitada para todas as pessoas; mas como se pode obtê-la? Podemos representar a extensão universal dos direitos humanos da seguinte forma: todos os Estados existentes transformam-se em Estados democráticos de direito – não apenas nominalmente –, enquanto cada indivíduo dá a si próprio o direito de escolher sua nacionalidade. Evidentemente estamos muito longe de alcançar esse objetivo. Uma alternativa poderia consistir em que cada um, como cidadão do mundo, obtivesse um direito e efetivo desfrute dos direitos humanos. Neste sentido, o artigo 28 da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas remete a uma ordem global “em que os direitos e liberdades estabelecidos nesta declaração sejam completamente realizados”. No entanto, sabemos que está longe de ser alcançado o objetivo de um direito cosmopolita efetivamente institucionalizado.

Na transição que vai de uma ordem baseada nos Estados nacionais até uma ordem cosmopolita, não se sabe exatamente o que é mais perigoso: o mundo – atualmente em declínio – dos sujeitos soberanos de direito internacional que há muito tempo perderam sua inocência ou o amálgama de instituições e conferências internacionais, das quais não cabe esperar mais do que uma incerta legitimidade, pois essas instituições continuam dependendo da boa vontade dos Estados poderosos e suas alianças.⁵ Nesta instável situação, os direitos humanos representam o único fundamento reconhecido para a legitimidade política da comunidade internacional, já que quase todos os Estados aceitaram textualmente a Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, que ainda continua aperfeiçoando-se. Apesar de tudo, tanto a validade universal como o conteúdo e as características dos direitos humanos continuam sendo discutidos. O discurso sobre os direitos humanos apoiado em argumentos normativos tem sido acompanhado por dúvidas de princípio acerca de se, depois de tudo, a forma de legitimação surgida no Ocidente pode resultar convincente para as premissas de culturas distintas. Os intelectuais ocidentais mais radicais sustentam inclusive a tese de que por trás da pretensão de validade universal para os direitos humanos oculta-se, por parte do Ocidente, uma pífida pretensão de poder.

⁴ R. Herzog (*Die Rechte des Menschen, in Die Zeit*, de 6 de setembro de 1996) faz, com razão, uma distinção entre a fundamentação e a realização dos direitos humanos.

⁵ I. Mauss, “Volkssouveränität und das Prinzip der Nichtintervention in der Friedensphilosophie Immanuel Kant”, in H. Brunkhorst, *Einmischung erwünscht?*, Frankfurt del Meno, p. 88-116.

Isto não é uma casualidade. Saber tomar distância em face das próprias tradições, ampliando estreitas perspectivas, é uma das conquistas do racionalismo ocidental. A história europeia da interpretação e realização dos direitos humanos é a história de uma *descentralização* em nossa forma de olhar. Os direitos supostamente iguais foram estendidos, pouco a pouco, para grupos oprimidos, marginalizados e excluídos. E como consequência de tenazes combates políticos, também os trabalhadores, as mulheres e os judeus, os ciganos, os homossexuais e os refugiados têm sido reconhecidos como “seres humanos” com direito a uma completa igualdade de tratamento. O importante é que por trás desses impulsos emancipatórios pode-se observar retrospectivamente qual era a função ideológica desempenhada pelos direitos humanos *até esse momento*. Pois a pretensão igualitária de validade geral dos direitos e a inclusão de todos *também* serviram para encobrir uma desigualdade *de fato* no tratamento com os tacitamente excluídos. Esta observação suscitou a suspeita de que os direitos humanos *esgotam-se* nessa função ideológica. Afinal, não serviram sempre como escudo de uma falsa universalidade, de uma imaginária humanidade, atrás da qual um Ocidente imperialista poderia ocultar sua singularidade e seu próprio interesse? Entre nós, alemães, devido à influência de Heidegger y Carl Schmitt, essa hermenêutica da suspeita tomou a forma de uma crítica da razão e uma crítica do poder.

Segundo a primeira versão, a ideia dos direitos humanos é expressão de uma específica razão ocidental enraizada no platonismo. Ela ignora as limitações impostas pelo contexto de seu desenvolvimento e a validade apenas local de seus padrões supostamente universais. Todas as tradições, imagens do mundo e culturas estabelecem os seus próprios padrões, incomensuráveis entre si, para determinar o verdadeiro e o falso. Esta crítica niveladora da razão omite, certamente, a peculiar autorreferência que caracteriza os discursos da Ilustração. O discurso dos direitos humanos também se esforça por dar atenção a todas as vozes. Por esta razão, esse mesmo discurso fornece os padrões à luz dos quais as violações contra suas próprias pretensões podem ser descobertas e corrigidas. Lutz Wingert designou esse fato como “aspecto detetivesco” do discurso dos direitos humanos:⁶ os direitos humanos que promovem a inclusão dos outros também funcionam como sensores em face das exclusões praticadas em seu nome.

⁶ L. Wingert, “Türöffener zu geschlossenen Gesellschaften”, in *Frankfurter Rundschau*, de 6 de agosto de 1995.

A variante representada pela crítica do poder procede de forma ainda mais grosseira. Também recusa qualquer pretensão de validade universal ao recorrer à superioridade genética de uma particularidade oculta. Supostamente, na linguagem normativa do direito não pode refletir-se outra coisa senão os desejos fáticos de poder de uma auto-affirmação política; assim, por trás da aspiração de uma validade universal do direito oculta-se, normalmente, a vontade que um determinado coletivo tem de se impor. No entanto, as nações mais afortunadas aprenderam, já no século XVIII, como o puro poder pode ser domesticado através do direito legítimo. “Quem diz humanidade, mente”: este conhecido fragmento da ideologia alemã delata apenas uma falta de experiência histórica.⁷

Os intelectuais não devem confundir o seu discurso sobre suas próprias perplexidades eurocêntricas com o debate que os *outros* com eles desenvolvem. Parece evidente que também no discurso intercultural nos defrontamos com argumentos que os porta-vozes de outras culturas tomaram emprestado da crítica europeia do poder e da razão, para mostrar que, apesar de tudo, a validade dos direitos humanos está intimamente ligada ao contexto europeu no qual surgiram. No entanto, os críticos do Ocidente, que obtêm sua autoconsciência a partir de suas próprias tradições, de nenhum modo recusam os direitos humanos globalmente, especialmente porque, nos dias atuais, outras culturas e religiões também estão sujeitas aos desafios de uma modernidade social que são semelhantes aos que, em sua época, foram enfrentados pela Europa, quando, de certa forma, instituiu os direitos humanos e o Estado democrático de direito.

A partir de agora, gostaria de adotar o papel apologético de um participante ocidental no discurso intercultural sobre os direitos humanos e vou partir da hipótese de que os direitos humanos se devem menos ao particular mundo cultural da civilização ocidental que ao intento de oferecer uma resposta a uma modernidade social que, entretanto, já se estendeu globalmente. As condições a partir das quais surge essa modernidade podemos valorá-las como queiramos, mas para nós elas representam um *factum* que não nos deixa qualquer opção e, portanto, não necessitam nem admitem uma justificação retrospectiva. Na disputa acerca de uma adequada interpretação dos direitos humanos não se trata de discutir o desejável da “condição moderna”, mas sim uma interpretação dos direitos humanos que faça justiça ao mundo moderno também da perspectiva de outras culturas. A controvérsia

⁷ Para uma extensa crítica da teoria do direito de Carl Schmitt, ver I. Mauss, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus*, Munich, 1980.

gira, sobretudo, em torno do individualismo e do caráter secular dos direitos humanos, que estão centrados no conceito de autonomia.

Ressalto, à título de esclarecimento, que me fundamento em uma metacrítica da descrição dos padrões de legitimação instituídos pelo Ocidente. A reconstrução, anteriormente proposta, do conjunto de causas e circunstâncias a partir do qual surgem os direitos individuais e as liberdades civis parte de uma situação na qual cidadãos livres e iguais refletem acerca de como podem regular suas vidas em comum não só através dos meios instituídos pelo direito positivo, mas também através dos meios instituídos pelo direito legítimo. Quero recordar, antecipadamente, três implicações desta proposta, que serão relevantes para a continuidade da exposição:

a) Este modelo começa com as relações horizontais dos indivíduos entre si e, apenas em um segundo momento – isto é, tendo como base alguns direitos fundamentais já existentes –, introduz as relações desses cidadãos com um aparato estatal necessário somente em termos funcionais. Deste modo, evitamos a obsessão liberal em relação à necessidade de controle do potencial de violência do Estado. Esta questão é, certamente, compreensível do ponto de vista da história europeia, mas coloca em um segundo plano o evidente problema do estabelecimento de uma comunidade política.

b) A questão inicial pressupõe, como idôneo e aproblemático, o *medium* que é o direito positivo, em relação ao qual, de certa maneira, eventualmente nos vinculamos. A criação de uma associação de sujeitos jurídicos, entendidos como portadores de direitos subjetivos, não é tratada (como é usual no direito racional) como uma decisão que necessita de fundamentação normativa. Com efeito, uma fundamentação funcional é suficiente, já que nas sociedades complexas, sejam da Ásia ou da Europa, não existe, evidentemente, um equivalente funcional do direito positivo que tenha a sua capacidade de integração. Tais normas, artificialmente criadas, ao mesmo tempo obrigatórias e garantidoras da liberdade, também deram um bom resultado na construção de uma forma abstrata de solidariedade civil entre estranhos que desejam continuar sendo estranhos uns para os outros.

c) Finalmente, o modelo da *praxis* de criação e melhoria das Constituições é entendido de forma que os direitos humanos não são considerados como fatos morais que *existiram previamente*. São, ao contrário, construções nas quais, de certo modo, está inscrito que,

diferentemente dos direitos morais, não podem manter um *status* politicamente não obrigatório. Como direitos subjetivos são, por si mesmos, de natureza jurídica e, portanto, estão destinados a ser transformados em direito positivo através das instituições legislativas.

Estas reflexões em nada modificam o caráter individualista e o fundamento secular das ordens que se fundamentam nos direitos humanos; elas, inclusive, sublinham o significado central da autonomia. No entanto, tais reflexões permitem, de outra parte, que a crítica, que desde o discurso intercultural dos direitos humanos foi exercida a ambos os aspectos, apareça através de uma diferente perspectiva.

3. O diálogo dos outros com o Ocidente: “valores asiáticos”

Desde a publicação de *Shared Values* (1991) pelo governo de Singapura e da declaração conjunta dos governos de Singapura, Malásia, Taiwan e China em Bangkok (1993), é possível observar um debate – da mesma forma como na Conferência de Viena sobre os Direitos Humanos – no qual as declarações estratégicas dos representantes governamentais e as contribuições de intelectuais da oposição ou independentes por vezes coincidem, por vezes se confrontam.

As objeções voltam-se contra o caráter individualista dos direitos humanos. A crítica, que se remete aos “valores” próprios de um confucionismo inscrito na cultura do Extremo Oriente, se desenvolve em três direções: 1) estabelece uma crítica ao princípio da primazia dos direitos sobre os deveres, 2) institui uma espécie de “hierarquia” *comunitarista* dos direitos humanos e, 3) deplora as consequências negativas que um ordenamento jurídico individualista acarreta em relação à coesão social da comunidade.

1) O núcleo do debate consiste na tese de que as antigas culturas da Ásia (como também as culturas tribais da África)⁸ concedem à comunidade a primazia sobre o indivíduo e

⁸ Observe-se a posição do cientista político nigeriano Claude Ake, “The African Context of Human Rights”, in *Africa Today*, 34, 1987, p. 5: “A ideia de direitos humanos, ou de direitos legais em geral, pressupõe uma sociedade atomizada e individualista, uma sociedade em situação de conflito endêmico. Pressupõe uma sociedade de pessoas conscientes daquilo que as diferencia das demais, tanto quanto de seus interesses particulares e ansiosas por obtê-los... Nós enfatizamos menos o indivíduo e mais a coletividade, não queremos admitir que o indivíduo tem direitos que podem ser contrários à sociedade. Nós assumimos a harmonia e não a divergência de interesses, a competição e o conflito; estamos mais dispostos a pensar em nossas obrigações para com os outros membros de nossa sociedade do que nas obrigações que eles têm conosco”.

desconhecem a nítida separação entre o direito e a ética. Tradicionalmente, a comunidade política estaria integrada em torno de deveres, e não em torno de direitos. A ética política não conhece os diretos subjetivos, mas apenas direitos que são outorgados aos indivíduos. Este *ethos* ligado à comunidade, profundamente ancorado nas respectivas tradições, que exige subordinação dos indivíduos e conhecimento de qual é o seu papel na sociedade, seria, portanto, incompatível com a compreensão individualista que o direito tem no Ocidente.⁹

Ao meu juízo, o debate toma uma direção equivocada ao fazer referência a diferenças culturais. Certamente, da forma do direito moderno se pode inferir sua função. Se os direitos subjetivos são um tipo de escudo protetor da vida privada das pessoas, eles operam em um duplo sentido: protegem tanto a meticulosa busca de um projeto ético, como um modelo vital orientado segundo as próprias preferências e liberado de considerações morais. Esta forma de direito ajusta-se às exigências funcionais das sociedades economicamente constituídas que dependem das decisões descentralizadas de numerosos atores independentes entre si. No entanto, as sociedades asiáticas também introduzem o direito positivo como um meio de controle em consequência de um intercâmbio econômico globalizado. E o fazem pelas mesmas razões funcionais que, no Ocidente de outrora, instituíram essa forma de direito frente às velhas formas corporativas de socialização. A segurança jurídica é, por exemplo, uma condição necessária para o intercâmbio comercial que exige a proteção da confidencialidade, além da necessária previsibilidade. Portanto, a opção não se situa no nível cultural, mas sim no nível econômico e social. As sociedades asiáticas não podem optar pela modernização capitalista sem fazer uso das vantagens oferecidas por um ordenamento jurídico individualista. Não se pode desejar ter uma coisa e não ter a outra. Do ponto de vista dos países asiáticos, a questão não é se os direitos humanos, como parte de um ordenamento jurídico individualista, são compatíveis com as próprias tradições culturais. Na verdade, a pergunta correta é se no curso de uma modernização econômica – em princípio por eles aceita – deve-se adequar as formas tradicionais de integração política e social aos imperativos praticamente inevitáveis desse processo ou se, pelo contrário, tais formas de integração podem ser mantidas frente aos imperativos da modernização econômica.

⁹ Yash Ghai, "Human Rights and Governance: The Asia Debate", in *Center for Asian Pacific Affairs*, novembro de 1994, pp. 1-19.

2) Na verdade, essas reservas contra o individualismo europeu revelam não um propósito normativo, mas um propósito estratégico. É possível reconhecer que os argumentos dessa intenção estratégica estão em consonância com uma justificação política do autoritarismo mais ou menos “brando” das ditaduras desenvolvimentistas daqueles países. Isto é particularmente válido para o debate acerca da hierarquia dos direitos humanos. Os governos de Singapura, Malásia, Taiwan e China procuram defender-se das acusações do Ocidente de que violam os direitos civis e políticos fundamentais, justificando a “primazia” dos direitos culturais e sociais. Desta forma se veem autorizados – pelo “direito ao desenvolvimento econômico”, aparentemente interpretado de forma coletiva – a “suspender” a realização dos direitos privados liberais e dos direitos políticos de participação enquanto o país não haja alcançado um nível de desenvolvimento que lhe permita satisfazer uniformemente as necessidades materiais fundamentais da população. Para uma população na miséria, a igualdade perante a lei e a liberdade de opinião não seriam tão relevantes como a perspectiva de melhores condições de vida.

No entanto, não é tão fácil vender argumentos funcionais como se fossem normativos. Certamente, para a *realização a longo prazo* dos direitos humanos, algumas circunstâncias são mais favoráveis que outras. Isto, porém, não justifica um modelo de desenvolvimento autoritário segundo o qual a liberdade do indivíduo se subordina ao “bem da comunidade”, interpretado e definido de forma paternalista. Na verdade, esses governos não defendem qualquer direito individual, mas apenas a tutela paternalista que lhes permita restringir direitos que no Ocidente são considerados clássicos, como o direito à vida e à integridade física, os direitos a uma completa proteção jurídica individual e à igualdade de tratamento, assim como as liberdades de crença, de associação e de opinião. Normativamente considerada, a reclamação de uma “primazia” dos direitos sociais e culturais é, em si mesma, sem sentido, já que tais direitos servem ao valor *fair* das liberdades (Rawls), isto é, para garantir os verdadeiros pressupostos de um gozo igualitário (igualdade de oportunidade) dos direitos fundamentais, sejam civis, sejam políticos.¹⁰

3) Frequentemente, esses dois argumentos aparecem associados a uma crítica sobre as supostas consequências de um ordenamento jurídico individualista que ameaçaria formas de vida organicamente desenvolvidas, tais como a família, a vizinhança e a política. Um

¹⁰ A esse respeito, ver meu debate com Günther Frankenberg em: Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen*, Francfort del Meno, 1995, pp. 382 e ss. (versão em espanhol: *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós, 1999).

ordenamento jurídico que outorga aos indivíduos direitos subjetivos que podem ser reclamados judicialmente está orientado para o conflito e, portanto, contradiz a orientação ao consenso da cultura local. Portanto, é recomendável que se faça uma distinção entre uma leitura política dessa crítica e uma outra que se dirige à análise dos princípios que a sustentam.

Do ponto de vista da análise dos princípios, por trás dessa reserva ante o individualismo, encontra-se uma justificada crítica a uma compreensão dos direitos subjetivos que finca suas raízes na tradição de Locke; compreensão esta que, nos dias atuais, foi renovada pelo neoliberalismo dominante. Este individualismo possessivo ignora que os direitos individuais – que podem ser juridicamente reclamados – só podem *derivar* de normas *anteriormente* reconhecidas de *forma intersubjetiva* por uma comunidade jurídica. É verdade que os direitos subjetivos vinculam-se às pessoas jurídicas individuais; mas o *status* de sujeito jurídico como portador de tais direitos subjetivos só se constitui no contexto de uma comunidade jurídica que fundamenta-se no recíproco reconhecimento por parte dos membros que voluntariamente associaram-se. Portanto, a compreensão dos direitos humanos deve ser desvinculada de um modelo metafísico que implica na suposição de indivíduos que, antes de qualquer processo de socialização, vêm ao mundo com direitos inatos. Esta tese “ocidental” também torna sem sentido a necessidade de uma antítese “oriental”, segundo a qual é conveniente dar preeminência às exigências da comunidade jurídica em face das exigências jurídicas dos indivíduos. A necessidade de optar entre “individualistas” e “coletivistas” fica desta maneira sem objeto, na medida em que a contraposta *unidade* dos processos de individualização e socialização é incorporada aos conceitos fundamentais do direito. Se os sujeitos de direito só podem chegar a ser indivíduos mediante a socialização, a integridade da pessoa apenas pode ser protegida quando se assegura o seu livre acesso às relações interpessoais e às tradições culturais nas quais pode manter e conservar sua própria identidade. O individualismo corretamente entendido está incompleto sem essa faísca de “comunitarismo”.

Pelo contrário, do ponto de vista político, a crítica acerca dos efeitos desintegradores do direito moderno carece de fundamento. Os processos de modernização econômica e social que ocorreram nesses países de forma tão vertiginosa quanto brutal não devem ser confundidos com as formas jurídicas através das quais se consuma o isolamento, a exploração e o abuso do poder administrativo. Em face da opressão de fato das ditaduras desenvolvimentistas, a “juridicização” da política representa, na verdade, um alento. As

dificuldades de integração presentes em todas as sociedades fortemente diferenciadas e complexas apenas serão solucionadas através dos meios do direito moderno se formos capazes de criar, com a ajuda do direito *legítimo*, essa forma abstrata de solidariedade cidadã cujo êxito ou fracasso depende diretamente do nível de efetiva realização dos direitos fundamentais.¹¹

4. O desafio do fundamentalismo

O ataque à dimensão individualista dos direitos humanos dirige-se contra um aspecto do conceito de autonomia que lhes é subjacente, a saber, as liberdades que salvaguardam os cidadãos privados de intervenções indevidas do Estado ou de terceiros. No entanto, os cidadãos só são autônomos em um sentido político quando dão a si mesmos as suas próprias leis. O modelo de assembleia constituinte revela o caminho para uma concepção construtivista dos direitos fundamentais. Kant entende a autonomia como a capacidade de vincular a própria vontade a razões normativas resultantes do uso público da razão. Esta ideia de autolegislação também inspira o procedimento de uma formação democrática da vontade mediante o qual o domínio político pode se transformar até assentá-lo sobre um fundamento cuja legitimidade seja neutra em relação a qualquer visão do mundo. Desta forma, torna-se supérflua a fundamentação religiosa ou metafísica dos direitos humanos. Neste sentido, a secularização da política é somente a contrapartida da autonomia política dos cidadãos.

A concepção europeia dos direitos humanos não só oferece aos porta-vozes de outras culturas a possibilidade de um ataque ao caráter individualista dos direitos subjetivos, mas também permite que um outro aspecto seja suscetível de crítica, ou seja, um poder político secularizado que já não encontra seu fundamento em imagens religiosas e cosmológicas do mundo. Para um islamismo, um cristianismo, ou um judaísmo entendidos de maneira fundamentalista, sua própria pretensão de verdade é absoluta no sentido de que, chegado o momento, merece ser imposta através dos meios da violência política. Esta concepção tem

¹¹ Ghai, "Human Rights and Governance: The Asia Debate", in *Center for Asian Pacific Affairs*, novembro de 1994, p. 10: "Os governos destruíram muitas comunidades em nome do desenvolvimento ou da estabilidade do Estado, e a constante negativa da maioria deles em reconhecer a existência de povos indígenas entre sua população com o direito de preservar sua cultura tradicional, sua economia e suas crenças não é senão uma demonstração de sua falta de envolvimento com a autêntica comunidade. A vitalidade da comunidade decorre do exercício dos direitos de organizar-se, reunir-se, debater e protestar, direitos que tais governos descartaram, rotulando-os de "liberais".

importantes consequências na definição daquilo que se entende por comunidade política, já que as legitimações religiosas baseadas em uma cosmovisão desse tipo são incompatíveis com a inclusão na comunidade política dos não crentes ou dos crentes de outras religiões.

No entanto, uma legitimação profana dos direitos humanos – isto é, a separação entre a política e a autoridade divina – não significa apenas um desafio perturbador para os fundamentalistas. Intelectuais hindus – como, por exemplo, Ashis Nandy – escrevem “manifestos antiseculares”.¹² Esperam menos da neutralidade do Estado do que da tolerância e da mútua fecundação das culturas religiosas islâmica e hindu (a partir de um recíproco cruzamento entre essas duas concepções religiosas). São céticos em face de uma declarada neutralidade política que terminaria por anular o significado público da religião. Estas reflexões confundem questões *normativas* – como, por exemplo, como se pode encontrar um fundamento comum para uma justa convivência política – e questões de tipo *empírico*. A diferenciação de esferas religiosas separadas do Estado faz com que a influência das crenças religiosas privatizadas seja efetivamente mais débil; entretanto, o princípio de tolerância por si mesmo não se dirige contra a autenticidade e a pretensão de verdade dos compromissos e das formas de vida religiosas; apenas pretende tornar possível uma justa coexistência desses compromissos na mesma comunidade política.

O núcleo da controvérsia não pode ser descrito como uma amarga disputa acerca da relevância da religião entre as diferentes culturas. A concepção dos direitos humanos foi a resposta dada para um problema que, atualmente, é enfrentado por outras culturas, de forma semelhante ao que ocorreu na Europa, quando teve que superar as consequências políticas da divisão provocada pelas guerras religiosas. O mesmo conflito de culturas tem hoje lugar no âmbito de uma sociedade mundial em que os atores coletivos, apesar de diferentes tradições culturais, devem, queiram ou não, estabelecer um acordo acerca das normas de sua convivência comum. Uma blindagem autoritária em face das influências externas já não é, na atual situação mundial, uma opção. Ademais, o pluralismo das concepções de mundo também irrompe no interior de sociedades caracterizadas por fortes tradições.

¹² Partha Chatterjee, “Secularism and Toleration”, in *Economic and Political Weekly*, 9 de julho de 1994, p. 1768-1776; Rajeev Bhargava “Giving Secularism its Due”, in *Economic and Political Weekly*, 9 de julho de 1994, p. 1791-1984.

Mesmo em sociedades fortemente homogêneas do ponto de vista cultural, tem sido cada vez mais inevitável uma transformação reflexiva das tradições dogmáticas dominantes que se apresentam com pretensão de exclusividade.¹³ A consciência de que as próprias “verdades” religiosas precisam estar em consonância com o saber profano reconhecido publicamente como tal e que devem ser defendidas contra outras pretensões de verdade religiosas dentro do mesmo universo de discurso desenvolve-se em primeiro lugar nas camadas intelectuais da população. Como ocorreu com o cristianismo desde as guerras religiosas, as imagens tradicionais do mundo vão se transformando sob a pressão reflexiva das condições da vida moderna em *reasonable comprehensive doctrines*. Assim Rawls designa uma autocompreensão ética do mundo, que se tornou reflexivo e que admite a resolução razoável de problemas de acordo com outras crenças religiosas, com as quais, contudo, é possível um entendimento acerca das regras que permitem a sua coexistência com esses mesmos direitos.¹⁴

Ressalto, finalmente, que minhas reflexões procuraram apresentar o tipo de legitimação que ocorre no Ocidente como uma resposta aos desafios gerais com os quais já não se confronta apenas a civilização ocidental. Isto não significa, naturalmente, que a resposta encontrada pelo Ocidente seja a única ou a melhor. Neste sentido, o debate atual acerca dos direitos humanos nos oferece a possibilidade de esclarecermos pontos ainda obscuros. A mesma reflexão hermenêutica acerca do ponto de partida de um discurso sobre os direitos humanos entre participantes com distintas origens culturais revela os conteúdos normativos que estão presentes nos pressupostos tácitos de qualquer discurso orientado para o entendimento. Independentemente das culturas particulares, todos os participantes de um discurso bem sabem, de forma intuitiva, que não pode haver consenso baseado no convencimento enquanto não existam relações simétricas entre os participantes da comunicação, isto é, relações de reconhecimento mútuo, de admissão da perspectiva do outro, de uma comum disposição de também considerar as próprias tradições com os olhos de um estranho, de uma disposição de *aprender* uns com os outros, etc. A partir desta base é possível criticar não apenas as leituras seletivas, as interpretações tendenciosas ou as torpes aplicações dos direitos humanos, mas também as suas desavergonhadas instrumentalizações que visam mascarar como universal interesses que são particulares,

¹³ H. Hoibraaten, “Secular Society”, em: T. Lindholm e K. Vogt (orgs.), *Islamic Law Reform and Human Rights*, Oslo, 1993, p. 231-257.

¹⁴ J. Rawls, *Political Liberalism*, New York, 1993.

de forma que induzam à falsa suposição de que o sentido dos direitos humanos esgota-se em seu abuso.

Como citar: HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação baseada nos direitos humanos. Trad. Maria Celina Bodin de Moraes e Gisele Cittadino. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 1, jan.-mar./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/sobre-legitimacao/>>. Data de acesso.