

**“FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPEDES SOARES DA ROCHA”  
CENTRO UNIVERSITÁRIO “EURÍPEDES DE MARÍLIA” – UNIVEM  
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

**CLÁUDIO THIAGO VIEIRA MATTA**

**DIREITOS HUMANOS E PRINCÍPIO DA SOBERANIA: UMA CRÍTICA  
HABERMASIANA**

**MARÍLIA**

**2007**

**CLÁUDIO THIAGO VIEIRA MATTA**

**DIREITOS HUMANOS E PRINCÍPIO DA SOBERANIA: UMA CRÍTICA  
HABERMASIANA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Centro Universitário Eurípides de Marília, mantido pela Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, para obtenção do título de Mestre em Direito. (Área de Concentração: Construção do saber jurídico )

Orientador: Prof. Dr. Fabiano Dolenc

**Marília**

**2007**

**CLÁUDIO THIAGO VIEIRA MATTA****DIREITOS HUMANOS E PRINCÍPIO DA SOBERANIA: UMA CRÍTICA  
HABERMASIANA**

Banca Examinadora da Dissertação apresentada ao Programa de  
Mestrado da UNIVEM./F.E.E.S.R, para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de  
Concentração:

Resultado: \_\_\_\_\_

ORIENTADOR: Prof. Dr.: \_\_\_\_\_

1º EXAMINADOR: \_\_\_\_\_

2º EXAMINADOR: \_\_\_\_\_

Marília, de Maio de 2007.

## DEDICATÓRIA

A Deus e aos meus pais  
Pela existência.

A minha irmã e aos parentes  
Que de uma forma ou de outra contribuíram  
para este trabalho.

Ao meu orientador  
Pela liberdade e paciência.

A Camila  
Em especial a você, que sempre me deu força e  
incentivo.

MATTA, Cláudio Thiago Vieira. **Direitos humanos e soberania popular**. 2007. f.???.  
Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2007.

## RESUMO

A partir da constatação que as teorias do direito moderno não conseguiram harmonizar autonomia pública e autonomia privada no âmbito da dogmática jurídica, **é traçado** a partir da *Declaração de Direitos de 1789*, as heranças filosóficas da gênese do direito subjetivo que possui o ser humano enquanto valor fonte do Direito. Após esta construção, esta idéia vai se dissipando até a ruptura deste paradigma com a ascensão dos Estados totalitários no qual o nacional-socialismo é o maior expoente. Assim, tem-se a apresentação do paradigma do agir comunicativo de Habermas e da filosofia moral de Rawls que tentam harmonizar autonomia privada e pública no âmbito da dogmática jurídica moderna.

**Palavras-chaves:** Autonomia privada e pública, soberania popular, paradigmas filosóficos.

MATTA, Cláudio Thiago Vieira. **Direitos humanos e soberania popular**. 2007. f.???  
Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2007.

### ABSTRACT

From established theories of the modern right could not harmonize public and private autonomies within the scope of juridical dogma - traits from the Rights Declaration of 1789 - the philosophic inheritances of subjective right genesis which human beings own as Legal value source. After this construction, this idea dissipates itself up until breaking this paradigm with the ascension of the totalitarian State in which the National Socialism is the biggest exponent. Hence, the emerging paradigm of the communicative acting of Habermas and of the Rawls moral philosophy that tries to harmonize private and public autonomies within the scope of the modern juridical dogma.

**Keywords:** public and private autonomies, paradigm philosophy, sovereignty popular

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	16
CAPÍTULO 1 – A TENSÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E SOBERANIA POPULAR	19
1.1 Considerações Iniciais.....	19
1.2 Da autonomia privada e pública no direito moderno .....	25
1.3 Influências filosóficas de Kant e Hobbes .....	26
1.4 Kant e seu sistema ético-filosófico.....	30
1.5 A Fundamentação ético-moral .....	32
1.6 Kant e alguns aspectos de sua teoria do direito.....	36
1.7 Tensão entre os direitos humanos e soberania popular .....	42
1.8 Hegel e sua crítica aos contratualistas .....	45
CAPÍTULO 2 – A RUPTURA DO PARADGIMA.....	50
2.1 Contexto Histórico.....	50
2.2 A quebra de paradigma.....	53
2.3 A Lógica do Razoável .....	58
2.4. O Combate ao Liberalismo no Nacional-Socialismo .....	59
2.5 Indivíduo e Estado no Nacional-Socialismo .....	64
2.6 O caso Eichmann.....	66
CAPÍTULO 3 – PARADIGMAS FILOSÓFICOS.....	73
3.1. Paradigma do Agir Comunicativo.....	73
3.3 Relações e diferenças entre direito e moral.....	82
3.4 A Importância entre código do direito e código do poder.....	85
3.5 Da relação interna entre direito e política.....	89
3.6 Poder comunicativo e formação legítima do direito.....	91
CAPÍTULO 4 – A FILOSOFIA MORAL DE RAWLS .....	94
4.1 A Teoria da Justiça como alternativa ao Utilitarismo .....	94
4.2 Rawls e suas idéias fundamentais.....	96
4.3 Os direitos humanos no direito dos povos de Jonh Rawls .....	105
4.4 A guerra justa e o Direito a Guerra .....	111
CAPÍTULO 5 – CRÍTICA AO FORMALISMO NEOCONTRATUALISTA DE J. RAWLS .....	115
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	129
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	148

## INTRODUÇÃO

Este trabalho procura repensar a relação entre direito humanos e soberania popular no direito político moderno. Esta relação tem sua base na noção daquilo que é público, termo este não desconhecido dos gregos, romanos ou do pensamento medieval, mas é a partir da Revolução Francesa que o termo “público” recebe uma conotação inteiramente nova, vinculando a idéia daquilo que é público à aquilo que pertence ao povo como corpo ou comunidade política. Disto advém a noção de “domínio público” e “espaço público”. Por um lado, a noção de “domínio público” designa aquilo que não é suscetível de apropriação privada, já o termo “espaço público” possui uma conotação mais volátil.

Uma conotação clássica compreende o “espaço público” como um lugar em que o Poder se organiza e se exerce sob uma forma jurídica. Por consequência, o “espaço público” é reconhecido a partir de um critério normativo-jurídico que permite a coexistência entre a ordem pública e a liberdade dos cidadãos. Obviamente que para haver o Poder é necessário haver uma ordem social regulada pelo Direito.

Diante disso, o trabalho apresentado trata destas e outras questões, mas sem se aprofundar nas questões metafísicas como nas origens ou fontes do poder e da liberdade. O objetivo é compreender as influências de alguns pensadores no direito moderno e repensar a relação entre soberania popular e direitos humanos. Esta relação também implica na concorrência entre direitos humanos e soberania do povo, ou seja, na relação entre autonomia privada e pública que ainda é problemática no âmbito da dogmática jurídica moderna. Para tanto, no primeiro capítulo, após algumas considerações iniciais que procuram situar o leitor no problema a ser tratado, delimitando os procedimentos metodológicos e objetivos, é traçada a tensão entre direitos humanos e soberania popular a partir da Declaração de Direitos de 1789, que tinha o ser humano enquanto valor fonte do Direito e possuía fortes influências filosóficas de Hobbes, Rousseau e Kant.

A apresentação destas heranças filosóficas segue, em um primeiro momento, a crítica estabelecida por Habermas de que estes autores não teriam esclarecido corretamente onde o direito retiraria sua legitimidade e de que não teriam articulado de forma harmônica autonomia privada e pública. Além disso, busca compreender em que medida ela é pertinente ou não.

No segundo capítulo discute-se como a idéia do ser humano enquanto valor fonte do Direito foi se dissipando no início do século XX. Isto se evidencia após verificação dos movimentos de refugiados e apátridas do início do século passado e de sua fragilidade diante



da ausência de um poder que garantisse os direitos subjetivos, que eram tidos como universais, inalienáveis e irreduzíveis. Esta apresentação segue a rica abordagem feita por Arendt em *As origens do totalitarismo*, na qual se demonstra a inexatidão do conceito de direitos humanos e suas conseqüências.

Ainda neste capítulo, seguindo os passos de Celso Lafer, são expostos alguns paradigmas que fundamentaram a reflexão jurídica desde o advento do Direito Natural até a filosofia do direito, tendo como objetivo evidenciar a quebra de paradigmas ocorrida na modernidade após o advento dos Estados totalitários, principalmente o nacional-socialismo. Por isso, são citadas algumas políticas adotadas pelo nacional-socialismo e como, por um lado, denotaram a ruptura com os padrões até então vigentes e, por outro, demonstraram ser um desdobramento das idéias iniciadas com o liberalismo. Neste ponto, procura-se estabelecer um diálogo complementar entre Arendt e Marcuse sobre a interpretação deste obscuro período.

No final deste capítulo, com base no livro *Eichmann em Jerusalém*, é demonstrado como o julgamento de Eichmann evidencia a quebra de paradigmas ao não estabelecer padrões para uma condenação a um crime sem precedentes na história da humanidade e de como foi frágil o conteúdo dos argumentos que fundamentaram sua condenação.

Após demonstrar a ruptura de paradigmas, no terceiro capítulo é apresentada a primeira alternativa de paradigma com o Agir comunicativo desenvolvido por Habermas. Este autor, a partir da constatação da tensão entre autonomia pública e privada, busca reinterpretar as relações e diferenças entre direito e moral, estabelecendo as distinções entre estas duas esferas. Depois é apresentada a importância entre código do direito e código do poder e a relação interna entre direito e política que busca a constituição co-originária e a interligação conceitual entre o direito e poder político. Por fim, é exposto como o poder comunicativo pode auxiliar na formação legítima do direito, traçando as distinções entre o princípio do discurso e as questões pragmáticas. Percebe-se com esta síntese que, apesar de apresentar o paradigma do Agir comunicativo, enfatiza-se como harmonizar a tensão entre autonomia privada e pública e, conseqüentemente, como produzir um direito legítimo.

No quarto capítulo é apresentado o segundo modelo de paradigma, que é o da Filosofia moral de Rawls. Esta apresentação se faz em capítulo próprio devido à diferente forma de abordagem e construção teórica, ainda que sob forte influência da filosofia de Hobbes, Rousseau e Kant. Inicia-se com a exposição das principais idéias que fundamentam a Teoria da Justiça de Rawls, para depois evidenciar o papel dos direitos humanos no direito dos povos. Neste estudo, Rawls sob forte influência kantiana, procura fundamentar algumas

idéias com relação à proteção dos direitos humanos no âmbito internacional, por isso é tratado também do conceito de guerra justa e do Direito à Guerra.

Por fim, no quinto e último capítulo, é estabelecida uma crítica ao formalismo neocontratualista de Rawls, a partir das críticas mais comuns, como uma teoria que busca fundamentar a ordem americana a críticas mais ricas e interessantes como a de Habermas. Após evidenciar as fragilidades teóricas e as conseqüências questionáveis da Teoria da Justiça, é apresentado como Habermas busca fundamentar a proteção dos direitos humanos no âmbito internacional. Para tanto, Habermas estabelece um diálogo com Carl Schmitt, no qual procura refutar a fundamentação teórica que este autor faz em relação a conceitos como a soberania interna e externa do Estado, bem como a interpretação das relações internacionais entre os Estados e seus “súditos”.

Esta construção teórica também é fortemente influenciada pela idéia de *Paz perpétua* de Kant. Contudo Habermas procura repensar certos conceitos à realidade, buscando uma melhor proteção às relações internacionais e aos direitos humanos, não só criticando as relações internacionais como também questionando a estrutura da ONU, buscando, assim, uma efetiva proteção dos direitos humanos no âmbito internacional.

Com isto busca-se demonstrar em que medida se deu o surgimento e ruptura da autonomia pública e privada no âmbito da dogmática jurídica iniciada após a Declaração de 1789. Contudo, a ênfase dada a este período são dos pensadores que não só influenciaram este período, como também as posteriores que se deixaram influenciar por eles. Estas influências, sem dúvida, referem-se aos filósofos como Hobbes, Rousseau e Kant, sendo que após a apresentação da ruptura, são tratados possíveis paradigmas que resolveriam a tensão entre autonomia pública e privada. Por isso, o traço que une os diversos autores neste trabalho é que, de uma forma ou de outra, eles se deixaram influenciar por este período e por estes filósofos, no qual a filosofia kantiana é a mais evidente.

## CAPITULO 1 – A TENSÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E SOBERANIA POPULAR

### 1.1 Considerações Iniciais

A relação entre direitos humanos e soberania popular no direito político moderno pode ser tratada por várias perspectivas: filosóficas, históricas, jurídicas, dentre outras. Estas perspectivas podem-se interligar umas às outras, assim como também podem ser assumidas separadamente. Este trabalho tem como perspectiva a *história da filosofia*, mas reconhecendo desde já que para se pensar nas possíveis soluções para este tema, bem como para outras questões essenciais da justiça, do direito e de sua legitimidade, é necessário haver um intercâmbio com outras disciplinas como: a economia, sociologia, ciências jurídicas e outras.

Em relação ao sentido histórico<sup>1</sup>, é necessário frisar que foi seguida a linha herdada de Kant, à qual como bem observa Bobbio (1992, p. 132), é a *história profética* que procura descobrir a tendência do desenvolvimento da história humana, se está regredindo, estacionada ou em progresso. Este tipo de abordagem histórica também pode ser chamada de história dos filósofos, diferentemente da história empírica que é a dos historiadores ou segundo Höffe:

Kant defende a interconexão com a crítica transcendental da razão e pergunta sob que condições dependentes da experiência o curso da História aparece como racional e dotado de sentido. A filosofia prática levanta a questão de sentido, que não pode ser respondida pelas ciências históricas empíricas, (HÖFFE, 2005, p. 271).

O objetivo de seguir este tipo de abordagem é devido ao fato de ser o mais apropriado para encontrar um indício ou tendência em relação ao presente tema. Atualmente é muito questionável supor que a história humana esteja inevitavelmente progredindo como nas ciências tecnológicas, ainda mais depois da experiência totalitária iniciada pelo nacional-socialismo e espalhada por diversos países no qual o ser humano passou a ser descartável. Por isso, foi optado por este tipo de abordagem, que fornece ferramentas mais flexíveis para se pensar sobre as ambigüidades dos movimentos *histórico-filosóficos* dos direitos humanos,

---

<sup>1</sup> Bobbio reconhece que a História possui uma ambigüidade para quem a investiga; cita as duas correntes que dominaram o século XIX, por um lado, a interpretação hegeliana e em certa medida marxista que era a visão da história como passagem para o reino da liberdade, e, por outro, a visão niilista iniciada com o pensamento russo e impulsionada no pensamento de nietzschiana.

bem como da própria incompatibilidade das idéias que influenciaram a relação dos direitos humanos e do poder estatal<sup>2</sup>.

Repensar esta relação implica não perder de vista alguns pensadores que influenciaram o direito político moderno. É claro que o termo moderno traz alguns problemas: para os historiadores: a primeira década do século XVII significa o início dos tempos modernos, contudo os filósofos não são tão precisos. Destarte, alguns sinais indicam uma progressão histórico-filosófica, cujo percurso indica alguns indícios de ruptura com um pensamento anterior. Neste sentido, pode-se apontar a filosofia de Santo Tomás e, principalmente, de Marsílio de Pádua (1275-1343) e de Guilherme de Occam (1290-1349), por um prisma do pensamento jurídico-político, que é o que interessa neste trabalho; os séculos XIV e XV que corresponderam a Guerra dos Cem Anos (1337-1453) foram pouco produtivos na elaboração de novas teorias. Contudo, a partir do século XVI novas teorias passaram a emergir, mas ainda não suficientemente para o desabrochar de uma teoria “moderna” do direito político. Um primeiro nascimento se dá no século XVI com o pensamento de Maquiavel e Bodin e finalmente no século XVII com o pensamento de Hobbes.

Apesar dos pontos inovadores da teoria hobbesiana a modernidade jurídica-política não encontra sua realização: Hobbes pensa o “deus mortal” que a República é sob o “Deus imortal”. Seu direito político se baseia em “leis naturais” “encontradas” pela razão e na normatividade da obrigação que elas envolvem em conformidade com a vontade divina. (FABRE, 2002, p.33). Em seu pensamento ainda resiste alguns elementos da tradição.

Diante disso, em meados do século XVII o triunfo da modernidade ainda não estava garantido, as novas teorias ainda tropeçavam em fortes resistências e influências do direito divino. A essência da modernidade só pertencerá de maneira decisiva à problemática do direito político no final do século XVII, quando a filosofia do Iluminismo, desteologizada, busca a idéia de Poder e a exigência organizacional do espaço público *a parte hominis* somente na capacidade arquitetônicas da razão.

É por isso que as influências de Hobbes, Rousseau e Kant são enfatizadas já que são precursores e fundadores do pensamento moderno e tem-se a Revolução Francesa como evento singular que, influenciado por estes pensadores, rompeu com uma ordem anterior no qual o marco principal é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

---

<sup>2</sup> Importante esclarecer desde já que a história profética pode apenas pressagiar o que poderá ocorrer, não prevê-lo; isto é tarefa da história hipotética.

Kant acreditava no progresso do gênero humano e viu na Revolução Francesa um sinal desta tendência, mesmo sabendo das guerras que tiveram naquele tempo. Bobbio (1992, p.135) chama a atenção sobre a teoria kantiana na qual há uma disposição moral que se manifesta na afirmação do direito, um direito natural do povo que estabelece uma Constituição civil que crê ser boa.

Nesta medida, o texto *idéia de uma história universal do ponto de vista cosmopolita e Para a paz perpétua*, será muito pertinente ao desenvolvimento deste estudo, ainda que tenha sido ridicularizado por Hegel e outros filósofos. No início do século XX este texto foi re-valorizado e ainda hoje o tema da tendência da história humana rumo a uma ordem jurídica mundial é atual<sup>3</sup>.

Kant estabelece não apenas a relação entre Estados e entre Estado e indivíduos, mas também a de Estados e cidadãos de outros Estados. E disto resulta o dever de hospitalidade e o direito de visita que cabe a todos os homens. Por outro lado, destes dois direitos derivam dois deveres do Estado, primeiro o dever do Estado permitir ao cidadão estrangeiro o ingresso no seu próprio território e segundo o dever do hóspede de não se aproveitar da hospitalidade para transformar a visita em conquista. Assim, Kant prefigura o direito do homem de ser o cidadão do mundo e não só de seu Estado.

Em certa medida a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, estabeleceu os parâmetros para que os indivíduos passassem a serem sujeitos de direito internacional. Bobbio (1992) chega até questionar se isto não significaria um direito cosmopolita nas linhas de Kant. Bobbio chega a afirmar que o problema primordial em relação aos direitos humanos não é o de fundamentá-los, mas sim protegê-los (BOBBIO, 1992, p. 24).

Apesar de se respeitar este posicionamento, ele se mostra incoerente com o próprio pano de fundo utilizado pelo autor. Ora, na medida em que não cabe mais fundamentar os direitos humanos, todas as incoerências e ambigüidades são “atropeladas” pelo autor e passam rapidamente a serem desconsideradas, neste sentido, desde já coloca-se contra este posicionamento.

As ambigüidades históricas deixam no “meio fio” da questão para em que direção à história humana caminha; contudo, a metáfora de que muitos historiadores olham para as árvores e se esquecem de olhar a floresta é mais pertinente. Atualmente, é fato que nunca

---

<sup>3</sup> Kant reconhecia que a mola do progresso histórico não era a calma, mas o conflito; porém defendia a idéia de que haveria um limite para os antagonismos que se apresentavam destrutivos, defendendo a idéia de uma autodisciplina do conflito até a constituição do ordenamento civil universal.

existiram tantos direitos humanos na história da humanidade, mas também não podemos deixar de afirmar que eles nunca foram tão violados. Entretanto, as estruturas políticas, institucionais e tecnológicas que permitem esta lesão, são as mesmas que oferecem os aparatos para protegê-los.

Apesar deste olhar histórico, não haverá aprofundamento nos eventos históricos que marcaram os direitos humanos<sup>4</sup>, pois o objetivo aqui é estabelecer um diálogo de alguns pensadores contemporâneos como: Rawls, Bobbio, Habermas, Höffe e Arendt sobre um ponto comum em suas investigações que são os direitos humanos e o poder estatal e, especialmente, como estes autores “carregam” as heranças filosóficas de pensadores como Hobbes, Rousseau e Kant<sup>5</sup>.

Diante disso, é importante dar início a partir da Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789<sup>6</sup>, já que é a partir dela que o homem passa a ser considerado como valor fonte do direito. É claro que pode-se também objetivar que a Declaração francesa de 1789 foi precedida na Inglaterra pela *Petition of Rights* de 1628, pelo *Act do hábeas corpus* de 1679 e pela *Bill of Rights* de 1776 ou pela Declaração de Direito de Virginia (1776), contudo é interessante observar que estas Declarações possuíam um ponto comum, que é idéia multivoca dos direitos do homem, na qual temas cuja conjunção provoca uma inevitável indecisão conceitual. É neste sentido que optou-se por partir da idéia dos direitos do homem como pertencendo a um horizonte específico da modernidade ocidental, embora isto não seja suficiente para entender o seu conceito.

É ainda válido ressaltar que a idéia dos direitos do homem possui um antropocentrismo totalmente ambivalente. Apesar do homem sob a influência do racionalismo dos séculos XVII e XVIII ter atingido sua “maioridade” como afirmava Kant, simultaneamente não rompeu com as teorias jusnaturalistas cujas tonalidades diferem da Declaração francesa de 1789. Fabre (2002, p. 331) ressalta que o princípio do individualismo presente neste período é confuso devido ao ecletismo das teorias que o sustenta: o racionalismo de Hobbes, o anaturalismo ético de Locke, dentre outros. A autora coloca em cheque a idéia de que o individualismo seja a chave dos “direitos subjetivos”<sup>7</sup>. Neste sentido,

---

<sup>4</sup> Obviamente, que sempre iremos nos referir a eles na medida em que os direitos humanos vão se transformando, como na revolução mexicana (1910) e na *Declaração de 1948*.

<sup>5</sup> Apesar da importância dos pensadores clássicos, aqui não há o objetivo de estudá-los profundamente, mas sim como os autores mencionados interpretam os autores clássicos, procurando, obviamente, mostrar as diferenças entre os posicionamentos dos diferentes autores.

<sup>6</sup> Apesar deste ser o ponto de partida do trabalho, isto se deve a um recorte metodológico e também que não é o objetivo elaborar uma crítica pormenorizada dos artigos da *Declaração de 1789*.

<sup>7</sup> Fabre salienta que, *stricto sensu*, há um erro histórico, pois o termo “direitos subjetivos” enquanto designador da capacidade de ação reconhecida ao súdito, só aparece no século XIX nas obras de Savigny e de Winbdscheid;

Fabre não defende que a Declaração francesa e, em menor grau a americana, possua em sua fonte uma tonalidade ético-naturalista, mas um legiscentrismo muito forte, ou seja, os direitos do homem do século XVIII resulta de uma mistura de componentes heterogêneos, que somado com a ambição universalista do racionalismo herdado do Iluminismo acaba por aumentar sua imprecisão.

Esta mistura é percebida quando se verifica o “motor” das *Declarações* norte-americana e francesa. Ambas reconheceram os direitos do homem, entretanto, o sentido histórico e os objetivos políticos foram diferentes. Enquanto os Estados Unidos tinham uma postura mais liberal, assim como a Inglaterra, defendiam idéias que se aproximavam mais do pensamento de Locke e Hume, priorizando os direitos naturais e os interesses individuais. Por outro lado, a França que igualmente aspirava à liberdade, estava ligada por sua história e doutrinas à idéia da lei, considerava, como Rousseau, que caberia ao Estado forçar o cidadão a ser livre. Neste sentido, os franceses estavam muito mais preocupados com o direito político e com a legislação do que com a ética.

Com base nestas heranças filosóficas Habermas constata que a idéia dos direitos humanos e do princípio de soberania não se subordina facilmente à autodeterminação e auto-realização do indivíduo, estabelecendo uma sutil mas interessante crítica às tradições políticas dos Estados Unidos caracterizadas como “liberais” ou “republicanas” que interpretam os direitos humanos como auto-realização moral e a soberania do povo como uma auto-realização ética. Assim, os direitos humanos e a soberania do povo apareceriam como concorrentes e não como elementos complementares, isto porque a tradição constitucional americana é caracterizada por uma tensão entre o domínio impessoal das leis que são fundadas nos direitos humanos naturais e na auto-organização espontânea da comunidade que outorga as leis por intermédio da vontade soberana do povo. Diante disso, a tensão entre direitos humanos e soberania do povo pode ser desfeita em qualquer uma das duas direções: os liberais evocam o perigo de “uma tirania da maioria” defendendo os direitos humanos como primado dos direitos, ancorado num estado natural fictício<sup>8</sup>, prevalecendo aqui o aspecto moral-cognitivo deles. Por outro lado, os republicanos dão destaque à auto-organização dos cidadãos, sendo que os direitos humanos só terão legitimidade quando

---

desta forma, somente é aceitável esta idéia de direitos subjetivos enquanto *lato senso*, o que resulta em uma definição vaga.

<sup>8</sup> Singela crítica ao pensamento de Rawls.

assumidos conscientemente por uma comunidade, preponderando o aspecto ético-voluntário deles<sup>9</sup>. E é claro que esta tensão poderá ser desfeita em qualquer um dos lados.

No livro *Direito e Democracia*, Habermas (2003, v. I, p.113) parte da constatação que as Teorias políticas e do direito se fecham em dois campos opostos: de um lado são fundamentadas por princípios normativistas que correm o risco de perder o contato com a realidade social; por outro, fundamentam-se em princípios objetivos incapazes de focalizar normas. Esta constatação se inicia com a gênese do conceito de direito subjetivo que desempenha um papel central na moderna concepção do direito.

O autor não questiona como faz Fabre, que os direitos subjetivos não se iniciam com a *Declaração de 1789*, segundo Habermas (2003) o direito subjetivo inicia-se como liberdade de ação subjetiva, Art. 4 declaração dos Direitos do homem e cidadão de 1789: “A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica a um outro”. Nesta linha, Kant desenvolve o imperativo categórico que também está presente no primeiro princípio da justiça de Rawls<sup>10</sup>. Contudo, no decorrer histórico é o conceito da lei que acaba por fundamentar a igualdade de tratamento contida no direito, regulamentada por uma lei geral, formal e abstrata. Com esta medida o direito moderno se adequou à integração social de sociedades econômicas que dependem de decisões descentralizadas dos sujeitos. Isto porque retirou dos indivíduos o fardo das normas morais e os transferiu para as leis, que garantem a incompatibilidade de ação; estas obtêm sua legitimidade mediante o processo legislativo que se apóia no *princípio da soberania do povo* e é nisto que reside o paradoxo do surgimento da legitimidade a partir da legalidade. Paradoxo porque, de um lado, possuem as mesmas estruturas de todos os direitos que dão liberdade de arbítrio; direitos políticos que são também interpretados como liberdades de ação subjetivas, os quais fazem parte do comportamento legal de um dever, liberando o comportamento conforme as regras estabelecidas. De outro lado, o processo legislativo democrático precisa confrontar seus participantes com as expectativas normativas das orientações do bem da comunidade porque a sua força legitimadora vem desse entendimento mútuo. É esta relação não esclarecida entre direitos subjetivos e direitos públicos no âmbito da dogmática jurídica e a concorrência entre direitos humanos e soberania do povo, ou seja, autonomia privada e pública que ainda não foi superada.

---

<sup>9</sup> Habermas, 2003, v. I, p. 134-138 e v. II, p. 20-21.

<sup>10</sup> “Todos devem ter o mesmo direito ao sistema mais abrangente possível de iguais liberdades fundamentais”. (Rawls, 2002, p. 64)



Este obscurecimento se deve em grande medida a uma herança do direito natural que se subordina o direito positivo. Segundo Habermas, o *princípio da democracia* não pode ser subordinado a um *princípio moral*, como é na Filosofia de Kant

## 1.2 Da autonomia privada e pública no direito moderno

Dentro da dogmática do direito civil alemão de forte influência idealista, um dos principais teóricos foi Savigny<sup>11</sup>, para o qual: “o direito subjetivo é legítimo porque parte da aplicação livre da vontade do indivíduo garantindo uma região de dominação independente” (apud: Habermas, 2003, v. I, p.122). O direito seria entendido como um reconhecimento da liberdade que advém aos seres humanos como sujeitos que detêm o poder de vontade. Estes direitos teriam, portanto, um papel negativo, pois protegeriam espaços da ação individual. Esta visão se consolidou no século XIX na qual a autonomia do sujeito estava apoiada na autonomia moral (moral kantiana). Depois que este laço foi rompido o direito passou a afirmar-se segundo uma *interpretação positivista*, na qual determinadas situações e decisões se revestiam de obrigatoriedade fática.

Segundo Habermas (2003, v. I, p.117), Ihering defende que o proveito e a vontade seriam o que constituiriam a substância do direito, o direito subjetivo seria o poder jurídico conferido através do ordenamento jurídico com referência ao gozo e ao interesse. Esta interpretação estendeu o direito subjetivo ao direito em geral. Por outro lado, Kelsen entende o direito subjetivo com um interesse protegido, obrigatoriamente e juridicamente, como liberdade e arbítrio assegurado objetiva e juridicamente. Destarte, Habermas (2003, v. I, p. 118, 122) entende que Kelsen “desengata” o direito da moral da pessoa, inclusive da pessoa natural, porque imagina um sistema autônomo. A dogmática do direito passa a ter uma interpretação funcionalista dos direitos subjetivos e esta doutrina passa a ser o domínio de um funcionalismo do sistema que se livra de todas as decisões metódicas. Esta idéia, após a segunda grande guerra, foi defendida pelo liberalismo ortodoxo, isto porque servia de moldura ao capitalismo.

Já Raiser (apud Habermas, 2003, v. I, p.120) tenta reinterpretar este caráter funcionalista do direito subjetivo, recolocando a moral. Para ele, os direitos primários não garantiriam às pessoas a proteção jurídica quando estão inseridas em uma ordem maior supra-individual. O direito privado passa por uma mudança de paradigma do direito formal burguês

---

<sup>11</sup> Savigny que é visto como o maior expoente da escola histórica do direito, entende o direito como um produto da história e não como uma idéia da razão.

para o direito do Estado social, mas isto não significa uma revisão dos princípios e conceitos, pois estes são apenas interpretados diferentemente. Desse modo, o direito subjetivo se apoiaria no reconhecimento recíproco de sujeitos de direitos que se cooperam, não são assim indivíduos atomizados e alienados, os sujeitos reconhecem seus direitos e deveres como membros livres e iguais dos quais se podem reclamar juridicamente. Por isso, o direito subjetivo e o direito objetivo seriam co-originais. Diante disso é que o direito subjetivo começa quando os direitos morais subjetivos se tornam independentes, pretendendo uma maior legitimação que a do processo de legislação política. Por conseguinte, o sentido garantidor da liberdade deveria outorgar aos direitos subjetivos uma autoridade moral independente da legalização democrática a qual pode ser fundamentada na própria teoria do direito. Este movimento culmina na subordinação abstrata dos direitos subjetivos sob o direito objetivo, sendo que a legitimidade deles se esgota na legalidade de uma dominação política, interpretada em termos de um positivismo jurídico.

Assim, aparece o verdadeiro problema ligado aos direitos subjetivos privados, pois segundo alguns teóricos como Habermas, não se consegue esclarecer onde o direito positivo obtém sua legitimidade. Obviamente, poderia se dizer que a legitimidade se encontra no processo democrático que se fundamenta no princípio da soberania do povo, mas esta deveria se revelar mediante um participacionismo quantitativo que é praticamente fictício nas democracias de massa, e, por outro lado, o positivismo ao introduzir este princípio não preserva seu conteúdo moral independente dos direitos subjetivos e nem a relação entre autonomia privada e a pública do cidadão.

### **1.3 Influências filosóficas de Kant e Hobbes**

Muitos teóricos de linha idealista como Savigny, teorizam a legitimidade do direito privado a partir de argumentos da razão, como um sistema de direitos negativos que garantissem a liberdade a partir de si mesmo. O interessante é que esta idealização segue a linha kantiana: Kant<sup>12</sup> não deixou claro de onde advém a legitimação das leis gerais que deveriam governar os homens (HABERMAS, 2003, v.1, p.137). Em sua doutrina do direito não fica esclarecida a relação entre princípio moral, princípio do direito e princípio da democracia<sup>13</sup>. Estes três princípios exprimem, cada um a sua maneira, a idéia de *autolegislação*. Conforme Habermas (2003), Kant procurou argumentar contra o

---

<sup>12</sup> A leitura que se faz de Kant nesta parte do trabalho é a da *Metafísica dos Costumes*.

<sup>13</sup> Habermas chama de princípio da democracia aquilo que determina, segundo Kant, o modo de governo republicano (2003, v. I, p. 122).

posicionamento de Hobbes que defendia a instauração de um sistema de direitos burgueses sem o auxílio de argumentos morais, estabelecidos somente a partir do auto-interesse esclarecido dos participantes, pois o contrato originário neste pensamento estaria fundamentado em termos empíricos.

No pensamento de Hobbes o problema da fundamentação da legitimidade não poderia ser resolvido no interior da ordem jurídica já fundamentada, este problema teria que ser resolvido na constituição do poder do Estado (HABERMAS, 2003, v. I, p.123). A idéia de Hobbes é que a sociedade constituída de modo absolutista se justificaria como uma ordem instrumental a partir das considerações teleológicas dos participantes. Neste sentido, se dispensaria uma fundamentação normativa do exercício da dominação política conforme o direito e a tensão entre facticidade e validade se dissolvessem caso se entendesse a dominação constituída juridicamente como a manutenção de um sistema de egoísmo ordenado.

Hobbes entende que o estado civil é preferível à idéia de estado de natureza, isto porque no estado de natureza o homem possui a liberdade de utilizar seu poder como bem quiser, a liberdade do indivíduo se daria de acordo com o próprio julgamento da razão que constrói o Estado. Hobbes crê que a primeira lei estabelecida pela razão seria a proibição de destruir a sua vida ou privá-lo da preservação. Disso o autor diferencia o Direito da Lei, reconhecendo no direito a liberdade de agir ou omitir, enquanto a lei obrigaria a agir ou omitir. Conseqüentemente, a diferença entre lei e direito é a mesma que entre obrigação e liberdade, que se tornam incompatíveis quando tratam da mesma matéria (HOBBS, p.99, 2000).

Além disso, encara o mundo moral como um produto de artifício ou criação humana. A primeira conseqüência dessa abordagem foi o abandono a qualquer teoria jusnaturalista do direito e um apego maior à Lei. Hobbes (2000) afirma que não é a verdade que faz a lei, mas a autoridade, isto implica que as leis não estão “jogadas” na natureza para serem descobertas, mas sim são construídas pela razão humana.

Hobbes não está preocupado na origem histórica das leis, mas sim na razão de sua vigência, almeja pensar os “princípios racionais” do poder civil e do “poder no abstrato”. Objetiva, portanto, compreender os princípios que dão autoridade e os critérios essenciais do Estado. Assim, a razão nos diz que a primeira lei natural seria procurar a paz e segui-la. A segunda seria a disposição do homem na medida em que os outros também estejam em “renunciar a seu direito a todas as coisas e, no que diz respeito aos outros homens, a contentar-se com as mesmas liberdades que concederia aos outros e em relação a si próprio” (HOBBS, 2000, cap.14, p.100). A terceira lei natural seria o contrato, inerente aos

indivíduos no estado natural. Mas aqui já surge o “*não-natural*”, pois apesar dos contratos serem inerentes aos homens no estado de natureza necessitariam de algum poder não natural para serem cumpridos.

Sua investigação do poder caminha por uma via teórica e de princípio de forte feição racionalista, assim a força do poder no seu pensamento reside em uma arquitetura racional de legislação positiva. Já se vislumbra neste pensamento algumas características da teoria do Estado moderno como o humanismo jurídico; o individualismo e igualitarismo, todos embasado num racionalismo estrito que resultaria no iluminismo do final do século XVII.

O individualismo aparece através do estudo científico do homem remetido a si mesmo que procura conhecer a natureza humana e o homem enquanto indivíduo. Outra característica é o modelo contratualista adotado em sua teoria. O individualismo que implica no igualitarismo aparece na medida em que “todos são naturalmente iguais, sem atributos divinos, e possuem igualmente a capacidade de se matarem”. E por fim, é o racionalismo que pauta todo este processo e que constrói o Estado independente de qualquer influência divina.

O processo de construção da lei neste pensamento procura a razão de sua vigência, ou seja, procura sua fundamentação racional. Isto não implica em um necessário positivismo teórico-jurídico, como frisa Höffe:

Se compreendermos a afirmação parcial “*non veritas*” como uma negação relativa e não absoluta, então a divisa representa uma *segunda* condição mínima teórica-jurídica. Ela recusa aquele moralismo jurídico rigoroso, o moralismo da lei, que equipara a convicção da injustiça com a não-vigência, (HÖFFE, 2001, p.110).

Assim, em que medida a *tese da vigência* de Hobbes contém o positivismo? Contrastando o que foi exposto acima com “a vigência por força da autoridade” necessita de um “autor” e uma vontade e depois o poder com que a vontade se impõe, isto pressupõe que a vontade seja “autorizada”. Hobbes fala na “obrigação antecipada” dos cidadãos à obediência ao soberano.

Não existe nenhum sentido moral natural de obediência à lei e sim uma tendência; em última instância seria uma declaração ou manifestação da vontade daquele que comanda. Hobbes (2000) reconhece o poder que as autoridades legais têm de determinar a natureza empírica da lei, processo que em última análise cabe aos juízes dos casos particulares.

Morrison defende que a natureza normativa das leis deixa implícito que não são meras expressões de capricho do soberano, mas a criação de um espaço social para a atividade

individual. Nesta medida, os súditos devem agir conforme a lei e de modo previsível, por sua vez, o soberano deve ver a si próprio em termos semelhantes (MORRISON, 2006, p.115).

Höffe (2001) também identifica alguns elementos bidimensionais na teoria de Hobbes, a “vigência por força da autoridade” implica que não é qualquer coerção que possui valor jurídico, mas sim a autorizada pelo mandato do exercício coercitivo, conseqüentemente, a obrigatoriedade deve se enquadrar nisto. No pensamento de Hobbes o poder de direito não significa um simples “poder despido”, mas um poder autorizado e dotado de legalidade. (HÖFFE, 2001, p.111). É claro que isto vale para decisões com fortes argumentos contrários, mas que após ter força de lei será parte do direito vigente. Isto não implica que as resoluções tomadas sejam imunes a críticas e modificações, a contestação e a reconsideração faz parte da organização judiciária, assim como também se pode deduzir um direito a resistência por parte dos súditos.

A competência do poder se encontra no mandato que não se origina por “graça própria” dos poderes e direito do Estado, muito menos de Deus, reside na “força da concordância dos afetados”. Neste ponto pode-se refutar o pensamento de Habermas (2003) que afirma que Hobbes não diz onde a legitimidade retira sua legalidade. Ainda que não seja necessária a legitimidade à lei devido ao poder concedido ao soberano, pode-se perceber que a legitimidade do poder jurídico consiste em um reconhecimento por aqueles que estão submetidos aos imperativos advindos do soberano e a vigência por autoridade pode ser interpretada como vigência por força de um poder autorizado por cada um dos afetados.

Hobbes (2000) se enquadra assim, tanto nos teóricos do poder quanto nos teóricos do reconhecimento; sua teoria não implica em um “ou-ou”, mas sim num contexto sistemático determinado e é através deste contexto que se pode identificar um ordenamento jurídico de um “bando de ladrões”: a coação da obrigação jurídica. Sua teoria apresenta tanto o aspecto formal da justiça quanto o material, na medida em que os afetados conferem concordância apenas pelo fato de se prometerem uma vantagem da instituição do soberano.

Entretanto, sua teoria apresenta ambigüidades como ressalta Hoffe (2001, p.114) em relação à importância que a justiça adquire para o conceito de direito e Estado. Na teoria de Hobbes depreende-se que a justiça serve apenas à autorização de uma instituição coercitiva e não para sua limitação, a justiça neste pensamento define o direito, mas só possui significado legitimador e não limitador do direito. Embora, geralmente Hobbes seja rotulado como um fundador do absolutismo desenfreado do Estado, segundo o qual o soberano poderia agir arbitrariamente, isto não é tão simples. Hobbes impõe o zelo pelos princípios da justiça desenvolvidos em sua antropologia. Em sua filosofia o Estado determina tarefas do poder do

Estado, como zelo pela segurança do povo e a garantia de ação nos campos de força intersubjetivos, a incoerência surge em relação à prestação de contas do soberano que só remete a Deus e, conseqüentemente, o poder atribuído ao soberano permanece ilimitado.

Habermas (2003) critica outros pontos da teoria hobbesiana, alerta que as ações que nos pareciam moralmente justificadas surgiriam como interesses egoístas racionais e os direitos privados se fundamentariam no discurso utilitarista<sup>14</sup>. A fim de provar isso, crê que Hobbes atribuiu o sucesso do contrato no estado natural orientado pelo contrato de direito privado, como um contrato de dominação que todos fecham entre si em benefício de um terceiro que seria o soberano. O engano de Hobbes residiria em ter se esquecido que os participantes do contrato no estado de natureza tomam suas decisões a partir de uma perspectiva da primeira pessoa do singular.

#### **1.4 Kant e seu sistema ético-filosófico**

Kant era contrário à idéia de que os direitos subjetivos pudessem ser fundamentados a partir de um modelo extraído do direito privado. Esta objeção contra Hobbes se dá na medida em que este não levou em consideração a figura de legitimação do contrato social e do contrato privado. Sua crítica ao contratualismo hobbesiano concentra-se em que, Hobbes pretendeu construir um sistema de direitos civis sem fundamentação moral, apenas fundamentado no egoísmo racional e no auto-interesse dos indivíduos no estado de natureza, o que o tornou mais próximo a um teórico do Estado burguês; mais ainda: ao estabelecer o princípio do utilitarismo no direito privado burguês ele concebe a socialização política em termos absolutistas, posto a dominação política e jurídica do soberano hobbesiano garantir a estabilidade política mediante a satisfação do egoísmo de seus associados (KANT, 1986, p. 25-50).

Segundo Kant, os participantes de um contrato no estado natural não devem ter apenas um enfoque egocêntrico, pois um contrato privado se estabelece devido a uma determinada finalidade, ao passo que o contrato social é um fim em “si mesmo” já que são fundamentos do direito dos homens sob leis coercitivas e públicas por meio do qual é determinado a cada um o que é seu. Nessa acepção, é defendido um contrato social em que os participantes *não* entregam a competência de legislar a um soberano, pois o contrato social constitui um modelo para uma socialização sob o domínio do princípio do direito. O contrato

---

<sup>14</sup> A fundamentação utilitarista é a de que o maior número possível de seres humanos se sinta bem durante o tempo em for possível.

social serviria para *institucionalizar* o direito “natural” a iguais liberdades de ação subjetivas.

Nesse sentido Kant interpreta os direitos humanos como primordiais, fundamentados na vontade autônoma de indivíduos singulares, os quais dispõem preliminarmente, enquanto pessoas morais, da perspectiva social de uma razão que examina as leis e a partir da qual elas pode-se fundamentar moralmente. É este elemento moral o diferenciador básico entre Kant e Hobbes: enquanto este defende um enfoque empirista do contrato e dos direitos, a ordem jurídica kantiana é quase um reflexo concretizado no mundo sensível, da ordem inteligível. Kant concede ao direito a duplicidade entre natural e positivo: com a idealização de uma comunidade ideal de sujeitos morais ficando subordinados às determinações do princípio moral e do princípio do direito como da vontade unida do povo.

Os direitos humanos apresentariam-se como uma figura positiva mediante as leis públicas, as quais teriam legitimidade enquanto atos da vontade pública dos cidadãos autônomos e unidos. Assim, as legitimidades das leis que garantem a liberdade precisam encontrar uma resposta no interior do direito positivo, o contrato da sociedade faz prevalecer o princípio do direito na medida em que liga a formação política da vontade do legislador a condições de um procedimento democrático, no qual o resultado estaria de acordo com as expectativas dos participantes. Desta forma, o contrato da sociedade, os direitos dos homens a iguais liberdades subjetivas, fundamentado moralmente, interliga-se com o princípio da soberania do povo (HABERMAS, 2003, v. II, p.139).

É interessante observar que Habermas (2003) critica os direitos do homem na teoria kantiana por serem fundamentados na autonomia moral dos indivíduos, só podendo adquirir uma figura positiva pela da autonomia política dos cidadãos, sendo que, o princípio do direito realizaria a mediação entre o princípio moral e o da democracia. Mas é justamente esta articulação que segundo Habermas (2003) ainda não está clara, pois o conceito de autonomia é introduzido por uma perspectiva privada, a perspectiva daquele que julga moralmente. Kant, porém, explicita esse conceito na fórmula legal do imperativo categórico, apoiando-se no modelo de Rousseau, ou seja, numa “legislação” pública realizada democraticamente. Desta forma, os conceitos “princípio moral” e “princípio da democracia” estão interligados, mas tal circunstância é encoberta pela teoria do direito e o princípio do direito não seria o mediador entre princípio moral e princípio da democracia, mas sim o próprio verso do princípio da democracia. Donde Habermas (2003) considerar que a doutrina do direito de Kant, ao subordinar o princípio democrático ao princípio moral, não resolve satisfatoriamente a concorrência entre direitos humanos e princípio de soberania popular; certamente que essa tarefa, como vai ser visto mais à frente, ele reserva a si próprio.

Deve-se ressaltar que alguns críticos de Habermas o fazem justamente em relação ao modo de interpretar Kant. Höffe (2005) não advoga que a teoria kantiana se resume a uma total subordinação de um “dever ser” imposto pela moral. Na verdade a teoria kantiana é alvo de muitas críticas não por motivos de falhas na teoria, mas devido a distorções ou leituras tendenciosas que esquecem de serem mais fiéis ao pensamento kantiano e ao seu contexto histórico. No caso de Habermas sua interpretação concentra-se na *Metafísica dos Costumes*, o problema disto é que a teoria kantiana deve-ser vista no conjunto de sua obra que inicia-se com a *Crítica da Razão pura* até a *Paz perpetua*. Contudo, não haverá um estudo detalhado do pensamento de Kant, mas é necessário se fazer algumas observações sobre sua teoria, principalmente em relação à *Metafísica dos Costumes* e *A Paz perpétua*.

### 1.5 A Fundamentação ético-moral

A fundamentação ética no pensamento de Kant é resultado do exame da *crítica da razão prática*, apesar da divisão entre *crítica da razão pura* e *crítica da razão prática* só existe uma razão que é exercida prática ou teoricamente. O que Kant objetiva com a razão prática é a construção de uma ética independente de fundamentos sensíveis como os impulsos ou paixões.

Ele inicia sua doutrina não imediatamente subordinando a moral pré-determinada, mas sim começa como um fenômeno moralmente neutro, o agir do sujeito não está dado pelas leis da natureza, mas será dado pelo reconhecimento que o sujeito tem em estabelecer leis como princípios e agir segundo elas. Esta faculdade de agir Kant também chama de vontade, de modo que razão prática não é outra coisa que a faculdade do querer. Esta vontade não possui nada de irracional, é sim a razão com respeito à ação. Obviamente que a vontade pode ser entendida com possuidora de conteúdos irracionais, mas Kant define a vontade mais restritamente, designa como a capacidade de distanciar-se dos impulsos naturais e suspendê-los como fundamento determinante último. Também define que os conceitos morais possuem sua origem totalmente *a priori* na razão, conseqüentemente, a moralidade no sentido estrito deve ser entendida como expressão da razão prática pura. Höffe aponta uma inversão da prova no pensamento kantiano, na teoria do conhecimento, Kant rejeita as presunções da razão pura, já no âmbito da ação rejeita a pretensão do empirismo moral, de que o agir deva-se dar determinado pelo empirismo (HÖFFE, 2005, p.190).

No início da *Fundamentação da metafísica dos costumes* tem-se: “neste mundo, e até também fora dele, nada é possível pensar que possa ser considerado como bom sem



limitação a não ser uma só coisa: uma boa vontade” (KANT, 1974, p.205). Aqui, Höffe (2005) observa uma tese oculta na qual o que é ilimitadamente bom implica no “moralmente bom” também “ilimitadamente bom”. Com isto o simplesmente bom é isento de toda condição limitante, ou seja, é incondicionado, bom em si e sem ulterior objetivo. Logo, em contraste com a filosofia moral tradicional, o simplesmente bom não reside em um objeto supremo da vontade, mas na própria vontade boa.

A realização desta vontade boa se dá mediante o dever:

Para desenvolver, porém, o conceito de uma boa vontade altamente estimável em si mesma e sem qualquer intenção ulterior, conceito que reside já no bom senso natural e que mais precisa ser esclarecido do que ensinado, este conceito que está sempre no cume da apreciação de todo o valor das nossas ações e que constitui a condição de todo o resto, vamos encarar o conceito do **Dever** que contém em si o de boa vontade, posto que sob certas limitações e obstáculos subjetivos, limitações e obstáculos esses que, muito longe de ocultarem e tornarem irreconhecível a boa vontade, a fazem antes ressaltar por contraste e brilhar com luz mais clara (KANT, 1974, p.206, 2006).

Isto não implica que “vontade boa” e dever possuam a mesma abrangência de conceito, o conceito de “vontade boa” implica no de dever sob a ressalva de “certas limitações e obstáculos subjetivos”.

A vontade boa não se verifica onde se pratica o dever com base em fundamentos determinantes, a moralidade da pessoa não consiste na simples conformidade ao dever, que Kant chama de *legalidade*. O dever de uma ação depende de fundamentos determinantes, sendo, portanto, condicionado e não incondicionado. O critério da moralidade só se cumpre pela razão e pelo fato de ser moralmente correto, no qual o próprio dever é querido e cumprido. Percebe-se que a ética kantiana não é uma simples concordância com o dever. O dever é encarado como *legalidade* e a diferença à moralidade é que esta não pode ser constatada na ação mesma, mas somente em seu fundamento determinante que é o querer.

Contudo, muitos filósofos como Habermas compreendem a moralidade somente em conceito de normas, valores ou preceitos de procedimentos para a solução de conflitos. Assim também é para a ética de valores, para o utilitarismo e para as éticas comunicativas de Apel e Habermas, essas tentativas são frágeis em sua teoria moral como teorias do simplesmente bom em relação ao sujeito agente, elas na verdade, levam ao correto moral, não ao moralmente bom e fundamentam a legalidade não a moralidade (HÖFFE, 2005, p.194).

A objeção de que a ética de Kant se resume a uma ética da intenção possui alguns equívocos, já que o querer não é um simples desejo, mas o resultado de todos os meios na

medida em que estão em nosso poder e a vontade não é indiferente em relação às conseqüências de sua ação no mundo. Além disso, para Kant (2003) a legalidade não é uma alternativa á moralidade, mas sim sua condição necessária. A moralidade não está em concorrência com a legalidade; no agir moral é feito, primeiro, o moralmente correto e depois o cumprimento do dever é tornado fundamento determinante. A moral aparece como um desenvolvimento e sobrepujamento da legalidade. Não obstante, Kant (2003) desenvolve o Imperativo Categórico como critério objetivo.

O imperativo categórico serve como um critério supremo de ajuizamento e reformulação da moralidade. Mas isto não implica num agir moralmente neutro e sim em um imperativo “dever-ser”; a ação aparece inicialmente, com ou sem condições e em um segundo momento apresenta seu conteúdo moral em máximas universalisáveis. Além disso, o imperativo categórico e a moralidade não possuem nada de irracionais, na verdade a razão prática ou racionalidade do agir encontra no imperativo categórico seu acabamento fundamental.

Kant (2003) apresenta três graus do Imperativo categórico, os dois primeiros imperativos são os hipotéticos, por exemplo: “se eu quero x, então tenho que fazer y”, o imperativo hipotético caracteriza-se pela sua forma condicionada à alguma coisa, ao passo que, o imperativo categórico seguindo o critério do bem ilimitado são obrigações morais válidas sem reserva, formam assim o terceiro grau de racionalidade de uma obrigação sem pressupostos e sem exceção alguma.

Segundo Höffe (2005) ocultam-se no pensamento kantiano três formas de práxis: temos o agir técnico de fins arbitrários e o agir pragmático que servem à aspiração natural de felicidade, logo condicionado, e o agir moral que se eleva acima dos dois. Por fim, Kant define três modos de representar o princípio da moralidade com relação à forma, a matéria e à determinação completa das máximas. O conceito formal constitui-se com a máxima “*Age de modo tal, como se a máxima de tua ação devesse tornar-se pela tua vontade lei universal da natureza*”, o segundo, material “*Age de modo tal que uses a humanidade tanto em tua pessoa como na pessoa de todo outro sempre ao mesmo tempo como fim, jamais simplesmente como meio*”, e a terceira de todas as máximas, a partir de uma legislação própria, concorda com um reino de fins como um reino da natureza”. Assim esta máxima será considerada moral quando for universalizável. (Apud, HÖFFE, 2005, p.202)

Atualmente o imperativo categórico não deixa de ser contestado como padrão moral, o interessante é que tanto no utilitarismo como na ética do discurso, pressupõem-se um critério moral obrigatório, sem condições limitantes, assim pode-se dizer que o imperativo

categórico está na base como conceito e padrão de medida último, válido como um critério moral. O Imperativo categórico não significa um mero conceito abstrato e sim a consumação da racionalidade prática. (HOFFE, 2005, p.203).

Na verdade o imperativo categórico é um procedimento para testar a capacidade de universalização, disto resulta a caracterização da moral kantiana como procedimental o que implica em uma moral formal e não material, pois não se estabelece uma lista de mandamentos, mas sim um procedimento para testar o princípio moral.

Observa-se que é comum definir o imperativo categórico como um simples princípio moral, mas tal afirmação não é satisfatória, Kant advoga a idéia que o imperativo categórico nomeia uma lei advinda da autonomia da vontade do sujeito, disto surge a idéia de autolegislação que remete à *Rousseau* no Contrato Social que prescreve que a obediência a uma lei dada por si mesmo é liberdade.

Kant procura encontrar as condições *a priori* que torne possível a moral; ao investigar os fundamentos determinantes materiais de ações que procuram o prazer, verifica que o princípio comum a todas estas ações seria o amor de si próprio ou a felicidade própria, mas isto implica uma ação condicionada pelo seu conteúdo empírico, não se prestando a uma lei universal e não podendo fornecer um fundamento para a moralidade “tudo, portanto, o que é empírico é, como acrescento ao princípio da moralidade, não só é inútil mas também altamente prejudicial à própria pureza dos costumes...”(Kant, 1974, p.226)

Percebe-se com isto que Kant não resume o imperativo categórico a uma mera moralidade, tão pouca a uma hipermoralização na qual o agente da ação sempre tenha que consultar sua moralidade. A ética de Kant segue máximas que não se referem ao princípio moral diretamente a ações individuais, mas sim a princípios de vida que não precisam serem confirmados por condições técnicas e pragmáticas, além disso, o princípio da autonomia não permite nenhuma inclinação natural a ações morais.

Segundo Höffe (2005), o princípio da autonomia de Kant impõe um novo fundamento para a ética filosófica, a moralidade não se fundamenta no mero amor benevolente de si (Rousseau) nem em um sentimento moral, isto porque o cultivo da benevolência e o sentimento moral expressam situações fáticas e contingentes do sujeito, não sendo válidos universalmente. Neste ponto Kant (2003) discorda dos filósofos morais como Rousseau, porque estes permaneceram prisioneiros ao empirismo.

Por fim, para a concretização de sua ética, Kant (2003) procura indicar como a moralidade existe no mundo, independente das ilusões pessoais ou específicas de grupos, para assim superar o ceticismo ético. Para tanto, estabelece o *factum da razão*, com esta doutrina

ele demonstra que sua ética não é uma teoria alheia ao mundo, um mero dever-ser abstrato e sim uma auto-reflexão da razão prática e sua consumação na dimensão moral. Höffe identifica um paradoxo neste ponto, o *factum* da razão reflete sobre o que na consciência moral sempre já está dado, portanto sobre um *É*, *factum*, e também a reflexão deve conduzir a um princípio moral, o fundamento e padrão de medida do dever-ser (Höffe, 2006, p.223). Entretanto, o *factum* não é um dado empírico, mas o fato da razão no prático que não tem em princípio um caráter de dever-ser. Kant (2003) procura designar a consciência da lei moral com o *factum*. Além disso, o *factum* é considerado incontestável e funda-se em determinados juízos, independente de nossas inclinações, isto é nossa felicidade.

Este seria o terceiro passo da ética kantiana, partindo da premissa que a razão prática pura consiste na liberdade da vontade, primeiro, Kant demonstra que o conceito de liberdade transcendental é pensável, depois, o princípio de autonomia da segunda Crítica mostra que a liberdade transcendental é um conceito negativo que visto positivamente contém a liberdade moral, e por fim, o *factum* da razão prova que a liberdade transcendental e moral é efetiva. (HÖFFE, 2006, p.226).

Höffe (2006) ainda identifica um aspecto metodológico do *factum* da razão, dividindo em quatro passos: primeiro, refere-se à análise conceitual construtiva que visa um conceito de moralidade, implicando no bem ilimitado; o segundo passo consiste na aplicação do conceito do ilimitadamente bom entre entes racionais e finitos, que implica no conceito do imperativo categórico, o terceiro passo leva à liberdade como princípio da subjetividade moral; e finalmente, o quarto passo, é o hermenêutico-indutivo que prova em um sentido mais amplo que a argumentação desenvolvida possui efetividade e nenhuma ficção.

Por fim, Kant (2003) procura fundamentar uma ética independente de qualquer influência empírica, assim é com relação ao *factum* da razão que não significa nenhum fato empírico, mas auto-experiência moral e dele também não se deriva nenhuma afirmação de dever-ser, o imperativo categórico não deriva do *factum* da razão, mas do conceito do irrestritamente bom e a moral se fundamentada em conceitos da razão pura, ou seja, em conceitos *a priori*.

## **1.6 Kant e alguns aspectos de sua teoria do direito**

Após fundamentar sua ética, Kant possui os alicerces para sua doutrina da filosofia do direito que é exposta em vários textos. Aqui será concentrado a algumas observações em relação aos textos: *Idéia de uma história universal em perspectiva cosmopolita (1784)*; e *À paz perpétua (1795)*.

Kant fundamenta o Direito e Estado a partir dos princípios da razão prática pura, sua filosofia política pertence ao direito natural<sup>15</sup> no sentido do direito racional crítico. Seguindo a linha de raciocínio da *metafísica dos costumes*, o autor deixa de lado a experiência, pois a considera mutável e duvidosa, “a mãe da ilusão”.

Sua filosofia do direito defende um conceito racional de direito<sup>16</sup>, a partir dos conhecimentos da razão prática a legislação surge como um supremo padrão de medida crítico-normativo. Para tanto, a Filosofia do direito depende do filósofo para a fundamentação dos princípios *a priori* do Direito, no qual as leis se provam como racionais. Os elementos empíricos são considerados apenas no âmbito da aplicação do direito e não em sua fundamentação. O conceito de direito é puro e proposto para a práxis. Assim o filósofo pode fundamentar os “primeiros princípios metafísicos” do direito, mas não um sistema completo, (apud HOFFE, 2006, p.234).

As leis não surgem segundo a vontade de um soberano absoluto, mas ligam-se a princípios de direito supra-positivos como base de legitimação e ainda não compete ao Direito e Estado a promoção da moralidade de seus cidadãos.

O direito refere-se ao agir externo do sujeito, a sua liberdade exterior independente de qualquer contingência como vontade ou impulsos do sujeito. Kant objetiva com isto, tornar sem importância problemas adicionais iniciado com Hobbes como os motivos da influência mútua dos homens, seu caráter agressivo ou pacífico. O direito por visar à liberdade externa torna os aspectos internos, como necessidade e interesse, significativos apenas se eles determinam a ação e se manifestam na liberdade externa. Isto também serve de resposta ao utilitarismo; Kant objetiva um sistema de direito que garanta o máximo a seus cidadãos e não um sistema que tenha o Estado como um patrono para a felicidade. Crê que quando o Estado procura proporcionar a felicidade de seus cidadãos ele acaba se tornando injusto. Em suma, procura fundamentar o direito independente de disposições morais.

Höffe (2005) ilumina neste ponto:

---

<sup>15</sup> Assim como Kant mantém alguns conceitos básicos da filosofia política dos séculos XVII e XVIII, como estado de natureza, contrato originário, também utiliza o termo direito racional. Este não é aquele que é estatutário e sim é cognoscível *a priori* pela razão de todos os homens; é um sistema de leis jurídicas racionais *a priori*. A lei advinda do direito natural é necessária e provem *a priori* de um legislador universal, da idéia de vontade unida do povo, da própria razão; já o direito positivo provém do arbítrio do legislador. E ambas são externas, servindo de padrão para o legislador e submetendo os indivíduos a seus imperativos. (TERRA, 2004, p. 27).

<sup>16</sup> O direito racional seria um padrão de medida que permite avaliar o direito positivo, isto é, aquele que existe historicamente em uma sociedade específica (TERRA, 2004, p.18).

O conceito kantiano de Direito implica, bem pelo contrário, um critério pelo qual todas as leis positivas são julgadas a respeito da sua legitimidade. São racionais ou inteiramente legítimas apenas aquelas prescrições jurídicas que garantem, conforme leis estritamente universais, a compatibilidade da liberdade de um com a liberdade de todos os outros (HÖFFE, 2005, p.239).

Este critério na doutrina do direito é semelhante ao imperativo categórico, que obriga a comunidade de liberdade externa a cumprir a legalidade universal, da mesma forma que o imperativo categórico obriga a vontade pessoal a cumprir as máximas auto-impostas.

O Direito não se resume a um rigoroso positivismo jurídico e nem a uma total privatização da moral; Kant rejeita toda a moralização do Direito, este não coincide com a moralidade pessoal. O direito não se deriva do princípio da moralidade pessoal, mas sim da razão prática pura e do seu critério da legalidade universal. Ligado a isto aparece a faculdade coercitiva do direito, que não surge contrária à razão, mas sim é um elemento irrenunciável e válido *a priori* de todo o Direito, logo, esta faculdade coercitiva é necessária ao ordenamento jurídico destinado a garantir a liberdade de seus destinatários.

O direito é visto como uma forma racional de regular a relação entre pessoas livres, um conjunto de regras estabelecidas pela razão que garantem a liberdade compatível de um com todos os outros, assim uma intervenção só será justa quando impedir uma injustiça, toda coação que passa desse limite é injusta<sup>17</sup>. (HÖFFE, 2005, p.242)

Os direitos humanos são complementares ao conceito de direito racional, que implica também a idéia de coação, aqueles são vistos como propriedade de todo ser humano enquanto tal, independente de circunstâncias ou contingências. “A liberdade compatível com a liberdade de todos os demais é o único critério de todos os direitos humanos” (HÖFFE, 2005, p. 242).

A liberdade nesse sistema é inerente a todos os homens enquanto externa e compatível com a mesma liberdade de todos os outros, segundo leis universais. Kant ainda divide em sua doutrina do direito em direito privado e público e, diferentemente de Hobbes e Rousseau, expõe o direito privado antes do direito público, dando mais força jurídica ao direito natural.

No direito privado, no qual a propriedade é o conceito mais complexo e controverso, Kant procura fundamentá-lo isento de razões empíricas e com base em argumentos racionais, diferenciando a posse empírica da posse jurídica, esta é uma relação pura *a priori*. A

---

<sup>17</sup> A coerção está de acordo com a liberdade porque ela é o obstáculo àquele que vai contra a liberdade, a faculdade de coagir aquele que é injusto é justa.

propriedade seria o “o meu e teu externo”, de modo que “o meu e teu interno” ficaria isento de qualquer alienação.

O “meu e teu externo” possui três áreas de atuação: 1) as coisas materiais fora de mim (um terreno, mercadorias), 2) serviços acordados (contratos), e 3) o estado de outra pessoa em relação a mim (HÖFFE, 2005, p.243).

Com isto fundamenta uma posse inteligível não confundindo-a com a mera posse física. Em suma, vê as relações de propriedade originárias como surgidas antes do advento do Estado, entretanto, neste estado a propriedade possui apenas uma garantia provisória, somente obtém validade e segurança definitiva de um título jurídico mediante a vontade geral que garante pelo seu poder as relações de propriedade provisórias. Contudo, o Estado de direito apenas garante a propriedade, não a cria, assim a propriedade de coisas: contrato, matrimônio e família são instituições jurídicas válidas antes da instauração do Estado (HÖFFE, 2006, p.251). O Estado seria uma instituição de segunda ordem que serve às instituições de primeira ordem, que são: a propriedade de coisas; contratos; matrimônio e a família.

Na fundamentação do Estado, Kant opta pelo modelo contratualista<sup>18</sup>; este tipo de teoria parte do princípio de que as pessoas viveriam livres em um estado natural, logo, antes do advento do Estado. Este estado natural se mostra insustentável ao convívio entre as pessoas, razão pela qual os indivíduos optam por limitar sua liberdade por meio de um contrato. De Hobbes, Kant recebe o estado natural como fundamento racional para o Estado, de Locke a idéia dos direitos humanos inalienáveis e de Montesquieu a idéia da divisão dos poderes e de Rousseau a idéia de vontade geral enquanto princípio crítico-normativo supremo da legislação positiva (HÖFFE, 2006, p.253).

O contrato social é visto como resultado da idéia da razão prática pura *a priori* que requer uma constituição republicana que garanta as leis jurídicas advindas da razão prática, independente de contingências ou experiência, em suma é a idéia racional do Estado de direito. Assim, o estado de natureza não é um evento histórico, mas sim uma idéia da razão, que representa a construção racional de convivência entre as pessoas submetidas a uma ordem estatal. Neste estado reina a ausência do direito, ninguém está obrigado a respeitar a liberdade do outro.

Diferentemente de Hobbes, Kant não crê que o Estado surja por medo da morte ou pelo desejo de felicidade das pessoas, estes são motivos contingentes. Apesar de concordar

---

<sup>18</sup> O contrato originário apresenta no plano político a exigência da autonomia; ele exige a soberania popular e servirá de medida para a legislação, já que uma lei será justa se emergir da vontade unida de todo o povo (2004, TERRA, p.23).

que o Estado traz a paz no lugar da guerra, salienta o bem do Estado em relação ao direito racional que garantiria a liberdade externa. A autonomia do Estado não se resumiria a uma mera independência em relação a seus súditos ou a outros Estados, ela exige a realização da universalidade das leis da liberdade, que se torna possível pela união dos poderes distintos que remetem à soberania popular, o Estado se harmoniza com os princípios do direito que se fundam na autonomia da vontade. Esta coesão advém da unidade da razão prática (TERRA, 2004, p.24).

A vontade geral que institui o contrato não é algo empírico, pois poderia ser resultado de contingências, em termos atuais seriam princípios válidos que implicam em um consenso universal. O contrato social regido pelo princípio racional possibilita um critério que evita toda discriminação jurídica em virtude da razão, sexo, religião, etc., ou seja, serve como critério aos direitos humanos na medida em que este tem uma origem pré-estatal, mas só podem ser garantidos pelo direito estatal. Os direitos humanos, nesse pensamento, possuem um caráter irrenunciável cuja violação por parte do soberano constitui injustiça.

Entretanto, Kant não concede o direito à resistência aos cidadãos, pois crê que isto levaria de volta ao estado de natureza. Como foi tentado esclarecer, o Estado de direito é uma instituição de segunda ordem que deve garantir as instituições de primeira ordem e como Kant defende o Estado de direito como uma idéia da crítica da razão *a priori*, as contingências históricas-empíricas não podem ser determinantes a sua construção puramente racional. Conseqüentemente, o soberano do Estado está fora de qualquer coerção, pois sua destruição implicaria na destruição do próprio estado civil e na volta do estado de natureza.

Terra é mais enfático e salienta: “O povo não pode se rebelar, pois percebe-se facilmente que se o objetivo é fazer como condição ao estabelecimento de uma constituição de Estado exercer a força contra o chefe em certos casos determinados, então o povo teria de arrogar-se uma potência legítima sobre aquele. Então, porém, não seria aquele o chefe (Terra, 2004, p.30)

Kant ainda desenvolve o direito público em relação a outros Estados, vê também um estado natural de guerra potencial entre os Estados no qual reina o princípio do mais forte. Este estado poderia ser superado por uma comunidade de Estados advindo de um contrato que desenvolve o fundamento de legitimação e os princípios da livre federação de todos os Estados, esta idéia é desenvolvida no ensaio *A paz perpétua*.

Esta comunidade se daria não por um Estado mundial que poderia levar a um despotismo, mas em uma federação de Estados livres com constituições republicanas, tal



sociedade é: “a idéia racional de uma comunidade *pacífica* generalizada, mesmo que ainda não amistosa de todos os povos sobre a Terra” (HÖFFE, 2006, p. 265)<sup>19</sup>.

É interessante observar que a estrutura de *A paz perpétua* segue em secções que contém artigos assemelhando-se a um tratado de paz. Em síntese, as divisões vinculam-se a questões prévias a obtenção da paz, os elementos básicos da doutrina do direito público, a filosofia da história, a relação da política com a moral.

O direito político preconiza a forma republicana do Estado, pois o Poder Executivo é separado do legislativo e o governo obedece às leis promulgadas pelo soberano, que devem estar de acordo com a vontade geral. O problema reside em saber quem representa quem já que Kant encara a democracia como um despotismo, por permitir a promulgação de uma lei contra um cidadão particular. Em seu pensamento a universalidade, idealidade e racionalidade da vontade geral tornam a democracia impossível (TERRA, 2004, p. 44).

Com base em que quanto menor for o número de governantes, maior será a representação, Kant crê que a monarquia teria as melhores condições de transformar um regime constitucional em que a representatividade é garantida. A constituição republicana estaria de acordo com a razão e contam com instituições que garantiriam o direito.

Segundo Terra:

“a constituição republicana é uma idéia da razão ligada à do contrato originário, reafirmando a liberdade civil, a igualdade dos homens, além de sua sujeição a um sistema legal, válido para todos, e que se origina na vontade unida do povo. Correspondente à idéia do direito dos homens e á da justiça, é uma constituição que garante a realização do direito, devendo para isso ser representativa (TERRA, 2004, p.46).

O segundo artigo refere-se ao direito das gentes “o direito das gentes deve fundar-se numa *federação* de Estados livres”.

Os Estados apesar de existirem isolados vão se relacionando entre eles e também com seus súditos e, semelhantemente ao estado de natureza, as relações entre os Estados segue-se pela ausência de justiça pública. Para sair deste estado Kant propõe uma solução semelhante ao contrato originário com o estabelecimento de uma federação das nações. Esta federação para não cair em uma tirania mundial, deveria garantir a liberdade de cada Estado, onde as particularidades e o poder de cada Estado seriam respeitados.

Kant ainda defende o direito cosmopolita, ao lado do direito político e das gentes, que se resume na sua celebre frase: “A violação do direito num lugar da Terra se sente em

---

<sup>19</sup> Essa idéia serve de modelo para a fundamentação da Sociedade das Nações, predecessora das Nações Unidas.

todos os outros”. Este tema se torna também referência para a defesa dos direitos humanos como superiores ao direito positivo.

Este artigo é interpretado por alguns como um mero direito de visita e hospitalidade, e para outros como limite da dominação. Terra entende este artigo como uma limitação do direito de visita e uma crítica ao colonialismo, que é esclarecido da seguinte forma: “o direito cosmopolita, que é reconhecido direito de cada pessoa em qualquer lugar do mundo, mesmo sendo cidadão de outro país, e que, por outro lado, isso não significa dar margem alguma ao colonialismo” (TERRA, 2004, 53).

O caminho da paz implicaria então, na realização do estado de direito, na constituição republicana no interior do Estado, na federação das nações no plano internacional e no reconhecimento dos direitos da pessoa em qualquer lugar da terra.

*À paz perpétua* possui artigos preliminares, definitivos, suplementos e apêndices, no primeiro suplemento “da garantia da paz perpétua” e a “Idéia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita” Kant articula um outro ponto de vista do direito.

Depois de definir o direito natural como um direito racional que fornece os padrões para que se julgue e o direito positivo como um direito histórico de cada povo. Afirma que o direito positivo se modifica ganhando maior legitimidade dada pelo direito natural e pela autonomia do indivíduo e da soberania popular.

Kant vê estas transformações impulsionadas pelos antagonismos da sociedade que seria um meio utilizado pela natureza para o desenvolvimento das disposições individuais e estatais. A metáfora que melhor ilustra este posicionamento é a da árvore isolada que cresce torta e das árvores da floresta que na disputa pelo sol crescem retas e saudáveis. Diante dessa insociável sociabilidade os homens tendem a constituir o estado civil e uma constituição republicana, o mesmo ocorrendo com as relações entre os Estados, forçando a constituição de uma federação de nações. Assim, o direito público, o direito das gentes e o direito cosmopolita são favorecidos pelas disposições naturais que forçam os homens a fazerem um acordo segundo leis da liberdade da razão prática. Crê com isto, um desenvolvimento da sociedade apesar de reconhecer seus antagonismos, até um ponto em que é do interesse do próprio governante melhorar as instituições políticas, proporcionando menos restrições aos cidadãos, logo, ampliando suas liberdades individuais.

### **1.7 Tensão entre os direitos humanos e soberania popular**

As idéias relatadas apresentaram alguns pontos polêmicos na teoria kantiana, salientando os pontos frágeis das críticas que resumem a teoria kantiana a uma mera

subordinação da moral ou a uma hipermoralização. Atualmente ainda pode-se dizer que os direitos humanos e o princípio de soberania são idéias que justificam o direito moderno. Segundo Habermas (2003, v.I, p.137), na medida em que as questões éticas e morais se diferenciam de sua substância normativa, filtrada discursivamente, estas idéias encontram sua expressão na autodeterminação e na auto-realização dos indivíduos (HABERMAS, 2003, v. I, p. 145). Contudo, a idéia dos direitos humanos e do princípio de soberania não se subordina facilmente à autodeterminação e auto-realização do indivíduo. Um exemplo são as tradições políticas dos Estados Unidos caracterizadas como “liberais” ou “republicanas” que interpretam os direitos humanos como auto-realização moral e a soberania do povo como uma auto-realização ética, assim os direitos humanos e a soberania do povo apareceriam como concorrentes e não como elementos complementares; isto porque a tradição constitucional americana é caracterizada por uma tensão entre o domínio impessoal das leis que são fundadas nos direitos humanos naturais e na auto-organização espontânea da comunidade que outorga as leis por intermédio da vontade soberana do povo e essa tensão pode ser desfeita em qualquer uma das duas direções, os liberais evocam o perigo de “uma tirania da maioria” defendendo os direitos humanos como primado dos direitos, ancorado num estado natural fictício<sup>20</sup> prevalecendo aqui o aspecto moral-cognitivo deles. Por outro lado, os republicanos dão destaque à auto-organização dos cidadãos, sendo que os direitos humanos só terão legitimidade quando assumidos conscientemente por uma comunidade, preponderando aqui o aspecto ético-voluntário deles.

Habermas (2003) parte da idéia de que Rousseau e Kant tentaram entrelaçar os conceitos de autonomia individual e a soberania do povo, contudo, não foram felizes nesta tentativa; assim, ao estabelecer esta tradição, o ponto de vista kantiano se aproxima mais do ponto de vista liberal, ao passo que Rousseau se aproximaria do ponto de vista republicano. Seguindo ainda sua interpretação, a doutrina do direito kantiana retira o “princípio geral do direito” da aplicação moral das relações externas, “o meu e o teu interior regulam o meu e teu exterior”, esta aplicação produz os direitos subjetivos privados, para após serem produzidas as leis públicas. Kant não interpretou os direitos humanos e a soberania do povo como idéias concorrentes, pois acreditava que ninguém no exercício de sua autonomia pudesse aderir ou legislar leis contrárias a sua autonomia privada garantida pelo direito natural. E por esta ser fundamentada na moral antes do contrato social, é preciso explicar o nexos interno entre soberania do povo e os direitos humanos na fundamentação do contrato social; contudo, ao

---

<sup>20</sup> Singela crítica ao pensamento de Rawls.

fundamentar a passagem da moral para o direito, Kant não valoriza o contrato social deixando sem fundamentação o referido nexos interno. É claro que esta crítica não é tão simples de ser aceita, conforme já tentado expor.

Já Rousseau parte da constituição da autonomia do cidadão e introduz um nexos interno entre a soberania do povo e os direitos humanos, contudo, a vontade soberana do povo só pode se manifestar na forma de leis gerais e abstratas. Desta forma, os direitos humanos estariam inscrito nestas leis, diferentemente de Kant que antepõe o direito humano fundamentado na moral. No pensamento de Rousseau a autonomia política não aparece sob os direitos naturais, o conteúdo normativo dos direitos humanos se dissolve na realização da soberania popular. Contudo, este autor estava mais preocupado em fundamentar uma tradição republicana, interpretando a idéia de autolegislação em uma linha mais ética do que moral. Daí Rousseau supor virtudes políticas ancoradas em um *ethos* quase que homogêneo, integrado através de tradições comuns. Deste prisma, quando as vontades singulares não se referissem à vontade geral o Estado teria de usar a coerção. A mediação entre a vontade comum e a vontade particular se daria sempre coercitivamente. A única solução para este problema seria uma análise por uma via moral sobre o que seria bom para cada um, mas assim o conceito de soberania popular perderia o sentido universalista do princípio do direito (HABERMAS, 2003, v. I p. 135-136).

É interessante ainda salientar a interpretação que Marcuse faz em relação à Kant. Este defende a idéia que a sociedade tem a necessidade de disciplinar o indivíduo através da autoridade, com isto surge uma necessidade de conciliar a liberdade natural do homem e o interesse da sociedade em disciplinar o indivíduo. A liberdade em Kant é encarada na esfera pública e somente neste meio é que poderiam-se realizar, sendo que agora a liberdade interior do homem passa a ser limitada pelo uso da razão. Logo, as contradições internas herdadas da ordem burguesa são sintetizadas pela forma da lei geral, na qual o arbítrio do indivíduo pode ser unificado com o de todos os outros. Liberdade e coerção, indivíduo e universalidade são harmonizados, Kant parte da constatação de que os indivíduos possuem interesses uns contrários aos outros e isto faz a necessidade da coação e submissão universal dos participantes da sociedade.

O direito neste pensamento apresenta-se negativamente como submissão, dever e proteção; contudo, esta submissão não repousa mais em uma ordem divina, mas na constatação das próprias contradições da ordem existente, que necessitam da coação para sua existência. A contradição entre a liberdade natural e o interesse em disciplinar da sociedade é

harmonizada a partir do próprio indivíduo que se utiliza da razão e que se submete ao império universal das leis vigentes na sociedade a qual pertence.

Por fim, Kant (2003) legitima a propriedade a partir do contrato social que representa a facticidade histórica da sociedade burguesa, um “*a priori*” ideal na qual o indivíduo autônomo reconhece através da lei geral a autoridade. A propriedade passa agora a ser garantida por uma ordem maior e com isto toda a sua arbitrariedade e violência passam a ser legítimos e válidos como algo histórico sendo interpretado como um direito “inteligível”.

A autoridade passa a ser fundamentada pelo mesmo percurso. Tanto a autoridade, como a propriedade, passaram a ser fundamentadas pelo uso da razão. A universalidade apresenta-se agora com a constatação da sociedade como um conjunto de indivíduos socializados com validade universal, no qual é o homem que dá liberdade a ele próprio e não mais Deus. Com esta universalidade acaba-se fundamentando a não liberdade social.

Esta universalidade apresenta-se com a constatação de interesses contrários das classes dominantes e acaba servindo de justificação para a garantia da propriedade, ou seja, esta universalidade permanece privada nada tendo de universal, o interesse individual agora passa a ser equilibrado pela autoridade da lei que dispõe do poder.

Kant (2003) defende a idéia que o indivíduo possui uma liberdade que deve inserir-se segundo uma lei moral, devendo estar de acordo com a ordem existente não a transformando. Assim, a autoridade passa a ser representada por uma pessoa ou uma instituição de acordo com uma lei geral que universaliza e unifica os indivíduos. A autoridade passa também a ser limitada, pois só assim a propriedade privada e os interesses da sociedade burguesa estariam inteiramente assegurados. O pensamento kantiano insere a contradição entre liberdade e coação na própria idéia de liberdade, sendo que esta só existe sob o império da lei, o indivíduo se auto-limita.

É interessante salientar estas críticas que não são citadas no pensamento de Habermas, este faz uma crítica às heranças filosóficas que no mínimo são questionáveis e curiosamente não cita a crítica feita por Hegel aos contratualistas.

### **1.8 Hegel e sua crítica aos contratualistas**

Hegel interpreta a realidade da sociedade burguesa assim como Kant, como uma ordem universal de coação para garantia da propriedade privada; mas diferentemente, Hegel insere um caráter dialético na sociedade ao interpretar que enquanto esta sociedade aumenta a riqueza de alguns, também aumenta a miséria e dependência de outros que dependem do

trabalho. Com isto, insere na sociedade um movimento que se concretiza na formação do Estado, sociedade e Estado são separados, sendo que a sociedade burguesa não serve mais como referência já que é distinta da liberdade e da universalidade, sendo interpretada como uma relação de egoísmo de uns em relação aos outros. A autoridade passa agora a ser plenamente racionalizada no Estado, a razão insere uma autoridade irracional nas bases do Estado moderno (MARCUSE, 1997, p. 101).

Apesar de interpretar a sociedade e o Estado sob a idéia da propriedade, Hegel transforma a propriedade em uma garantia política e legal que é retirada do Estado e transferida à própria “sociedade civil”. O Estado se eleva em relação à sociedade e com isto sua determinação passa a ser distinta da simples garantia da propriedade civil, pois antes o objetivo final do Estado possuía um cunho privado. Isto também é uma crítica à teoria contratualista, pois sob este enfoque a universalização do Estado acaba sendo privada.

Na verdade Hegel nunca escondeu seu descontentamento para com as teorias contratualistas, pois afirmava que na base destas teorias estava o conflito de interesses e que a partir disso não se poderia produzir um interesse comum. O universal deveria se impor ao particular, mesmo que contra a vontade deste; por fim, as relações entre indivíduos, e por outro, com o Estado não pode ser igual as relações entre os indivíduos. O contrato é válido para as relações entre indivíduos e não entre indivíduos e Estados. Isto porque, os contratos entre indivíduos possuem as partes relativamente independentes entre si e o acordo estabelecido visa um outro fim, ora, Hegel interpreta o Estado como uma relação necessária “em si e para si” independente das necessidades objetivas.

Paradoxalmente, o indivíduo agora deve responder ao Estado em uma relação de dever, seu direito é subordinado ao Estado soberano que se transforma em Estado disciplinador. Entretanto, diferentemente do Estado absolutista o povo passa a ser a parte material do poder estatal. Marcuse não vê inconsistência no sistema Hegeliano ao subordinar a liberdade do indivíduo pela autoridade legitimada pela universalidade e que o racional se apresente sob a aparição da ordem vigente, já que Hegel procura configurar a realidade existente de acordo com o pensamento, acabando por manter a ordem existente. Contudo, seu pano de fundo é refletir a verdadeira história e o desenvolvimento dos antagonismos da sociedade individual que transforma a liberdade em necessidade e a razão em autoridade (MARCUSE, 1969, p.164).

É interessante que mesmo criticando Hobbes e Kant por legitimarem a ordem burguesa, Hegel em sua filosofia do direito desenvolve conceitos que absorvem e conservam as contradições da sociedade. A defesa a esta possível inconsistência poderia se fazer na

medida em que a filosofia do direito não é interpretada como a totalidade do mundo da cultura, porque é apenas uma parte do reino do Espírito que se caracteriza pelo espírito objetivo. Esta parte não lida com a arte, cultura e filosofia que Hegel interpreta como a verdade última, e assim, apesar do Estado ser a realidade suprema do reino do direito, não pode ser considerado a realidade suprema dentro da totalidade de seu sistema, nem a mais alta divinação do Estado pode deixar de ser subordinado ao espírito absoluto, da mesma forma que se subordina verdade política e verdade filosófica (MARCUSE, 1969, p.197).

Hegel também não é um defensor da democracia. Após as guerras de 1813-1815, via as conseqüências dos princípios da liberdade e igualdade como um advento de mais privilégios à classe burguesa e à igualdade invocada como igualdade de pobreza e privação geral. A igualdade entre os indivíduos continuou algo irrealizável e as massas ainda passaram a ser manipuladas e privadas de privilégios. Este movimento se intensifica com os *burchenschafthen*<sup>21</sup> e pelos *turnvereine*<sup>22</sup>, que pregavam a liberdade e igualdade a uma determinada raça superior e o ódio aos franceses passaram a ser divididos com os judeus, católicos e “nobres”. Na verdade é esta democracia que Hegel visava combater, pois a via como a ameaça mais séria à liberdade depois de constituído a autoridade desde movimento.

Apesar de sua obra não romper com a ordem existente e, logo, não mexer nas autoridades, Hegel acreditava em um Estado governado por padrões da razão crítica e por leis universalmente válidas. Desta forma, tem-se uma defesa à filosofia de Hegel como um ideólogo do Estado nazista, vejamos ainda: “não há conceito menos compatível com a ideologia fascista do que aquele que funda o estado numa lei universal e racional que salvaguarda os interesses de cada indivíduo, quaisquer que sejam as contingências da sua condição natural e social” (MARCUSE, 1969, p.169).

A filosofia do direito hegeliana também pode ser interpretada como um culto à lei que seria a única forma política adequada à realidade da sociedade moderna, já que a luta entre o universal e particular se dá ao acaso e a lei surgiria como chave para transformação e reconciliação desta relação. O estado moderno passa a ser interpretado como a realização da razão quando a ordem vigente é considerada racional. Hegel tenta com isto descartar a ideologia, contudo, sua filosofia que revela as contradições da sociedade ao mesmo tempo pactua com a ordem existente.

---

<sup>21</sup> Agremiações estudantis.

<sup>22</sup> Clubes de ginásticas, fundados por F.L. Jahn.

A liberdade na filosofia do direito refere-se à relação essencial entre liberdade e pensamento assinalada em sua lógica e por meio disso revela a ligação entre o idealismo e o princípio da propriedade, seu discurso passa a fundamentar metafisicamente a propriedade.

Em sua análise sobre a vontade autodeterminada<sup>23</sup> a propriedade se constitui no próprio indivíduo, a vontade livre surge como pura vontade de liberdade. Esta seria somente a idéia do direito e da liberdade, sua concretização se daria com a emancipação do indivíduo que impõe sua vontade como liberdade de apropriação e isto se daria com a propriedade, e depois com a consciência do indivíduo de poder possuir os objetos que desejar. Com isto, Hegel interpreta a vontade livre necessariamente no “singular” do indivíduo, a propriedade privada passa a ser fundamentada de modo consistente a partir da natureza do indivíduo isolado, ou seja, passa a existir unicamente em virtude do poder subjetivo livre, não há Deus ou ordem necessária que precisa fundamentá-la.

Sua filosofia do direito apresenta aspectos progressistas e retrógrados, é indiferente às desigualdades características dos indivíduos, a universalidade da lei impõem um mínimo de igualdade racional a uma ordem irracional e injusta. O indivíduo desaparece sob a propriedade e é só em virtude dela, subordinando a supremacia da liberdade à relação entre coisas que é assegurada pelo contrato.

Por fim, o Estado no pensamento hegeliano surge como uma realidade em “si e para si” distinta e elevada em relação ao indivíduo e a sociedade. Tanto a família quanto a sociedade civil são interpretados não como um fim em si mesmo e com isto transfere para o Estado a tarefa de concretizar a ordem da razão e a liberdade. A soberania estatal se reveste de uma realidade “metafísica” permitindo submeter toda a autoridade social à autoridade enquanto tal. Paradoxalmente, o Estado só impulsiona a sociedade civil e resguarda os interesses e conteúdo da mesma.

Para esclarecer melhor este ponto:

Os estados se inter-relacionam de modo natural e não de modo legal. Daí haver a luta contínua entre eles. Os estados concluem tratados, forjando com isto uma relação legal. Por outro lado, entretanto, são autônomos, e independentes. O direito, por conseguinte, não pode, entre eles, existir. Os

---

<sup>23</sup> Hegel critica a vontade no pensamento de Rousseau por reduzir a vontade e o espírito individual ao capricho íntimo na base essencial e primitiva da sociedade. Hegel encara a vontade com os duplos elementos do particular e universal, sendo que ela não está capacitada a produzir uma ordem social e política, pois para tanto são necessários outros fatores ao longo da racionalidade histórica.



estados podem, arbitrariamente, rasgar os tratados e devem, constantemente, suspeitar uns dos outros. Eles agem com violência porque estão em estado natural. Conservam e conquistam seus poderes pelo poder próprio de cada um, sendo obrigados, necessariamente, a mergulhar na guerra (MARCUSE, 1969, p.2004).

Ora, Hegel teoriza um estado “divinizado” que domina a sociedade civil, mas com isto joga a liberdade à necessidade da propriedade, entrega a sociedade à natureza e a razão ao capricho. Refletindo sobre o trecho acima percebe-se a semelhança com o pensamento de Hobbes, que rejeita o direito internacional, no qual sua soberania não poderia ser limitada por nenhuma outra, jogando as relações estatais numa situação semelhante ao “estado natural”. Com isto, após fundamentar a propriedade metafisicamente e “isentar” o estado da promoção da segurança jurídica da propriedade e dos contratos que delas advém e após idealizar o Estado de forma “divinizada”, Hegel joga todas as relações entre estados em uma arena semelhante ao “estado natural” na força do mais forte.

Além disso, a submissão do indivíduo se ratifica em sua psique com o patriotismo<sup>24</sup> e a família como a raiz moral do Estado, não que isto implique que o Estado surja da derivação da família, mas agora esta é que possui o condão de moralizar o indivíduo. A relação de dominação e servidão passa a ser possível devido ao processo de trabalho que fundamenta e assegura a dependência do servo e a independência do senhor; o idealismo alemão surge com a constatação da existência social dos homens construídos como uma ordem autoritária de dominação, no início o espírito objetivo não encontra a razão abstrata, mas a violência abstrata. Este é o longo caminho que leva a justificação do Estado moderno a partir da verdade absoluta do conceito, que até mesmo Hegel admitia que no início se justificasse pela violência.

---

<sup>24</sup> Movimento que ganha grande impulso no final do século XIX.

## CAPÍTULO 2 – A RUPTURA DO PARADGIMA

### 2.1 Contexto Histórico

No início deste trabalho partimos da Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão de 1789 como sendo um marco histórico da conquista dos direitos individuais na era moderna que tinha a pessoa humana enquanto “valor fonte” do Direito. A partir desse momento, o homem e não mais o comando de Deus ou dos costumes da História seriam fonte da Lei. Além disso, a Declaração de 1789 também visava à proteção dos indivíduos frente ao poder estatal; assim, aqueles direitos que antes eram garantidos pela ordem espiritual, religiosa e social independente da ordem estatal, passaram a serem garantidos por uma lei advinda de um acordo entre os indivíduos que se materializou na Declaração de 1789. Com isso, durante o século XIX os direitos humanos eram invocados quando o indivíduo precisasse da proteção contra a soberania do Estado e da arbitrariedade da nova sociedade que se erguia.

Neste período os Direitos do Homem eram tidos como inalienáveis, irredutíveis e indeduzíveis de outros direitos ou leis, sendo o próprio Homem quem estabelecia sua origem e seu objetivo. A soberania das leis passava a residir na soberania do Homem, da mesma forma que a soberania do governo estava no povo, aquela deixou também de ser divina e passou a ser declarada em nome do Homem. Enfim, o Homem surge em um primeiro momento emancipado, isolado, dotado de dignidade e sem referência a uma ordem superior que imponha limites, contudo, o exercício desta individualidade só se realizaria enquanto membro do povo.

Arendt (2000, p. 325) identifica este paradoxo no surgimento dos direitos humanos, já que desde o início se tem um sujeito “abstrato” que não existia em parte alguma, e por outro lado, a questão dos direitos humanos estava vinculada à emancipação social que somente na manifestação da soberania do povo é que se poderia assegurar os direitos humanos. A autora constata assim, que era no povo e não no indivíduo que estava à imagem de homem. Esta idéia se verifica historicamente no surgimento de vários grupos de pessoas com direitos elementares que não eram assegurados pelos Estados-nações da Europa no início do século XX e intensifica-se mais após a Primeira Guerra Mundial momento em surgiram as minorias étnicas e os movimentos de refugiados resultantes das revoluções em alguns países europeus.

Os direitos do homem que eram tidos como “inalienáveis” e, portanto, eram independentes aos governos, se demonstra frágil e inútil diante da realidade do início do

século XX, pois as minorias e apátridas necessitavam da proteção de uma autoridade ou Estado para terem garantidos seus direitos elementares. Um fato curioso no surgimento das minorias e dos apátridas é que tanto os Estados não admitiam a limitação de sua soberania por uma entidade internacional não-governamental, como os próprios interessados, as minorias e apátridas tinham a convicção que só em sua “pátria-mãe” é que teriam seus direitos humanos assegurados e que a perda de sua nacionalidade significaria a própria perda dos direitos humanos. Na verdade o conceito de direitos humanos não foi tratado corretamente durante o século XIX e tão pouco os partidos liberais do século XX incluíram em suas plataformas políticas. Neste período acreditava-se que os vários direitos do cidadão supostamente personificado nos Direitos do Homem, que se supunham inalienáveis e independentes de cidadania e nacionalidade, seriam nos países democráticos garantidos pelas leis e nos despóticos se daria pela ação revolucionária.

A indeterminação dos direitos humanos se mostra mais evidente na tentativa de se criar um conceito de direitos humanos em contraste com os direitos do cidadão. Arendt (2000, p.327) identifica que a primeira perda das minorias e dos apátridas foi à perda de seus lares, do tecido social do qual faziam parte o que implica na perda da esfera pública necessária à ação humana. A segunda perda está relacionada à falta de proteção governamental, não exclusiva do país de origem, mas de toda a família de nações. Estes dois fenômenos não tinham precedentes na história e o próprio direito de asilo, que embora não incorporado nas constituições dos países europeus funcionou durante os séculos XIX e início de XX quando acaba se tornando tacitamente revogado. O problema se intensifica ainda mais com o surgimento dos refugiados e com o motivo de sua perseguição que não eram por algo que pensassem ou tivessem feito, mas por terem nascidos em uma raça errada.

Neste quadro, Arendt (2000) defende a idéia de que a maior perda de direitos do Homem não é a privação da vida ou de liberdade, mas a perda de pertencer a alguma comunidade; o problema não surge pela falta de igualdade perante a lei, mas de não haverem quaisquer leis para essas pessoas, somente em um último estágio é que o direito à vida e à liberdade é ameaçado. A privação principal dos direitos humanos manifesta-se na privação de um lugar no mundo que torne a opinião significativa e fundamental. Assim a perda da própria comunidade significa a expulsão do homem da humanidade, isto porque não estamos mais em uma sociedade atrasada ou tirânica, mas em um mundo totalmente civilizado e numa humanidade completamente organizada na qual a perda do lar equivale à expulsão da humanidade (ARENDR, 2000, p.330).

A Declaração de 1789 expressa a idéia de direitos humanos válidos e reais em qualquer tempo e espaço. Mesmo existindo um único ser humano na terra estes direitos seriam válidos, não dependiam da pluralidade humana ou da garantia do Estado e eram considerados válidos mesmo que um ser humano fosse expulso da sua comunidade.

No surgimento da Declaração de 1789 defendia-se a idéia de uma certa “natureza” humana que seria sujeita às mesmas leis da evolução e do indivíduo. Mas o indivíduo se aliena da natureza desde quando aprende a dominá-la, chegando à capacidade da destruição total da vida orgânica, destarte, na medida em que o homem do século XIX se emancipa da história, o homem do século XX se emancipa da natureza. O conceito de direitos humanos baseado em um ser humano em si, indivisível e no qual em qualquer parte do mundo possuísse determinados direitos inalienáveis desmoronou com o surgimento de homens que perdiam todas as suas qualidades e relações sociais, exceto o fato de serem humanos. Neste quadro, o maior risco que um ser humano passa a ter na terra é o fato de ser considerado unicamente humano e, conseqüentemente, passar a ser objeto de intensa propaganda que o considere inferior tornando-o frágil ao extermínio.

Para melhor esclarecer:

Se um ser humano perde o seu status político, deve, de acordo com as implicações dos direitos inatos e inalienáveis do homem, enquadrar-se exatamente na situação que a declaração desses direitos gerais previa. Na realidade, o que acontece é o oposto. Parece que o homem, que nada mais é que um homem, perde todas as qualidades que possibilitam aos outros tratá-lo como semelhante. Este é um dos motivos pelos quais é muito mais difícil destruir a personalidade legal de um criminoso, isto é, de um homem que assumiu a responsabilidade de um ato cujas conseqüências agora determinarão o seu destino, que a de um homem a quem foram negadas todas as responsabilidades humanas comuns (ARENDDT, 2000, p.334).

Ainda mais surpreendente é verificar que é mais fácil exterminar os apátridas que seriam o “sujeito ideal” da Declaração de 1789 do que um criminoso que foi condenado por um Estado. As pessoas que perdem suas qualidades políticas, tornando-se simplesmente seres humanos e nada mais, perdem o lugar comum a qual viviam e podiam desfrutar em sua elementariedade natural. O irônico é que esta perda de viver no lugar comum equivale ao instante que a pessoa passa a ser humano em geral, perdendo sua expressão e exercício de ação sobre o mundo comum, sendo apenas considerada em sua individualidade absoluta e singular o que implica na perda de todo o seu significado. O perigo da existência dessas pessoas é duplo: primeiro o seu número cada vez maior ameaça a nossa vida política e, por outro, a violência não vem mais da natureza ou de fora da comunidade comum, provém da

própria comunidade, como exemplo tem-se o Estado totalitário como fenômeno interno da civilização. Diante disso é que o Estado totalitário, principalmente o nacional-socialismo, apresenta-se como momento de ruptura – o hiato entre o passado e o futuro, produzido pelo esfacelamento da crise dos direitos humanos (LAFER, p. 118, 2006). Serão analisados alguns pontos das políticas adotadas durante o regime nazista<sup>25</sup>, no entanto, antes é necessário apresentar os paradigmas que influenciaram o Direito moderno, para poder refletir sobre os Direitos humanos e a ruptura do mundo moderno.

## 2.2 A quebra de paradigma

Na apresentação dos modelos de paradigmas que estruturaram a reflexão jurídica do mundo moderno foi utilizada a interpretação de Lafer com relação a esta idéia. Segundo Lafer o paradigma clássico da reflexão jurídica foi o Direito Natural<sup>26</sup> utilizado eficazmente do século XII até o século XVIII, quando foi incapaz de lidar com os problemas internos surgidos em seu paradigma (LAFER, 2006, p.16).

Apesar de haverem inúmeras formas de interpretação do Direito Natural há pontos comuns entre estas teorias, como: a) a idéia de imutabilidade que implica em princípios que escapam ao processo histórico e podem ser invocados por qualquer pessoa em qualquer época; b) a idéia da universalidade de seus princípios o que implica na sua intemporalidade; c) a base destes princípios que é a razão ou revelação, o que implica em princípios que são dados pela razão e não postos por uma convenção; d) a idéia que a função do Direito não é comandar, mas qualificar uma ação como boa ou má, justa ou injusta. O que segundo Lafer promove uma aproximação entre Direito e moral (LAFER, 2006, p. 36).

Estas características denotam a prevalência do Direito Natural sobre o Direito Positivo, já que este é resultado das convenções e é limitado pelo seu particularismo de tempo e espaço. Neste sentido:

...que o Direito Natural possui dois planos em sua elaboração doutrinária: o ontológico e deontológico, no primeiro o Direito identifica-se com o Direito Natural; no segundo, o Direito Natural seria um sistema de norma universal e imutável de valores. Com isto, a primeira acepção abrange a segunda, pois o Direito constitui-se o dever-se do Direito Positivo, Direito Positivo e justiça são interpretados como sinônimos. Já no aspecto deontológico não engloba o aspecto ontológico na medida em que este admite aspectos sociais, políticos

---

<sup>25</sup> Apesar de Arendt fazer um estudo sobre o Estado totalitário, será concentrado apenas no nacional-socialismo

<sup>26</sup> O jusnaturalismo moderno é uma revitalização pedagógico-cultural da multissecular crença na existência de um Direito Natural elaborado durante os séculos XVII e XVIII.

e econômicos que influenciam no aspecto jurídico, o Direito Natural existiria para controlar eventuais abusos do Direito Positivo (LAFER, 2006, p.37).

A idéia do Direito Natural, no entanto, acaba sendo corroída por paradoxos que surgem em seu desenvolvimento histórico, dentre eles podemos citar: a secularização, sistematização, positivação e historicização do Direito.

A secularização diz respeito aos conceitos de soberania e razão do Estado e à reforma protestante que levaram a separação entre Direito e Teologia procurou fundamentar um Direito válido universalmente e independente de qualquer crença religiosa. Teorizava-se uma ordem externa na qual os diferentes Estados poderiam reconhecer uma ordem transcendente a suas manifestações e no plano interno fundamentava-se uma justificação do Direito e do Estado na ação individual do homem independente de Deus. Conceitos como direitos inatos, estado de natureza e contrato social, embora utilizados diversamente por vários teóricos, exprimiam o objetivo de uma justificação doutrinária do Direito e do Estado independente de Deus, pautado apenas na ação individual do homem, uma revolução no pensamento da época. Este movimento conseguiu não só se afirmar em sua época como também influenciar as posteriores. Esta influência se verifica nas teorias constitucionais e na codificação jurídica. Na verdade, o Direito Natural enquanto racional e universalmente válido, procurou através do uso da razão elaborar um sistema lógico-demonstrativo do Direito, com isto, o Direito racional e sistemático vai aos poucos se identificando como o direito codificado e positivado na Constituição e Códigos até que o fundamento do direito passa a ser buscado na manifestação do legislador, confundindo-se com o direito positivado pelo Estado, característica já da modernidade. Quanto à historicização do direito confronta a idéia de direitos contingentes e variáveis no tempo e espaço que servem como obstáculos à idéia de direitos inatos e imutáveis.

Estes problemas acabaram por gerar uma crise no paradigma do Direito Natural que acabou sendo substituído pelo paradigma da Filosofia do Direito a partir do século XIX. Lafer interpreta este fenômeno como um resultado histórico surgido a partir de problemas e fatos internos ao paradigma do Direito Natural, sendo este incapaz de superá-los. (LAFER, 2006, p.40).

Com o movimento de codificação jurídica aos poucos a diferença entre Direito Natural e Direito Positivo vai perdendo sentido, ao passo que emerge o paradigma da Filosofia do Direito que procura não só responder questões que o velho paradigma não conseguia como também passa a interpretar o Direito Positivo como o unicamente válido. Isto

se intensifica após a publicação dos Lineamentos Fundamentais da Filosofia do Direito de Hegel de 1821. Neste pensamento desaparece a dicotomia Direito Natural / Direito Positivo, e a partir de então o Direito posto pelo Estado vai se tornando progressivamente a única fonte do Direito.

A idéia de sistema era um ideal do saber científico proposto pelo jusnaturalismo moderno, além disso, a realidade da época era um verdadeiro caos jurídico nas relações privadas, conseqüentemente, reinava a insegurança jurídica. Neste contexto, surge a codificação, na qual o maior expoente é o Código Civil napoleônico de 1804 que tinha um duplo objetivo: acabar com o caos jurídico no Direito Privado e, segundo, fornecer ao Estado um mecanismo de intervenção na vida social. Com isto também muda-se o modo de interpretar a função do Direito que passa do caráter operacional de qualificar ações como boas ou más para um caráter técnico-instrumental que procura disciplinar a vida em sociedade.

A par disso, tem que se frisar o contexto histórico do século XIX fortemente influenciado por discursos como do evolucionismo de Darwin e do positivismo de Comte, métodos que procuravam a partir das observações dos fatos estabelecerem leis gerais buscando o dever-ser a partir da realidade. Esta forma de pensar influenciou fortemente o pensamento jurídico. A Filosofia do Direito surge neste contexto e preocupada em resolver problemas que o Direito Natural não era mais capaz de resolver. Problemas que acabam por definir o paradigma da Filosofia do Direito. Obviamente que estes problemas foram tratados diferentemente por inúmeros pensadores, o que resultou em diferentes e até conflitantes teorias sobre um mesmo fenômeno, contudo, um aspecto é comum: as perspectivas tratadas pelos pensadores na investigação filosófica do Direito surgem de problemas específicos do Direito Positivo e procura ir além do Direito Positivo para poderem lidar com ele (LAFER, 2006, p. 49).

A Filosofia do Direito procura uma investigação teórica da atividade prática do Direito, por isso prática e teoria tem que ser harmônicas. Podem-se destacar quatro campos de investigação da Filosofia do Direito: o metodológico; da validade formal da norma (ontológico); efetividade da norma (fenomenológico); e justiça e legitimidade da norma (deontológico). Cabe ainda ressaltar o campo que surge da indagação ontológica: “o que é Direito?” Esta indagação enfoca o Direito por um ângulo interno não mais preocupado em uma fundamentação extra-sistêmica, disto surge a Teoria Geral do Direito que muitos consideram o principal campo da Filosofia do Direito. Segundo Lafer (2006) este paradigma está em consonância com o criticismo transcendental caracterizado pelo formalismo de forte influência kantiana. Após Kant a Teoria Geral do Direito passa a ser considerada uma

disciplina autônoma das demais ciências, além disso, passa a ser evidente que uma definição do Direito a partir do Direito Privado era incompleta, sendo necessário o reconhecimento da realidade estatal.

Lafer cita Santi-Romano que defende uma teoria do Direito identificada com o ordenamento jurídico e com uma totalidade organizada que não perde sua identidade mesmo com a mudança de alguns elementos. O Direito seria um ordenamento unitário complexo e sistemático de todas as normas do Direito Positivo de uma comunidade ou país (LAFER, 2006, p.52). As preocupações dos teóricos passam a ser com a forma das normas e do ordenamento e não mais com o seu conteúdo, isto também se deve ao fato de ao se identificar o Direito com o Direito Positivo e sendo este mutável e dinâmico, os teóricos do Direito não poderiam refletir sobre o conteúdo de algo que invariavelmente mudava, por isso a ênfase no aspecto formal do Direito.

Este ponto de vista do Direito preocupado com o aspecto formal não privilegia os fatos, pessoas, comportamentos ou necessidades práticas da realidade social; contudo, o Direito positivo refere-se a fatos e é esta relação entre Fato e Direito que leva a um outro campo no paradigma da Filosofia do Direito, que é o da fenomenologia jurídica que procura a resposta: “para que serve o Direito?”. Este ângulo externo tem mais a ver com a sociologia jurídica e a filosofia da história, procura analisar a relação interna do ordenamento jurídico com o externo que o diz respeito. Os teóricos procuram agora comprovar, interpretar e conciliar o ordenamento jurídico. O que importa agora é o momento do impacto social da norma de sua aplicação. Esta forma de interpretar o Direito surge da inexactidão entre o direito posto e a realidade social.

Como bem lembra Lafer:

A elaboração deste campo do paradigma da Filosofia do Direito teve papel decisivo na hermenêutica e na aplicação, pois evidenciou que a interpretação do Direito não é declaratória e reprodutiva de um Direito Positivo pré-existente, mas sim constitutiva e produtiva de um Direito atualizado, que leva em conta o novo no fato social (LAFER, 2006, p.57).

Esta forma de interpretar o Direito como um sistema aberto leva mais em consideração as mudanças ocorridas na sociedade. O Direito deixa de ter um caráter exclusivamente instrumental para ser um instrumento de direção social que procura promover os comportamentos válidos ou desestimular condutas indesejáveis. Esta mudança se insere na própria mudança da função estatal, que agora passa a se importar com os destinatários das normas.



Este modo de abordagem leva a construção de outro campo no paradigma da Filosofia do Direito baseado na categoria do interesse e preocupado na efetividade e aplicabilidade da norma, este campo é o da deontologia que significa conhecimento daquilo que é justo. Neste campo de atuação a Filosofia do Direito e a Teoria da Justiça procuram a análise do conjunto de valores, bens e interesses positivados pelo Direito cuja demonstração seja inquestionável. A Teoria da Justiça realça o aspecto que o Direito não é um dado, mas algo criado por um poder. Daqui surge a relação entre Direito e poder que no mundo moderno se traduziu no monismo jurídico posto pelo Estado de Direito.

A justiça também passa a ser identificada com a legalidade e, conseqüentemente, ocorre uma identificação entre conceito formal da justiça e conceito formal do direito. Esta correspondência vai se consolidando no campo da deontologia que procurou fundamentar a legitimidade do poder e da norma. Contudo, além do problema surgido em se confundir Direito com Justiça, o que ocorreu na modernidade foi ainda que a relação entre legitimidade e legalidade vai aos poucos sendo obscurecida, ao ponto das normas jurídicas retirarem sua legitimidade da legalidade até se chegar no positivismo jurídico que encara a obediência à lei como um dever da consciência.

Diante desta crise é que surge o pluralismo jurídico que procura ir além do monismo jurídico, reconhecendo que as relações sociais que interessam ao Direito Público não se esgotam nos indivíduos, pois há outras organizações sociais derivadas e vinculadas de diversas bases territoriais. O pluralismo é uma forma de descentralização funcional e territorial que surge em resposta à crise do Estado. Assim, o pluralismo advoga nas sociedades contemporâneas uma legitimidade que exprime reivindicações concretas dos movimentos profissionais e étnicos, na política de organizações de um só tema, como as ecológicas e nas questões suscitadas pela autenticidade dentro da permissividade, típica da moral moderna (LAFER, 2006, p.72).

Somado a esta perspectiva há o fato de o Estado hoje ser visto como um mediador e fiador das negociações que se desenvolvem no seu interior com as empresas, partidos, sindicatos e grupos de pressão e disto resulta um ressurgimento do contrato social. Vale citar:

Um Estado que se sobrepõe a uma sociedade pluralista pode sobreviver somente sob a condição de que o pacto social seja continuamente renovado e legitimado. É por isso que, por exemplo, a renovação dos contratos coletivo de trabalho é um momento dramático na vida de um Estado industrial moderno. É também por essa razão que o acordo dos partidos, em regimes pluripartidários, tanto no parlamentarismo quanto no presidencialismo, é igualmente algo decisivo para a sobrevivência do Estado e para a sua governabilidade (LAFER, 2006, p.73).

Em síntese, de problemas surgidos no interior do paradigma do Direito Natural acabou-se chegando ao paradigma da Filosofia do Direito que procura respostas aos problemas do antigo paradigma. Os teóricos passam a se preocupar com a forma do Direito e não mais com o seu conteúdo desembocando na Teoria Geral do Direito. Da preocupação em se relacionar fato e Direito surge o campo da fenomenologia jurídica caracterizado pelo antiformalismo no processo de determinação do que seja o Direito; e dos problemas entre Valor e Direito surge a deontologia como um campo independente da análise da validade formal da norma e de sua efetividade. Este campo é caracterizado pela interação entre Filosofia Política e Teoria da Justiça, perspectiva também com conteúdo antiformalista na medida em que procura ir além da justiça como legalidade e da legalidade como legitimidade. Em suma, estas preocupações procuram diante da crise do formalismo jurídico transcender aos dados formais que se exprime do Direito Positivo objetivando sanar suas insuficiências.

### **2.3 A Lógica do Razoável**

Todos estes campos de atuação da Filosofia do Direito basearam-se na lógica do razoável que se diferencia da lógica do racional na medida em que procura estar mais próxima ao bom senso da razão prática e do sentido de medida daquilo que é aceitável em um determinado local; o razoável não se opõe necessariamente ao racional. É uma noção de conteúdo variável que procura por meio do bom senso adequar certos comportamentos a circunstâncias buscando uma pluralidade de soluções possíveis.

No paradigma do Direito Natural predominava a razão e o fim de uma demonstração lógica do Direito, contudo, com o advento da Filosofia do Direito e de seus campos de atuação a lógica do racional vai aos poucos dando lugar à lógica do razoável. Isto se dá devido aos problemas postos pelo Direito Positivo como a impossibilidade de demonstração de um único método para a variedade de direitos existentes e da dificuldade de se definir o Direito pelo seu conteúdo, a ênfase passa a ser pela sua forma; e frente ao descompasso entre as normas comportamentais e a realidade social e da discussão crítica dos valores da justiça contidos no Direito Positivo evidencia-se a crise da legitimidade do poder que positiva a legalidade.

A lógica do razoável foi capaz de fornecer a Filosofia do Direito a base necessária para lidar com as contradições advindas do positivismo jurídico como os problemas de se argumentar contra a monopolização do Direito pelo Estado ou contra o caráter dogmático da jurisprudência como forma de saber fundado no princípio da autoridade ou do que o Direito é

só o Direito Positivo. Contudo, há limitações à lógica do razoável, com vimos a lógica do razoável implica em conteúdos variáveis, destarte, em uma comunidade democrática composta por indivíduos abertos à razoabilidade e ao diálogo aceitam mais facilmente idéias que asseguram os direitos elementares das minorias. Em suma, é possível encontrarmos standards comuns à razão prática quanto a ações aceitáveis ou não o que propiciaria uma comunidade mais justa. Na verdade, esta é a linha seguida pelo neocontratualismo. No entanto, o século XX proporcionou experiências que fogem a lógica do razoável da qual o totalitarismo é a experiência mais evidente.

É válido lembrar que o fenômeno do autoritarismo se intensificou mesmo após a derrota nazista e em todos os autoritarismos a gestão autoritária da sociedade foi legitimada por um positivismo jurídico que ao lidar com questões como a dos “desaparecidos” escaparam à lógica do razoável. Disto ressurgiu a idéia de Direito Natural como um conjunto mínimo de valores de caráter permanente e essencial, que serviria ainda de limitação ao Estado e ao Direito Positivo. Este posicionamento defendido, dentre outros por Radbruch, é uma tentativa desesperada de resgatar, diante da crise instalada pela experiência totalitária, a mesma função histórica que o Direito Natural desempenhou do século XII ao XVIII, que era a de delimitar o poder soberano. É interessante observar este resgate como uma tentativa desesperada de limitar o poder soberano. Outros ramos como o utilitarismo, comunitarismo, neokantismo, também reconheceram a necessidade de limitação do poder soberano após o horror implementado pelo positivismo jurídico de Estados totalitários. Justificar o totalitarismo pela lógica do razoável é o mesmo que justificar o genocídio metódico e sistemático contra inocentes pautado em um positivismo jurídico. Neste sentido, o pensamento de Arendt (2000) instiga a pensar de como este movimento não oferece acesso à racionalidade ou razoabilidade do mundo, mas sim a sua ruptura.

Por fim, a realidade do século XX tornou no mínimo questionável a idéia de direitos humanos enquanto base do Direito Natural. A idéia de pessoa humana enquanto valor-fonte do Direito acabou se dissipando no século XX e é neste contexto que será analisado o processo de ruptura com a tradição.

#### **2.4. O Combate ao Liberalismo no Nacional-Socialismo**

Diante do quadro apresentado é que se ergue o Estado moderno, esta estrutura é a mesma herdada pelo Estado totalitário do nacional-socialismo. Este Estado surge como uma “nova visão do mundo” que invocava idéias como o realismo heróico popular; uma nova

teoria dominante da raça que combatia o racionalismo; a totalidade orgânica contra o indivíduo. Contudo, em que pese estas asserções serem contrárias ao liberalismo, esta “luta”, se de fato ocorreu, se deu apenas de forma periférica não combatendo o legado herdado do liberalismo. Isto se percebe ao analisar como o nacional-socialismo interpretava a teoria liberal, inicialmente como: as “idéias de 1789”, o humanismo e intelectualismo ou a disputas de interesses de grupos detentores do poder. Neste ponto vale frisar a objeção de Marcuse no caráter abstrato destas asserções ausente de qualquer conteúdo histórico. O liberalismo não pode ser simplesmente interpretado como as “idéias de 1789”, pois tais idéias foram em determinados momentos combatidas pelos liberais, assim idéias como um “Estado mínimo” que não fosse forte, o “laissez faire, laissez passez”, são conceitos vagos e que na maioria dos acontecimentos históricos do séc. XIX não foram de fato seguidos (MARCUSE, 1997, p.51).

As reivindicações mencionadas pelos liberais de fato dificilmente ocorreram, com uma exceção: a garantia da propriedade privada e a segurança jurídica. Isto as novas ditaduras asseguraram, ou seja, a estrutura social herdada do liberalismo não é de forma alguma questionada pelo nacional-socialismo, sendo que o combate se dava apenas na luta de “visões do mundo” não atingindo a ordem estabelecida. Qualquer ataque que se dava, como contra a figura do burguês “mascate” pequeno e mesquinho, era ausente de sentido. No séc. XX esta figura já não mais importava a ordem estabelecida e por isso podia ser ridicularizada, enquanto que a função econômica do burguês ficava preservada e intocada. Nesta luta o burguês “mascate” é humilhado e o “genial dirigente econômico” é glorificado. Não obstante a isto, a teoria totalitária também acreditava no equilíbrio das forças econômicas e até o direito natural era defendido por ela, mas agora o direito natural não se referia mais ao indivíduo e sim ao povo que é interpretado como um dado e resultado histórico, diferentemente do naturalismo liberal que é montado a partir da razão, o naturalismo antiliberal é montado a partir do irracionalismo.

A teoria irracionalista do nacional-socialismo não necessita de negar a razão, pois a razão já é subordinada aos dados irracionais da natureza, do sangue, da terra e do povo. A razão desde o início está subordinada à heteronomia irracional, conduzindo apenas a uma reinterpretação normativa dos dados irracionais. Neste ponto o nacional-socialismo possui um ponto contrário ao liberalismo que pregava uma teoria racionalista na qual a harmonia dos indivíduos se dava pela razão. Contudo, no desenvolvimento histórico surgem elementos pelos quais a teoria racionalista é incapaz de se superar a partir de si mesmo. Mediante a privatização da razão a sociedade que se ergue é privada de seu objetivo final, que é o “universal” e deveria conservar a “felicidade individualista”. Com isto passa a se ter uma

recriminação justa ao liberalismo que é a sua abstração do discurso universalista da humanidade. O racionalismo liberal perde sua sustentação quando a “sua harmonia” se contradiz com as diferenças de classes cada vez mais nítidas, capaz de produzir uma sociedade muito rica, mas não tão rica a ponto de acabar com a miséria.

Estes dados demonstram alguns elementos da teoria liberal que estão na teoria totalitária do Estado; é a partir daquela estrutura que se desenvolve a “nova teoria”, especialmente quando a livre concorrência de empresários individuais e autônomos se “confrontam” com a moderna estrutura do capitalismo monopolista, em que as relações de produção exigem um Estado forte e mobilizador dos meios do poder, neste momento é que surge o liberalismo como “inimigo número um”. Pode-se dizer assim que o liberalismo gerou a partir de si o Estado totalitário, como sendo a realização de um estágio evolutivo do capitalismo. Não que o nacional-socialismo tenha sido um simples desdobramento do liberalismo, pois nesta “nova ordem” passaram a existir alguns elementos novos que anunciam um contra golpe ao liberalismo como o universalismo, o naturalismo e o existencialismo, estes novos elementos serão citados apenas superficialmente.

Em relação ao universalismo que como citado foi uma das omissões do liberalismo que não conseguiu harmonizar o todo frente ao indivíduo, a nova teoria interpreta o “universalismo” como uma condição para a felicidade do indivíduo, esta especulação se insere enquanto uma exigência ao desenvolvimento econômico. O objetivo desta medida era de implementar uma sociedade “sem classes” e, conseqüentemente, barrar qualquer possibilidade entre possíveis luta de classes, entretanto, a estrutura social continuava sendo a mesma estrutura herdada do liberalismo. A “nova teoria” conduz a uma interpretação organicista da sociedade como algo natural e orgânico que não pode ser questionado pela razão, pode apenas ser entendido e não mudado. Assim como a sociedade passa a ser interpretada como algo natural, a história também passa a ser orientada desta forma, as revoluções ou qualquer questionamento passaram a serem repelidos. A conseqüência em relacionar a história como algo natural implica na conservação do legado herdado do liberalismo, o que acaba por estabilizar as injustiças sociais.

Com a interpretação de que a economia também possui um caráter natural, as injustiças geradas pelo capitalismo acabam sendo legitimadas e passam a ser isentas de possíveis questionamentos. A teoria antiliberal repousa, por um lado, em defender um realismo rígido e, por outro, em defender valores ideais como sendo o último sentido da vida e da salvação espiritual e, destarte, o realismo heróico pôde exigir que os indivíduos se submetessem a este sistema, justificando um sacrifício injustificável pela devoção

incondicional dos ideais impostos pela nova ordem. Para tanto, a cartada final é a implementação de uma teoria “existencial” que enfoca um prisma político que se baseia na determinação dada pelo teórico. Basicamente a relação existencial por excelência é a relação amigo-inimigo, mas esta relação não é derivada do uso racional do indivíduo e sim dada pelo teórico e diferentemente do liberalismo, o indivíduo é que passa a responder ao Estado e não mais o contrário.

Com isto, as diversidades que antes eram características do Estado moderno passaram a não mais fazer sentido, pois o Estado nacional-socialista através da sua liderança autoritária esvazia toda a diversidade social. O nacional-socialismo passa agora a definir toda a ação individual, a responsabilidade pela existência individual passa a ser definida pelo Estado e com isto a existência individual é destruída. Neste caminho a teoria totalitária do Estado na busca da destruição do racionalismo e do liberalismo acaba por jogar os indivíduos à deriva de forças irracionais e ilimitadas, em meio a um aparato brutal nunca antes visto na história da humanidade e, ainda, justificando sacrifícios injustificáveis em nome de um “heroísmo” (MARCUSE, 1997, p.70).

Arendt (2000) também constata que os movimentos totalitários objetivaram e conseguiram organizar as massas, e não as classes como faziam os partidos anteriormente. O Estado totalitário estabelece um regime inteiramente totalitário a ponto de impor um só partido. É interessante ressaltar a forma de união das massas:

Os movimentos totalitários são possíveis onde quer que existam massas que, por um motivo ou outro, desenvolveram certo gosto pela organização política. As massas não se unem pela consciência de um interesse comum e falta-lhes aquela específica articulação de classes que se expressa em objetivos determinados, limitados e atingíveis. O termo massa só se aplica quando lidamos com pessoas que, simplesmente devido ao seu número, ou à sua indiferença, ou a uma mistura de ambos, não se podem integrar numa organização baseada no interesse comum, seja partido político, organização profissional ou sindicato de trabalhadores, potencialmente, as massas existem em qualquer país e constituem a maioria das pessoas neutras e politicamente indiferentes, que nunca se filiam a um partido e raramente exercem o poder de voto (Arendt, 2000, p.360).

Ainda no início da década de 20 do século XX, o nacional-socialismo recrutava pessoas indiferentes à política, que na maioria das vezes foram “esquecidas” pelos outros partidos. Desta forma, incluíram métodos novos de propaganda política que não eram contestados, pois as pessoas submetidas à propaganda não tinham a idéia dos conceitos tradicionais dos partidos políticos e com isto surgia um campo imune a discussões políticas, já

que não havia um confronto de idéias com os outros partidos, pois as pessoas que pactuavam com o nacional-socialismo eram hostis aos outros partidos.

Este tipo de abordagem feita por Arendt (2000) leva a duas constatações nos países democráticos: a primeira é que o povo, em sua maioria, não participa ativamente do governo e nem todos os indivíduos simpatizam com um partido político, assim, as massas neutras e indiferentes poderiam constituir a maioria num país de governo democrático e, por conseguinte, a democracia pôde “funcionar” de acordo com a vontade de uma minoria; a segunda constatação é que as massas politicamente indiferentes não importavam, pois eram neutras, na verdade demonstrou-se que o governo democrático poderia advir da silenciosa tolerância e aprovação de setores indiferentes. O fim do sistema de classes acabou por tornar sem importância os partidos políticos, já que estes tinham a função de representar interesses de certas classes as quais já não eram tão nítidas. Com isto os partidos passaram a defender conteúdos cada vez mais ideológicos e acabaram por perderem a força de recrutar novos adeptos e de terem o apoio das massas.

É interessante observar que as massas não surgiram da igualdade entre as pessoas, mas sim de indivíduos atomizados e individualizados de fragmentos da sociedade atomizada, cuja estrutura competitiva é concomitante à solidão do indivíduo que eram controladas apenas quando se pertencia a uma classe. Desta forma, como aponta Arendt: “a principal característica do homem de massa não é a brutalidade nem a rudeza, mas o seu isolamento e a sua falta de relações sociais normais” (ARENDR, 2000, p.367).

Diferentemente de outros movimentos partidários, o totalitarismo exigiu através da sua ideologia a lealdade total, irrestrita, incondicional e inalterável de cada membro individual, que para tanto tinha que ter um indivíduo isolado e atomizado de qualquer relação social ou familiar, só tendo lugar no mundo enquanto membro do partido.

O Estado totalitário mais do que passar por cima de todos os direitos inalienáveis aos homens, mais do que disciplinar o indivíduo a um sacrifício injustificável, acabou por jogar por terra todo o legado filosófico a que se dizia herdeira. O idealismo alemão alcançou seu ápice com Hegel, mas com a teoria totalitária do nacional-socialismo chegou ao ponto mais baixo e vergonhoso que nem os filósofos mais pessimistas poderiam imaginar. Além disso, pode-se verificar que esta teoria em muitos sentidos não foi uma luta contra o liberalismo e muito menos surgiu como uma “nova visão do mundo” ou questionou a estrutura social herdada, foi sim uma teoria oportunista que se utilizou, quando conveniente, do pensamento liberal e o negou quando achou que não era pertinente ao desenvolvimento da sua “nova visão do mundo”.

## 2.5 Indivíduo e Estado no Nacional-Socialismo

O interessante é observar que a forma de ascensão do nacional-socialismo não pode ser interpretada como uma revolução ou como uma restauração do poder, pois possui características comuns como o caráter autoritário do Estado; a repressão dos indivíduos em seus direitos e habilidades e o domínio por parte do Estado nas relações privadas e sociais, mas há características exclusivas do nacional-socialismo como o fim da distinção entre o campo de atuação estatal e social, fim da distinção entre público e privado. Estas medidas geraram uma indeterminação na qual o Estado pôde interferir em relações individuais antes intocadas; melhor dizendo, por um determinado ponto de vista pode-se dizer que o nacional-socialismo aprimorou a estrutura herdada da ascensão burguesa, tanto na forma de manter e concentrar a riqueza de determinados grupos, como de disciplinar os indivíduos a sua ideologia.

Segundo Marcuse (1997, p.47) o nacional socialismo aboliu algumas características essenciais do Estado moderno como a separação entre Estado e sociedade transferindo a certos grupos dominantes funções políticas antes pertencentes ao Estado. Relembrando, a organização do Estado moderno fundava-se fora das relações sociais, sendo que os direitos subjetivos eram o limite e o fim do domínio estatal, a característica básica desta forma de governo era o império da lei advinda do uso da razão, a lei além de expressar a liberdade do indivíduo também expressava o monopólio do poder coercitivo e a soberania nacional. Estas três características: império da lei, monopólio do poder coercitivo e soberania nacional expressavam a divisão racional das funções entre Estado e sociedade, contudo, esta divisão foi abolida pelo nacional-socialismo. A lei antes geral e universal e que servia como meio pelo qual o Estado operava racionalmente, passou a representar a diversidade de direitos particulares, com isto o juiz passava a não mais estar vinculado à lei e conforme mudavam-se os interesses mudavam-se as leis. Com esta medida o Estado nacional-socialista paulatinamente transferiu o poder de ditar regras a determinados grupos dominantes e, por conseguinte, acabou se tornando um órgão executor dos interesses econômicos imperialistas das classes dominantes. Neste ponto, percebe-se que não é o Estado que possui o caráter totalitário, mas sim o movimento do nacional socialismo, o Estado era apenas interpretado como instrumento técnico de poder separado da economia e da cultura e não mais como “um fim em si mesmo”.

O nacional-socialismo ergueu-se com a herança do Estado moderno que visava produzir e sustentar mercados internos e externos, mas que para tanto era necessário uma



política imperialista que somente através do Estado totalitário e autoritário poderia se realizar. Esta política imperialista tinha como ideologia o “princípio da eficiência”, segundo este princípio cada um receberia o que lhe era devido segundo seu desempenho na luta competitiva, independentemente dos meios e fins utilizados. Esta foi a interpretação utilizada por Hitler (1998, p.111) com a finalidade de erguer a Alemanha como uma poderosa nação concorrente mundialmente. Para tanto, as relações econômicas passaram a ser determinadas por fortes decisões políticas e, com isto, as relações econômicas se transformam em relações políticas. O Estado passou a assumir o risco antes do empresário, assumindo a iniciativa de conquista de novos mercados.

Mas ainda era necessário transpor a antiga estrutura, os indivíduos não estavam dispostos a se sacrificarem por uma política imperialista, para tanto o Estado nacional-socialista passou a se identificar com os interesses econômicos e, assim, as forças econômicas perderam sua independência passando a ser determinadas por forças políticas. Esta política imperialista necessitava de um forte controle estatal que aboliu a diferença de classes mediante um aparato opressor e terrorista que unificou os antagonismos da sociedade segundo seu “princípio da eficiência” e até mesmo os jovens passaram a ser disciplinados segundo a ideologia oficial.

Não obstante a estas medidas ainda se fazia necessário uma nova divisão dos poderes, agora entre a indústria, exército e o partido, sendo que os eventuais choques de poderes seriam harmonizados na figura do fuhrer. Esta suposta harmonia se fazia presente enquanto o sistema se expandisse, pois em caso de derrota só restaria o medo. Diante disso todos os participantes da sociedade deveriam se enquadrar ao “princípio da eficiência”. Esta eficiência é distinta da dos liberais que consistia no desenvolvimento das forças produtivas, intelectuais e materiais, com a conseqüente satisfação individual, refere-se sim a uma eficiência imperialista que implicava num grande empobrecimento e opressão humana.

As relações humanas e sociais passaram a ser controladas por este aparato burocrático que integrava os “três poderes”. A economia do nacional-socialismo assemelha-se ao liberalismo no sentido de emancipar os indivíduos segundo suas capacidades individuais, sem considerar suas origens sociais; desta forma, o nacional-socialismo se assemelha mais à consumação do que como o reverso do liberalismo, concretizando um indivíduo competitivo que libera suas forças de acordo com os interesses mais brutais.

O nacional-socialismo apesar de ser um Estado de massas isolou o indivíduo, o que facilitou ainda mais a sua submissão, sendo que o único terreno livre era o trabalho, que mesmo assim era disciplinado e até o lazer do indivíduo é voltado ao interesse do Estado.

Assim, todas as esferas antes intocadas pelo Estado moderno passaram a ser disciplinadas segundo o “princípio da eficiência” e uma possível frustração individual que poderia surgir passou a ser controlada e suprida pelo nacional-socialismo.

A compensação dada ao indivíduo consistiu em uma nova segurança econômica, o indivíduo antes livre passa agora a se sentir seguro, contudo, esta segurança advém de um imenso aparato opressor que ataca os “inimigos” que não concordam com sua política e oprime ocultamente os membros da sociedade. É interessante que paradoxalmente este sistema opressor concedeu algumas “quebras de tabus” que inicialmente deram a impressão de conquista de um novo campo de atuação da liberdade. Dentre os tabus abolidos estão o fim da discriminação entre as mães e os filhos ilegítimos; o incentivo de relações extraconjugais e o fim da figura santa da família, medidas que implicava em uma maior liberdade sexual. Mas o que Marcuse (1998, p. 126) chama a atenção, já que claramente estas medidas implicaram em uma mudança de comportamento, foi a forma pela qual se liberaram estes instintos, o que permite verificar se realmente ocorreu uma conquista de liberdade ou uma maior forma de submissão.

Três fatores refutam a idéia de conquista de liberdade: primeiro, a emancipação sexual se deu de acordo com os interesses e a política do terceiro Reich, ou seja, os instintos liberados possuíam um fim externo controlado e disciplina pelo Estado e, assim, um fim político; segundo, as relações sexuais que consistiam em um campo privado do indivíduo distinto da atuação estatal passa a não mais existir, o Estado se propõe a conquistar este espaço, o nacional-socialismo passa a proporcionar os prazeres mais íntimos dos indivíduos e este passa a segui-lo fielmente. Por fim, os impulsos e instintos liberados contra os inimigos do terceiro Reich. O membro superior do terceiro Reich educado e convencido de sua superioridade trata com desprezo e opressão quem não faz parte de seu meio. O nacional-socialismo conseguiu manipular as massas para os fins mais obscuros, liberando o ódio e a inveja para com o inimigo mais fraco. Esta forma de regime coordenou de tal forma os estímulos e frustrações que poderiam gerar uma rebelião que os sujeitos submissos ao regime aprenderam a amar e a perpetuar o mundo que os oprimia.

## **2.6 O caso Eichmann**

Diante do quadro apresentado, o Estado nacional-socialista pôde implementar a sua “solução final” ao problema da “questão judaica”. No pensamento de Arendt (2000) o genocídio é interpretado como o momento de ruptura com a tradição, o hiato entre passado e

futuro. O interessante são as conseqüências desta forma de pensamento, já que a falta de referência para uma ação futura baseada num passado próximo já não é mais possível. Nesta parte do trabalho, serão feitos alguns apontamentos sobre a interpretação de Arendt sobre o Genocídio como um crime contra a humanidade, perpetrado no corpo judeu. Para tanto, serão analisadas suas críticas ao julgamento de Eichmann em Jerusalém.

Com o fim da guerra em 1945, foi instituído o Tribunal de Nüremberg com o objetivo de julgar e condenar os criminosos de guerras da potência do eixo e em 19 de janeiro de 1946 é criado o Tribunal de Tóquio para julgar e punir os criminosos de guerra do Oriente. Já em 13 de fevereiro de 1946, a Assembléia Geral da ONU retoma a definição de crime contra a humanidade formulada pelo Tribunal de Nüremberg e confirma os princípios adotados tanto em Nüremberg como em Tóquio como princípios de Direito Internacional dando início ao Direito Internacional Penal. Lafer (2006, p. 169) salienta que o Art.6º, “c”, do Estatuto do Tribunal de Nüremberg procurou identificar algo novo, os crimes contra humanidade, sem referência na História, um crime que pelo assassinato, extermínio, escravidão e deportação que não tinha tipicidade nos crimes contra a paz e nos crimes de guerra. Apesar da argumentação de que se criou um Tribunal ad hoc para o julgamento, o que Lafer defende é que os meios empregados para tanto não se desviaram do poder e não caíram na mesma barbárie que estavam condenando e, principalmente, inaugurou as bases para um Direito Internacional Penal.

Neste sentido:

Os princípios de Nüremberg foram oficialmente sistematizados pela Comissão de Direito Internacional da ONU, por solicitação da Assembléia Geral em resolução de 1947. A formulação destes princípios, na forma de sete artigos, data de 1950. Os dois primeiros princípios desta sistematização afirmam a existência de um Direito Internacional Penal. Os princípios 3 e 4 excluem a alegação de ato de Estado e da ordem superior como justificativas a elidir a responsabilidade criminal. Esta deveria, consoante o princípio nº 5, ser apurada num fair trial a que se veriam submetidos os acusados das três infrações internacionais cominadas no princípio nº 6: crimes contra a paz, crimes de guerra, crimes contra a humanidade. Finalmente, o sétimo princípio considera crime internacional o conluio no cometimento de crimes previstos no princípio anterior (LAFER, 2006, p.169).

Estes princípios se transformaram em norma geral a partir da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, de 11 de dezembro de 1948, que entra em vigor em 12 de janeiro de 1951. A partir disso, o crime contra o genocídio passou a ser positivado internacionalmente como hard law, reiterado na Convenção sobre a

Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, de 1968, art. 1º, “b”. A Convenção para a Prevenção do Genocídio excluiu a responsabilidade coletiva ao buscar individualizar a responsabilidade penal do agir criminoso e procurou estabelecer as penas aos governantes, funcionários e particulares que participam do genocídio. Além disso, o importante é que a participação no crime de genocídio passou a ser considerada crime de Direito Internacional Público, positivado desde a Convenção de 1948 e considerado norma imperativa geral do Direito das Gentes; contudo, há limitações já que não se preenche as exigências técnicas de uma norma criminal, como por exemplo, estabelecimento de penas. Isto se deve ao fato destas Convenções terem seguido a lógica do sistema internacional que se caracteriza pela distribuição individual do poder entre os Estados. A pena fica facultada ao Estado competente cujo ato foi cometido ou ao tribunal internacional competente.

É neste contexto que se insere o julgamento Eichmann. No livro Eichmann em Jerusalém, Arendt (2006) mescla jornalismo político, reflexão histórica e filosófica para entender o julgamento e repensar a responsabilidade do Estado burocrático moderno e em que medida o genocídio pode servir para reformular o conceito de soberania e influenciar nas relações entre Estados. Este julgamento foi cercado desde o início por algumas objeções quanto à competência judicial da Corte israelense para julgar Eichmann. Em síntese, as objeções eram de duas ordens: primeiro, referente ao modo que Eichmann foi capturado na Argentina o que poderia implicar na violação da soberania Argentina e, segundo, as vinculadas ao princípio de territorialidade, ou seja, Israel não era o fórum delicti comissi previsto pela Convenção para Prevenção de Genocídio de 1948. Contudo, estas objeções foram sanadas, primeiro porque a Argentina e Israel pactuaram um acordo para a captura de Eichmann em 3 de agosto de 1960 e quanto à responsabilidade de Israel frente à Alemanha se desfez quando a República Federal da Alemanha se recusou a qualquer tipo de proteção diplomática ao acusado. Outras inúmeras irregularidades e anormalidades foram apontadas, o que acabou por obscurecer os problemas morais políticos e jurídicos que o julgamento se propunha a resolver. Porém, iremos nos concentrar nos aspectos críticos que Arendt (2006) cuida quanto à competência da Corte de Israel; para tanto, a autora se concentrou nos três princípios do Direito Internacional Público invocados na sentença do julgamento: personalidade passiva, da competência universal e territorial.

Vale citar:

... a corte, para justificar sua competência, não deveria ter procurado nem invocar o princípio de personalidade passiva – que as vítimas eram judeus e que só Israel tinha o direito de falar em seus nomes – nem o princípio da

jurisdição internacional, aplicando a Eichmann, por ele ser *hostis generis humani*, as regras aplicáveis à pirataria (ARENDRT, 2006, p.282).

Arendt (2006) questiona o princípio da personalidade passiva por entender que assim o julgamento estaria sendo feito em nome das vítimas, como um direito à vingança e com isto o julgamento não estaria preocupado em fazer Justiça, mas em apenas satisfazer o “direito de vingança” das vítimas. O que deve pautar um julgamento não é o sentido de vingança da vítima, pois se assim fosse a vítima, caso perdoasse o malfeitor, poderia acabar por absolvê-lo de um possível julgamento. Ora, o motivo do julgamento existe devido a um ato que perturba ou traz riscos à comunidade, somente na esfera cível é que pode-se vislumbrar um direito de compensação e a disponibilidade do direito.

Mais criticável ainda é a competência em nome da jurisdição internacional, o que estava em evidente contradição com a lei que o acusado estava sendo julgado. A competência invocada pela Corte israelense baseava-se na possível semelhança entre o fato cometido pelo acusado e os crimes de pirataria, no qual quem os comete se torna *hostis humani generis*. Ora, o crime de pirataria possui exceção ao princípio territorial porque é um crime praticado em alto mar que é a terra de ninguém, o pirata não obedece qualquer bandeira, em suma, é um fora da lei, pois não participa de nenhuma comunidade. Entretanto, Eichmann foi capturado sob alegação de ter cometido crimes contra os judeus, *hostis judaeorum*, e fica difícil imaginar que ele não obedecia nenhuma bandeira ou estava sozinho em suas ações. Este ponto evidencia um dos principais problemas formulados pelo genocídio, esta prática de crime só pode ser cometida a partir de uma lei criminosa num Estado criminoso.

De acordo com a Convenção de 1948, Israel poderia ter instaurado um tribunal internacional ou reformulado o conceito de territorialidade como um conceito político legal e não simplesmente considerá-lo um espaço geográfico. A consequência desta omissão implicou numa característica peculiar: o acusado não havia sido devidamente preso e extraditado para Israel e sim houve uma clara violação para trazê-lo. Arendt (2006) cita que só o fato de Eichmann ser apátrida permitiria Israel fazer seu rapto, mas os precedentes invocados para a prática de tal rapto eram frágeis, pois o acusado teria que ser um fugitivo da justiça que fosse trazido de volta não ao lugar dos crimes, mas a uma corte que expedira um mandado válido de prisão, condições que Israel não preenchia. Este traço sem precedentes é criticado por Arendt (2006, p. 286): “o que vamos dizer amanhã se algum Estado africano resolver mandar seus agentes ao Mississipi para raptar um dos líderes do movimento segregacionista local?”. Mesmo um pedido formal de extradição à Argentina carecia de efetividade, pois pela lei Argentina todos os crimes ligados à última guerra tinham a limitação

de quinze anos depois do final da II Guerra e, em 7 de maio de 1960, Eichmann não poderia ser extraditado. Com isto percebe-se que os parâmetros legais postos na época não forneciam as bases legais necessárias.

Outro equívoco apontado por Arendt (2006) foi o povo judeu não ter reconhecido de que o genocídio se tratava de um crime sem precedentes na história, ao contrário, preferiram acreditar que se tratava de mais uma catástrofe histórica que insistia em abater-se sobre eles. Arendt aponta este equívoco como raiz dos fracassos e dificuldade do julgamento. As leis de Nuremberg, a expulsão do Reich, a concentração e o extermínio não formam uma linha reta de anti-semitismo, cada uma destas atitudes revestia-se de particularidades, tipificando “crimes” diferentes não só no grau de dano como em essência.

As leis de Nuremberg de 1935 legalizaram a discriminação aos judeus praticada antes dessa data, esta atitude era de competência da soberania alemã que poderia praticar tal discriminação, desde que preservasse os direitos e garantias estabelecidos pelos acordos e tratados das minorias reconhecidos internacionalmente. Entretanto, estes direitos não foram assegurados e mesmo assim esta legislação foi reconhecida como válida não só na Alemanha como em outros países, sendo sua violação um crime nacional. Por sua vez, a expulsão já era um crime contra a humanidade com base na política da boa vizinhança. O que é importante ressaltar é que estas duas modalidades, a discriminação legal e a expulsão, tinham precedentes na História, foi o extermínio da “raça inferior” e seu modo que passou a ser novo no sentido de “crimes contra o status humano”. A expulsão e o genocídio embora sejam crimes internacionais, diferenciam-se na medida em que o primeiro é crime contra as nações irmãs e, o segundo, contra o “status humano”.

Se a corte de Jerusalém tivesse entendido que havia distinções entre discriminação, expulsão e genocídio, teria ficado imediatamente claro que o crime supremo com que se defrontava, o extermínio físico do povo judeu, era um crime contra a humanidade, perpetrado no corpo do povo judeu e que só a escolha de vítima, não a natureza do crime podia resultar da longa história de ódio aos judeus e de anti-semitismo. Na medida em que as vítimas eram judeus, era certo e adequado que uma corte judaica pudesse conduzir o julgamento; mas na medida em que o crime era um crime contra a humanidade, era preciso um tribunal internacional para fazer justiça a ele, (ARENDR, 2006, p.292).

É interessante observar o senso crítico de Arendt (2006) com relação às irregularidades do julgamento, contudo, a invocação de um Tribunal Internacional sucumbiu em meio a outras propostas diferentes e menos importantes como o fato de os judeus não poderem figurar como juizes em seu próprio caso ou que Israel não estava fazendo nada mais

que os outros países invadidos pela Alemanha fizeram. Além disso, caso prosperasse a argumentação de um tribunal internacional surgiria a evidente contradição com a lei que Eichmann estava sendo julgado: a Lei (punitivas) dos Nazistas e Colaboradores dos Nazistas de 1950 e seria o mesmo que dizer que esta lei estava errada. Este posicionamento chega a ser defendido por Arendt (2006, p. 296) que se enquadra dentro da afirmação de que o crime de genocídio era algo novo e não semelhante a um crime de assassinato. Este tom de argumentação também demonstra a preocupação da autora de que o genocídio enquanto crime contra a humanidade não se repita, dado que as condições para que tal fato ocorra são presentes.

Assim, Arendt (2006) ao analisar o julgamento de Eichmann aponta não só a suas anormalidades, mas também sua finalidade que apesar de estritamente se acusar, defender julgar e punir o acusado, também havia o fato deste julgamento se tornar precedente para o futuro. Em que pese estas argumentações, os juízes da Corte israelense tinham a firme convicção de que não poderiam legislar sobre algo desconhecido e deveriam fundamentar-se na lei israelense. Além disso, o apego sempre que possível ao precedente do julgamento de Nüremberg serviu para evidenciar ainda mais as limitações do julgamento.

Arendt (2006) defende a supressão das limitações do julgamento de Eichmann baseada em três pontos: o problema da pré-definição da justiça na corte dos vitoriosos; uma definição válida de “crime contra a humanidade” e um reconhecimento claro do novo tipo de criminoso que comete esse crime; todos esses pontos já conhecidos e discutidos desde o julgamento em Nüremberg. Com relação ao primeiro ponto, surpreendentemente não se admitiu testemunha de defesa na Corte de Jerusalém, quanto ao ‘crimes contra a humanidade’ as conclusões foram melhores que a de Nüremberg, isto porque o julgamento não foi pautado na prática de um crime de guerra, mas centrado no crime contra o povo judeu, um crime cujo mecanismo e propósito eram sem precedentes, porém em nenhum momento do julgamento foi considerado que o genocídio fosse algo a mais que um crime contra o povo judeu ou que a ordem internacional e a humanidade como um todo pudesse ter sido lesada. Por fim, o tipo de acusado que ao primeiro momento poderia parecer como um “monstro”, “sádico”, acabou demonstrando-se assim como seus companheiros, terrivelmente normais, como um agente burocrático que recebia e executava ordens de um superior. Esta normalidade é salientada por Arendt como algo terrivelmente perturbador. O único fato que poderia evidenciar algum tipo de sentimento de culpa dos agentes nazistas era o fato de estarem preocupados no final da guerra em destruírem provas sobre o genocídio. Contudo, a fragilidade desta argumentação transparece quando se pergunta: será que se eles tivessem ganhado a guerra eles teriam este

tipo de comportamento? Provavelmente não. Por fim, nos sistemas legais modernos vigora a idéia de que tem que haver intenção de causar dano para haver crime, quando esta intenção não está presente, a capacidade de distinguir o certo e o errado fica comprometida, dando a impressão de não haver sido cometido crime. Era este o caso Eichmann que em nenhum momento admitiu querer prejudicar os judeus. E pode-se dizer que foram com expressões vagas como: “um grande crime que ofendeu a natureza, de forma que a própria Terra clama por vingança” serviu de base para o julgamento de Eichmann e de justificativa da imposição da pena de morte.



## CAPÍTULO 3 – PARADIGMAS FILOSÓFICOS

### 3.1. Paradigma do Agir Comunicativo.

Apesar de não fazer um estudo detalhado sobre o movimento totalitário como ruptura, Habermas (2003) reconhece a ruptura da modernidade defendendo a passagem do paradigma da razão centrada no *sujeito*, iniciada com Descartes, para a razão comunicacional. A nova mudança paradigmática situa-se neste contexto.

Assim, ao elaborar seu quadro teórico, Habermas (2003) se vê diante de dois paradigmas: um que se esgota e outro que se projeta. Aquele define-se como a *filosofia da consciência* ou *do sujeito* e este como paradigma da *comunicação*. A caracterização de cada um dos paradigmas define-se na relação estabelecida com o sujeito cognoscente. O paradigma da consciência, moldurado desde Descartes, passando por Kant até Hegel é visto como um paradigma no qual o sujeito é capaz de conhecer os objetos e a si mesmo e de dominá-los, portanto, tem função de conhecimento e dominação.

Diante dos limites do paradigma do sujeito, Habermas (2003) empreende um trabalho objetivando elaborar o novo paradigma, o da comunicação. No início serão configurados alguns pontos deste paradigma, no entanto, a concentração aqui se dará na superação da concorrência entre direitos humanos e princípio da soberania.

Como ponto inicial, pode-se dizer que o paradigma da comunicação não define mais o *sujeito* na sua relação com objetos para conhecê-los e dominá-los (paradigma da consciência). O sujeito, agora, é interpretado como aquele que se obriga historicamente a entender-se com outros *sujeitos*, entender-se sobre o que pode *significar* conhecer objetos e *dominar objetos*. O enfoque fundamental consiste não na autocompreensão do sujeito como *fundamento* ou *atividade*, mas na intersubjetividade constituída de sujeitos capazes de linguagem e ação.

A diferença entre os dois paradigmas explicita-se ainda mais vista a questão a partir da *razão*. No paradigma da consciência do sujeito tem-se uma razão centrada no sujeito, razão esta, que se revela *instrumental* e *subjetiva*. É instrumental na medida em que torna possível ao sujeito o controle teórico (conhecimento) e prático (dominação) das coisas, do mundo. É subjetiva porque privilegia o sujeito em detrimento do objeto, tanto ontológica como epistemologicamente. Dada esta premissa do sujeito como razão monológica, nos quadros paradigmáticos da consciência, como já foi visto, a noção central é a da subjetividade.

Já Habermas defende uma razão centrada na comunicação, alargando os horizontes da racionalidade, isto porque busca suas medidas não só na consciência e autoconsciência, mas em procedimentos argumentativos, que possibilitam além do elemento cognitivo, o prático, moral, emancipatório e estético. Assim, a razão centrada na comunicação substitui a "reflexão transcendental, solitária, anterior à fala, pela configuração da ação e do discurso no interior do processo comunicativo". (Ludwing, 2000)

Ludwing cita que Habermas elabora seu pensamento tendo presente um conceito amplo de razão, de validade geral. Recusa, entretanto, o conceito de razão pura. Formula um conceito de razão situada na história e sociedade. Com esta perspectiva de entendimento, a razão instaura-se através da linguagem, ou seja, na comunicação lingüística, objetivando o entendimento e o consenso. Eis a razão comunicativa ou agir comunicativo. A necessidade da mudança de paradigma para uma filosofia da linguagem resulta, em Habermas, na reflexão sobre as relações que se estabelecem entre os sujeitos, quando estes se utilizam da linguagem para referir-se ao mundo. Embora não se pretenda uma abordagem integral do pensamento habermasiano, uma abordagem mais detida se impõe.

Segundo o mesmo autor, Habermas insiste que a situação de fala ideal não pode ser vista como um fenômeno empírico, como consenso fático. Trata-se de uma suposição necessária. Esclarece o filósofo que "a situação de fala ideal não é um fenômeno empírico, mas uma suposição que fazemos inevitavelmente quando entramos em discursos."

A situação de fala ideal, em que pese ser uma idéia formal, impõe-se como critério, para possibilitar chances iguais aos sujeitos nos atos de fala. Não se supõe nenhum elemento de coação. Dessa premissa inicial resultam as condições de igualdade comunicativa nos atos da fala: a exigência formal da verdade, sinceridade e da correção normativa. Assim, "a idéia da comunicação racional através de atos de fala, que equivale à idéia de razão, está ancorada em estruturas fundamentais subjacentes à ação lingüística" e "em todo o ato de fala razoável exigimos necessariamente a verdade do conteúdo formado no proferimento, a sinceridade da intenção manifestada nele, bem como a correção do pano de fundo normativo que acompanha a relação interpessoal que se estabelece no ato de fala ilocucionário".

Feita a suspensão, segundo Ludwing(2000), Habermas introduz para os dois casos, o que ele chama de *princípios-ponte*, que servem como mediadores que permitem a passagem do particular para o geral. No discurso teórico o princípio-ponte é a indução e, no discurso prático, o princípio-ponte é a Universalização.

### 3.2 O direito como complemento da moral

Como frisado, Habermas (2003) se preocupa em esclarecer a relação entre direitos humanos e princípio da democracia, autonomia pública e privada, já que diante da tradição moderna o que se verificou foi que ora se privilegia os direitos humanos e ora o princípio da democracia, sempre um em detrimento do outro. Diante disso, a partir da terceira parte do capítulo 3 de “Direito e democracia”, Habermas (2003, V.I) inicia a fundamentação de um sistema de direito que faz jus tanto à autonomia privada quanto à pública dos cidadãos. Para tanto, tal sistema tem que garantir certos direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a atribuir-se mutuamente.

Como demonstrado anteriormente, uma das omissões do direito racional clássico é a de fundamentar um sistema de direito sob a perspectiva de quem não está participando. A partir dessa constatação e da análise dos dogmas, também se pode observar como surge paradoxalmente a legalidade da legitimidade, outra grave falha na construção do direito racional clássico e, por fim, a relação entre moral e direito.

A legitimidade do direito não tem o mesmo sentido da “moralidade”, embora ela não seja fundamentada na racionalidade específica da forma jurídica que exclui a moral, porque depende mesmo da relação entre direito e moral:

... se as qualidades formais do direito são encontráveis na dimensão dos processos institucionalizados juridicamente e, se esses processos regulam discursos jurídicos que, por seu turno, são permeáveis a argumentações morais, então, pode-se adotar a seguinte hipótese: a legitimidade pode ser obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental. A legitimidade da legalidade resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à sua própria racionalidade procedimental (HABERMAS, 2003, v. II, p. 203).

Diante desse contexto, a teoria do discurso de Habermas (2003) procura fundamentar e esclarecer o nexos entre direitos humanos e a soberania do povo ou princípio da democracia, pois as questões acima levantadas inevitavelmente desembocam nesta falta de harmonia no sistema do direito presente.

Habermas (2003) parte da constatação de que a relação entre direito e moral se distinguem entre forma jurídica e norma de ação e verificando que esta última forma já implica em uma posterior forma jurídica dos direitos subjetivos, o autor posiciona-se por um viés não do direito como complemento da moral – o que resultaria em um direito destituído de

peso moral –, mas do direito enquanto *medium* que pressupõe os direitos como que talhados segundo a liberdade de arbítrio de cada um e, por um outro lado, uma coordenação de ação intermediada por leis coercitivas que limitam os espaços das ações a partir de fora, resultando no valor posicional fundamental do direito que garante e compatibiliza entre si liberdades subjetivas imputáveis aos indivíduos (HABERMAS, 2003, v.I, p.156).

Esta perspectiva garante a autonomia privada o que implica na liberação das obrigações da liberdade comunicativa.<sup>27</sup> Aqui, cabe ressaltar que tal liberdade comunicativa só existirá entre atores que desejarem entender-se entre si sobre algo num enfoque performativo, ou seja, as pessoas ao definirem algum posicionamento têm de estar dispostas a fundamentarem com argumentos aceitos pelos participantes. No entanto, isto não implica em uma obrigação à participação no espaço público, pois não importa que os argumentos decisivos para um participante também sejam para outro. A autonomia privada do sujeito não precisa prestar contas a ninguém, pode ser também negativa, o que implica na possibilidade de se retirar do espaço público as obrigações ilocucionárias. É interessante observar que é a liberdade de ação subjetiva que justifica a saída do agir comunicativo e a recusa das obrigações ilocucionárias.

Neste ponto, novamente Habermas critica o princípio kantiano que estatui o direito às liberdades subjetivas de ação, que pode ser entendido da seguinte forma: o direito deve ser constituído num código jurídico na figura de direitos subjetivos, os quais imunizam os sujeitos jurídicos contra a imputação da liberdade comunicativa (HABERMAS, 2003, v. I, p.157). Ora, o princípio jurídico não exige apenas o direito a liberdades subjetivas em geral, mas também iguais liberdades subjetivas. No princípio kantiano a liberdade de ação subjetiva de todos segundo uma lei geral carrega o peso da legitimação que tem como pano de fundo o Imperativo Categórico. Por este viés é a razão que examina as leis, assim, nesta perspectiva o direito se subordina à moral, posicionamento rechaçado por Habermas (2003) devido à incompatibilidade com a idéia de uma autonomia que se realiza no *medium* do próprio direito.

A autolegislação dos civis proposta pelo autor vislumbra os homens submetidos ao direito e também como autores deste mesmo direito, fato este que não ocorre na perspectiva kantiana. Obviamente que tal perspectiva exige uma normatização politicamente autônoma dos participantes, o que permite aos destinatários do direito uma compensação correta da ordem jurídica. Ainda com relação à idéia de autolegislação, esta não pode ser deduzida da

---

<sup>27</sup> A idéia de “liberdade comunicativa” utilizada segue a linha de Gunther, que a entende como a possibilidade-pressuposta no agir que se orienta pelo entendimento de tomar posição frente aos preterimento de um oponente e às pretensões de validade aí levantadas, que dependem de um reconhecimento intersubjetivo (HABERMAS, 2003, v.I, p.155).

autolegislação moral de indivíduos singulares, ela necessita de uma autonomia mais geral e neutra e neste ponto o princípio do discurso é introduzido pelo autor, sendo assim fundamentado: “São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar seu assentimento na qualidade de participantes de discursos racionais” (HABERMAS, 2003, v. I, p. 142).

Esse princípio, como indiferente à relação entre moral e direito, pode se referir apenas a normas de ação gerais e deve assumir pela via da institucionalidade jurídica a figura do princípio da democracia (HABERMAS, 2003, v. I, p. 145-146), o qual confere força legitimadora ao processo da normatização.

A idéia básica é que o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e forma jurídica, o que implica na gênese do direito (LOIS, 2005, p.190). Tal interpretação começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito à liberdade subjetiva de ação em geral e termina com a institucionalização jurídica de condições para o exercício discursivo da autonomia privada dos cidadãos e, por esse motivo, Habermas (2003) afirma que o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo do sistema do direito. Assim, ele vislumbra um processo circular na construção do código do direito e no mecanismo de produção do direito legítimo, no qual autonomia privada e princípio da democracia se constituem de modo co-originário (HABERMAS, 2003, v. II, p.237).

Esta apresentação vai do abstrato ao concreto, sendo que a concreção acontece porque a perspectiva da representação que inicialmente foi trazida de fora é internalizada pelo sistema do direito. A partir disso e da análise de expressões como “forma jurídica” que estabiliza as expectativas sociais de comportamento do modo como foi dito e do princípio do discurso, “surge” a luz mediante a qual é possível examinar a legitimidade das normas de ação em geral e, desta forma, o autor fornece as categorias *in abstracto* de direitos que geram o próprio código jurídico. Estas categorias do direito são apresentadas da seguinte forma:

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 do direito;

3- Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direito e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual (HABERMAS, 2003, v.I, p.159).

Essas categorias do direito são retiradas da própria aplicação do princípio do discurso ao *medium* do direito enquanto tal, ou seja, das condições da formalização jurídica de uma socialização horizontal em geral. Apesar de, à primeira vista, tais direitos de defesa parecer os mesmos da linha liberal, de fato eles não são, pois aqui o filósofo ainda não vislumbra um Estado, mas sim busca uma regulação entre os civis livremente associados, antes de qualquer organização objetiva ou jurídica de um poder estatal. Neste ponto o que é garantido é a autonomia privada dos sujeitos jurídicos na medida em que se reconhecem mutuamente em seu papel de destinatários de leis, os que permitem a pretensão de obter direitos e de fazê-los valer; somente no próximo passo os sujeitos do direito também são autores. Vale citar a passagem:

- 4- Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* através dos quais eles criam direito legítimo. E ainda;
- 5- Direito fundamentais à condição de vida, garantida 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). (HABERMAS, 2003, v.I, p.159)

A categoria de direitos (4) encontra aplicação na interpretação dos direitos constitucionais e na configuração política posterior dos direitos fundamentais elencados de 1 a 4. Tais direitos políticos fundamentam o próprio *status* de cidadãos livres e iguais e configuram também a possibilidade de mudança material do sujeito de direito através da interpretação e configuração da autonomia privada e pública.

Entretanto, o autor se limita a comentar mais especificamente as quatro categorias de direitos de participação e de liberdade, com o intuito de interpretar tais direitos fundamentais sob a luz da teoria do discurso, o que segundo ele, esclarecerá a relação interna entre direitos humanos e soberania do povo e também a solução do paradoxo da legitimidade que surge da legalidade. Como se percebe, as primeiras categorias de direitos apresentadas caracterizam-se por normas de ação que surgem na forma jurídica que autorizam os atores a fazerem uso das liberdades de ação subjetiva. Habermas (2003) não se posiciona na simples forma do direito subjetivo, pois isso não resolveria o problema da legitimidade das leis. Entretanto, com base no princípio do discurso revela-se aos indivíduos que estes têm direitos a iguais liberdades de ação subjetiva e, assim, serão legítimas as regulamentações que compatibilizam a igualdade de direitos de todos os participantes. Este direito se equivale ao princípio kantiano, o qual garante a proteção à autonomia privada dos sujeitos de direitos, não que só isto possibilite a

institucionalização completa do código do direito, pois este encontra aplicação no interior de uma determinada comunidade de direito, na qual é determinado quais direitos cada um pode invocar.

A segunda categoria de direitos constitui-se de regras que regulam contextos internacionais de uma sociedade concreta e não interações entre sujeitos capazes de falar e agir em geral, como é o caso das regras da moral. Esta categoria limita-se a um contexto histórico e geográfico de uma determinada comunidade, isto porque os indivíduos se abstêm do uso da força para exercerem seus direitos, transferindo a terceiros todo o monopólio de força finita.

A terceira categoria refere-se à institucionalização jurídica do código de direito, que deve garantir os caminhos pelos quais os indivíduos possam exercer os seus direitos. À luz do princípio do discurso tem-se a garantia a todos os indivíduos a uma igual proteção jurídica, igual pretensão de ser ouvido e, assim, a aplicação do direito trata todos iguais perante a lei. Resumindo, percebe-se que os direitos a iguais liberdades subjetivas de ação, assim como os correlatos dos direitos de associação e as garantias do caminho do direito, estabelecem o código jurídico, ou seja, não há direitos legítimos sem esses direitos mencionados. Entretanto, apesar da similaridade, Habermas (2003) adverte que esses não são os mesmos direitos que fundamentam o liberalismo, que esses direitos precisam ser configurados e interpretados por uma legislação política e para preencherem a categoria do código do direito essas categorias jurídicas deverão ser assimiladas pelos seus destinatários.

Dois aspectos ainda merecem atenção. Por um lado, as três primeiras categorias de direitos representam a especificação dos direitos fundamentais singulares, portanto, representa o princípio jurídico que orienta o legislador. De outro lado, este se orienta pelos princípios arrolados, apesar de sua soberania, na medida em que serve do *medium* do direito. Estes princípios transparecem o sentido racionalizador da forma jurídica enquanto tal, já destacada por Hobbes e Rousseau. Percebe-se que o princípio do discurso está sendo aplicado à forma jurídica enquanto teoria a partir de fora, por uma perspectiva do teórico, este orienta os civis sobre quais direitos eles têm que reconhecer reciprocamente caso desejem regular sua convivência por meio de um direito positivo e este fato explica o porquê as categorias apresentadas foram abordadas abstratamente. Neste ponto, Habermas (2003, v. I, p. 163) alerta para a necessidade de se mudar esta perspectiva para a do sujeito do direito, que ao mesmo tempo em que é destinatário torna-se autor dos seus direitos.

Assim, enquanto sujeitos de direitos, estes só realizarão sua autonomia se entenderem e agirem como autores do direito ao qual desejam submeter-se. Por outro lado,

enquanto sujeitos do direito eles não poderão mais escolher o *medium* do direito no qual desejam realizar sua autonomia, pois já não podem mais dispor da linguagem: o código do direito é dado preliminarmente aos seus sujeitos como única linguagem para exprimir sua autonomia. Por isso, tem que se garantir as condições para o sujeito avaliar à luz do princípio do discurso, se os direitos que estão criando são legítimos e, para isto, serve os direitos fundamentais da opinião e da vontade do legislador. Tem-se assim uma mudança de perspectiva da visão do sujeito: agora reflete e decide, no papel de legislador constitucional, quais direitos devem ser conferidos e de acordo com o princípio do discurso pretendem dar validade as normas que encontram assentimento dos potenciais atingidos.

Assim, igual ao direito político fundamental, a liberdade comunicativa dos membros do direito exige uma formação do discurso da opinião e da vontade que possibilita o exercício da autonomia política através da assunção dos direitos dos cidadãos. Destarte, torna-se compreensível a interligação entre direitos humanos e princípio da democracia e, portanto, a co-originalidade entre autonomia pública e privada, não se reduzindo a autonomia dos cidadãos através de direitos naturais ou morais. Nesta perspectiva nada surge antes da autodeterminação dos cidadãos, tendo de um lado o princípio do discurso e, do outro, o *medium* do direito.

O autor defende o *medium* do direito, caso queiramos substituir com o auxílio a iguais direitos de comunicação e participação, o princípio do discurso enquanto princípio da democracia. Entretanto, o estabelecimento do código jurídico implica em direito de liberdade, que não limita a soberania do legislador.

O princípio do discurso e a forma jurídica não são suficientes para fundamentação de qualquer direito; este princípio só pode assumir o princípio da democracia se estiver interligado com o *medium* do direito formando um sistema que coloca a autonomia pública numa relação de pressuposição recíproca e vice-versa.

A autonomia política culmina na interpretação e configuração desses direitos através de um legislador histórico. Assim, nos atos constituintes de uma interpretação jurídica do sistema do direito, os indivíduos fazem uso originário de sua autonomia e, por isso, as constituições históricas referem-se aos mesmos direitos fundamentais. No entanto, tal sistema não é dado ao legislador constituinte como direito natural, os cidadãos explicitam os direitos que querem para regular sua convivência por meio da compreensão intuitiva do princípio do discurso e do conceito de forma jurídica. Neste sistema, o direito não existe em um estado de pureza transcendental. Embora Habermas (2003) advirta que, após duzentos anos de desenvolvimento constitucional, particularmente na Europa, têm-se vários modelos à



disposição, que podem servir para reconstrução do atual modelo do direito e com isso ele nega a falsa imagem da Constituição duradoura e imutável, interpretando apenas como uma fixação relativa do conteúdo das normas constitucionais cuja durabilidade depende da interpretação constitucional continuada.

Na medida em que o sistema do direito assegura a autonomia pública e privada, também se operacionaliza a tensão entre facticidade e validade e, portanto, entre positividade e legitimidade do direito, logo ambos momentos se unem: o direito volta-se aos seus destinatários e atores. De um lado, o sistema do direito conduz ao arbítrio e interesses dos indivíduos singulares que se orientam pelas suas leis e, de outro, mobiliza-se e reúne a liberdade comunicativa dos civis orientados pelo bem comum na prática da legislação, rompendo-se novamente a tensão entre facticidade e validade.

O código do direito deve permitir o direito de comunicação e participação aos sujeitos autônomos em relação a como vão escolher e fazer uso do direito, compete mesmo decidir aos destinatários se vão ou não fazer uso deles. Essa diferenciação não é percebida quando limitamos-nos à análise semântica de direitos. Quando uma pessoa possui um direito ela possui uma pretensão a algo e assim pode fazer valê-lo em relação a terceiros. Por essa perspectiva é possível fazer a distinção entre direitos positivos ou negativos, mas ainda não se atinge o elemento específico da forma jurídica. Para o conhecimento dos aspectos da legalidade se apoiado nos tópicos kantianos da liberdade de arbítrio em relação externa e autorização para coerção é preciso julgar o nível pragmático. Habermas (2003) tenta, assim, reconhecer o aspecto ambíguo dos direitos subjetivos em relação ao uso público das liberdades comunicativas, tais autorizações precisam ser tomadas *at face value*, ou seja, como permissão de liberdade de ação subjetiva. Ao contrário da moral, o direito não pode obrigar o emprego comunicativo dos direitos subjetivos, mesmo quando os direitos políticos dos cidadãos surgem disto, entretanto, esta duplicidade possui sentido normativo.

O surgimento da legitimidade a partir da legalidade não é paradoxal a não ser para quem defende que os direitos têm que ser um sistema fechado em si mesmo, que legitima a si mesmo. A isso se opõe a evidência de que instituições jurídicas de liberdade decompõem-se quando inexistem populações acostumadas à liberdade. Ora, sua espontaneidade não pode ser forçada através do direito. De acordo com a teoria do discurso, a legitimidade supõe um consenso no marco dos procedimentos legalmente institucionalizados e, nesse consenso, a legitimidade assegura o pressuposto básico da democracia, isto é, a igualdade implícita no princípio do discurso que assim reza: “São válidas as normas de ação com as quais se

poderiam concordar, enquanto participantes de discursos racionais, todas as pessoas possíveis afetadas” (HABERMAS, 2003, v. II, p. 321).

A compreensão discursiva do sistema do direito conduz a um olhar por dois lados: o da legitimação da normalização jurídica das qualificações dos cidadãos desloca-se para o procedimento da formação discursiva da opinião e da vontade, institucionalizada juridicamente e, de outro, juridicamente o das liberdades de comunicação, que implica também que o direito é levado a explorar fontes de legitimação dos quais não podem dispor. No entanto, Habermas (2003) admite que o reconhecimento recíproco de direitos ainda continua sendo metafórico, podendo ser, quando muito, rememorado e titularizado. Assim, para que ocorra o entrelaçamento entre a autonomia pública e privada de forma duradoura é necessário que a juridificação não se limite às liberdades subjetivas de ação de indivíduos privados e as liberdades de comunicação dos cidadãos. Deve-se estender a obrigatoriedade fática da normatização e implantação do direito.

### **3.3 Relações e diferenças entre direito e moral**

Na Antigüidade e na Idade Média a moral era o estopo legitimador do direito: tanto o jusnaturalismo clássico dos antigos quanto o jusnaturalismo teológico dos cristãos da Idade Média eram caracterizados pela subordinação ao fundamento metafísico ou religioso da moral. A formação dos padrões culturais de valores e a motivação para a formação do caráter foram cuidados, desde o direito natural clássico da tradição aristotélica ao tomismo, pela eticidade que eles possuíam e se instituíam na relação entre os indivíduos entre si e entre as instituições estatais. Desse modo, as ações humanas eram orientadas por tal eticidade, a qual também e em decorrência assegurava o reconhecimento da legitimidade do direito.

Mas a Modernidade e a subsequente racionalização do mundo da vida tornaram frágil a referida eticidade. Com isso, o direito moderno foi buscar sua fundamentação na racionalidade prática dos sujeitos, desobrigando-os dos mandamentos morais que antes garantiam suas liberdades subjetivas e permitindo que a pessoa do direito passe-se a agir conforme sua vontade e preferência (HABERMAS, 2003, v. I, p. 113-114). Desse modo, o direito moderno, ao ter libertado os indivíduos dos mandamentos morais ou da motivação moral que tinham de possuir para cumprir a lei também passou a equilibrar a fraqueza que as ações sociais têm diante dos mandamentos morais: agora é requerido apenas o cumprimento das determinações da lei e a adaptação da liberdade de arbítrio de cada pessoa a aplicação da lei.

Partindo da premissa que o caráter do direito é mais concreto que as regras morais, Habermas (2003) diferencia a relação entre direito e moral em três pontos: o primeiro refere-se ao conteúdo das normas jurídicas; o segundo, com seu sentido de validade e, terceiro, com o modo de legislação.

Com relação ao *conteúdo*, o princípio deontológico da teoria moral impede *a limine* qualquer interpretação teleológica de mandamentos morais. “Devemos” seguir mandamentos morais, porque os temos como certo e não porque esperamos a realização de certos fins, mesmo que fosse a nossa felicidade. Por sua vez, questões de justiça referem-se a conflitos de indivíduos, verdadeiro predicado para a validade de proposições assertóricas ou como afirma Habermas (2003, v.I, p. 193): “justo predicado para validade das proposições normativas e gerais que expressam mandamentos morais”.

O direito visa validade justificativa absoluta, já os mandamentos morais pretendem a validade para todos e cada um e também incorporam valores e interesses, porém somente são generalizáveis levando em conta a respectiva matéria. Essa pretensão à universalidade é que exclui a interpretação teleológica dos mandamentos morais, ou seja, a interpretação que leva em conta a vantagem relativa de certos interesses.

Ora, no caso da fundamentação e aplicação das normas do direito, estas não encontram o mesmo nível de abstração que as normas morais, geralmente não mostram o que é bom para os indivíduos, mas sim regulam conflitos de ação típicos. A necessidade de regulamentação não se esgota nisso, o *medium* direito também é necessário para persecução cooperativa de fins coletivos e garantias de bens coletivos, por isso o discurso fundamental e sua aplicação precisa se abrir para o uso *pragmático* e, especialmente, para o uso ético político da razão prática. Onde a fundamentação racional coletiva da vontade precisa ultrapassar as fronteiras dos discursos da justiça e incluir problemas do auto-entendimento e da compensação de interesses.

Esse alargamento não prejudica a semelhança estrutural que o sistema do direito estabelece com a moral. As regras morais e jurídicas são *gerais* em dois sentidos: primeiro, na medida em que se dirigem a muitos destinatários, não permitem exceções; segundo, porque excluem privilégios ou discriminações na aplicação, isso é igualdade de aplicação do direito. Enquanto normas morais dirigem-se a todos, as normas jurídicas dirigem-se aos membros da comunidade jurídica, mas não que isso diferencie a “generalidade” do conteúdo das leis; idealmente as leis jurídicas regulam interesses de todos os atingidos, mas a consideração simétrica de todos os interesses não coincide com a moral. O conteúdo da lei só é geral no sentido de tratamento igualitário quando expressa consenso racional em relação a todos os

problemas (HABERMAS, 2003, v.I, p.195): a igualdade de conteúdo jurídico de boas leis resulta em uma segurança jurídica, mas quando igualdade do conteúdo jurídico se mede por uma série de critérios, o sentido da validade normativa das leis jurídicas não coincide com o sentido da correção de regras morais, que se mede pelos critérios da justiça.

Com relação à validade, já que as normas jurídicas são impostas, o momento de validade ou aceitabilidade racional se liga à validade ou aceitação social. Na teoria do discurso normas morais apresentam à pretensão a sua validade *cognitiva*, porque o princípio de universalização<sup>28</sup> coloca à disposição uma regra de argumentação que possibilita a decisão racional de questões morais práticas. Por sua vez, normas jurídicas são válidas quando justificadas por razões pragmáticas e ético-políticas; nesse ponto é que se verifica a fragilidade da moral e a força do direito:

Apesar de defender o vínculo entre direito e moral, Habermas destaca as diferenças entre as duas esferas. (...) Sob o ponto de vista de uma racionalidade procedimental, os processos jurídicos são mais completos que os julgamentos morais por serem mais visíveis a uma avaliação se houve o cumprimento de regras ou não. Isso já não ocorre na moral e, por isso, a racionalidade procedimental não é completa. No direito pode ocorrer o julgamento na perspectiva do observador, na moral não, pois ocorre apenas na perspectiva do participante e sem critérios objetivos (CENCI, 2004, p. 104).

Ademais, as normas oriundas do direito possibilitam a estabilização de expectativas de comportamento, quer seja devido ao caráter objetivo que possuem, quer seja devido ao modo coercitivo pelo qual impõem seu segmento e por isso mesmo as normas jurídicas potencializam o direito a constituir-se como o meio mais forte para garantir a integração social e deter, funcionalmente, o mesmo poder unificador outrora pertencente à religião. Já a moral não consegue estabilizar expectativas de comportamento, pois se só é possível requerer-se o cumprimento de preceitos morais na medida em que podem ser válidos universalmente, nada garante que todos cumpram esses preceitos; em decorrência temos tanto a deficiência da moral ser uma deficiência motivacional, visto ela sobrecarregar o indivíduo “com expectativas em relação a sua força de vontade” (HABERMAS, 2003, v. I, p. 151), quanto sua total dependência do direito: “Em sociedades complexas a moral só obtém efetividade... quando é traduzida para o código do direito.” (HABERMAS, 2003, v. I, p. 145).

---

<sup>28</sup> Tal princípio estabelece: “toda norma válida deve satisfazer à condição (de) que as conseqüências e efeitos colaterais que (previsivelmente) resultarem, para a satisfação dos interesses de cada um dos indivíduos, do fato de ela ser universalmente seguida, possam ser aceitas por todos os concernidos (e preferidos a todas as conseqüências das possibilidades alternativas e conhecidas de regragem).” (HABERMAS, 1989, p. 86). Ver também: Habermas, 2003, v. I, p. 203.

Na teoria do discurso normas morais válidas são corretas no sentido do justo, já as normas jurídicas válidas estão afirmadas como normas morais válidas, porém sua legitimidade não exprime a auto-compreensão autêntica da comunidade jurídica, nem a consideração imparcial de valores e interesses nela distribuídos ou escolha teleológica de estratégias e meios.

Por fim, com relação ao modo de legislação, o elemento teleológico não está somente no conteúdo e sentido de validade das leis, mas também nas contingências do processo de legislação: normas morais não são descobertas, mas construídas, porém, o momento da construção aparece mais nitidamente na norma jurídica. E o argumento que justifica as regras morais leva a um acordo racionalmente motivado juridicamente. A norma jurídica serve para a negociação racional motivada: primeiro nos convencemos dos deveres que temos e, segundo, das obrigações que devemos assumir.

A idéia de autolegislação implica em autonomia moral para a vontade particular que adquire a formação coletiva da vontade que, por sua vez, implica na autonomia política. Isto porque o princípio do discurso encontra aplicação em outros tipos de normas de ação, assumindo figura jurídica ao lado do sistema de direito.

Assim, o que diferencia auto-legislação moral da política não é apenas a forma jurídica, mas a contingência da forma de vida, dos fins e interesse que determinam a identidade da vontade que se autodetermina enquanto boa vontade moral que, de certo modo, dilui-se na razão prática. A vontade política fundamentada racionalmente, mantém sua contingência na medida em que o valor dos argumentos é relativo a contextos casuais e, por isso, a comunhão das convicções obtidas discursivamente pelo legislador político se expressa na figura do poder comunicativo.

### **3.4 A Importância entre código do direito e código do poder**

Segundo Habermas, somente na modernidade o poder político pôde desenvolver-se como poder legal na forma de direito positivo. Como exposto anteriormente, a contribuição do poder legal ao Estado e a sociedade é a de estabilizar expectativas de comportamento resultando, conseqüentemente, numa segurança jurídica. Para tanto, a norma jurídica deve ter uma forma determinada, compreensível e não contraditória, formulada por escrito e ainda ser pública, o que implica em ser conhecida por seus destinatários não possuindo ainda validade retroativa. Um outro ponto da contribuição do direito para a função do poder organizado na forma de Estado revela-se na formação de regras secundárias, o que implica em normas de

competência que revestem as instituições do Estado com autorizações para organização, determinando o procedimento para se criar leis na administração ou no judiciário. Estas regras constitutivas garantem a autonomia pública e privada dos cidadãos e ainda produzem as instituições políticas e os procedimentos de competências. Logo, o direito é o elo de ligação entre as interações que ocorrem no mundo da vida (baseadas na solidariedade e no entendimento mútuo) e a esfera anônima e impessoal do poder administrativo.

A presente análise entre o código do direito e código de poder poderia sugerir uma forma enganadora de uma troca auto-suficiente horizontal entre direito e poder político. Perante uma análise limitada do direito, este seria absorvido por completo na constituição do código do poder e na realização de sua própria função, mas os tempos modernos provaram que a forma do direito não é suficiente para a legitimação do poder. No caminho da reconstrução revela-se que o direito também tem força legítima quando é fonte de justiça.

Na Europa dos séculos XVII e XVIII, quando já se vislumbrava a positivação do direito, os técnicos do direito confrontaram-se com a idéia de poder legal e de Estado democrático que criticava o poder voltado a descobrir as contradições nas ordens jurídicas estabelecidas, que davam privilégios legais não justificados e camuflados no poder legal. O direito racional denuncia esta contradição entre o direito enquanto forma de organização estatal capaz de afirmar-se fatidicamente e o direito como condição de legitimidade daquela ordem de poder que se apóia nas autoridades das leis. Entretanto, nas sociedades tradicionais fora possível produzir o nexos entre o direito estabelecido de fato e o direito legitimamente pretendido, dividido sob as seguintes condições: nas sociedades pré-modernas o direito possuía uma base sagrada administrada por juristas teólogos, o direito era visto como um componente da ordem divina e o próprio detentor do poder estava subordinado ao direito natural. O direito “positivo” deste período apoiava sua autoridade ora na legitimidade do senhor, ora na ordem jurídica dada preliminarmente ou no costume. Porém, na modernidade as cosmovisões religiosas obrigatórias decompõem-se em força e fé subjetivas e faz com que o direito perca sua indisponibilidade e dignidade metafísica.

Na passagem da sociedade para o Estado o poder político não mais se legitima a partir de si mesmo, a razão deveria substituir a fonte sagrada do direito. Entretanto, o direito racional não conseguiu sobrepujar a idéia de um antagonismo entre o direito e o poder, na implosão do direito sagrado deixou isso tanto para o direito instaurado politicamente quanto para o poder utilizado como instrumento. Impunha-se agora a busca de um substituto racional ao direito sagrado que se autorizava por si mesmo, capaz de recolocar a verdadeira autoridade nas mãos do legislador político enquanto detentor do poder.

O conceito de autoridade política apoiado na teoria do discurso abre a nova perspectiva para a produção do direito legítimo que implica na mobilização das liberdades comunicativas dos cidadãos. Esta exigência coloca a legislação na dependência do poder comum que segundo Arent (*apud*: HABERMAS, 2003, v. I, p. 185), “ninguém possui verdadeiramente, e igualmente surge quando os homens se unem, e desaparece quando separam-se”, e neste modelo o direito e o poder comunicativo surgem co-originariamente da “opinião da qual muitos se uniram publicamente, entretanto, impõe-se a diferenciação no conceito do poder político, se o poder administrativo estatal constituído conforme o direito não estiver apoiado num poder comunicativo normatizador a fonte da justiça secará”.

Este conceito introduzido dogmaticamente por Hanna Arendt merece uma análise esclarecedora. Até agora o uso público da liberdade comunicativa foi considerado somente pelo aspecto cognitivo da possibilidade de formação racional de opinião e vontade. Segundo Hanna Arent, o fenômeno básico do poder não é, como pensou Weber, a chance de impor no âmbito da relação social determinada conduta mediante a coerção do Estado de direito pautado no direito racional, mas sim uma potencial vontade comum formada pela comunicação não coagida. Temos assim um confronto entre poder e violência, ou seja, entre o poder de uma comunicação voltada ao entendimento e a instrumentalização de uma vontade estranha ao proveito próprio. No entanto, tal poder comunicativo só poderá surgir em uma esfera pública e com estruturas de intersubjetividades intactas numa comunicação não deformada, local este que é onde se dá a possibilidade do uso público da razão.

O poder político não é interpretado como um potencial para a imposição de interesses próprios ou realização de fins coletivos, mas sim é uma forma de autorização que manifesta a criação do direito legítimo na fundação das instituições (LAFER, 2006, p. 49).

O contraste entre os conceitos básicos de “poder” e “força” situa o poder ao lado do direito, o que não ocorre no direito racional. Nesta tradição, no contrato social os indivíduos entregam sua liberdade ilimitada ao Estado de direito, este surge da renúncia à violência, que é canalizada a força, equiparando o poder. Hanna Arendt elimina esta oposição entre poder e violência. O direito liga-se ao poder comunicativo capaz de produzir o direito legítimo e não mais necessita achar substituto ao direito natural que se legitima a partir de si mesmo.

Todavia, Arendt (*apud*: HABERMAS, 2003, v. I, p.189) precisa esclarecer como os indivíduos associados estatuem este direito legítimo ao formar o poder comunicativo e como asseguram isto juridicamente; tal prática se dá pelo exercício da autonomia política. A autora aproxima os conceitos de normalização e formação do poder e o sistema do direito tem que

aparecer simultaneamente como direito positivo, não podendo reclamar para si uma validade moral ou jusnatural pré-ordenada à formação das vontades individuais.

Com o conceito de poder comunicativo atinge-se apenas o surgimento do poder político e não a utilização da administração do poder já constituído, ou seja, o exercício do poder. Segundo Arendt (*apud*: HABERMAS, 2003, v. I, p.189), tanto a aquisição como a manutenção dependem da formação e renovação comunicativa do poder. Assim, contrariamente a teoria social, na qual poder é alocação e concorrência, a autora nega que o poder possa ampliar-se ao seu bel prazer. O poder produzido comunicativamente é interpretado como um bem escasso disputado por organizações e outros detentores do poder que não têm condições de produzi-lo.

Apesar de Arendt (*apud*: HABERMAS, 2003, v. I, p.189), avaliar legitimamente o poder a partir de sua harmonia entre palavras e efeitos, a autora não explica o outro estado da tensão ao qual o poder comunicativo precisa ser transposto, antes de assumir a figura de poder administrativo, funções e sanções, as quais o sistema do direito depende e pressupõe.

O conceito do poder comunicativo impõe uma diferenciação no conceito de poder político. A política não pode coincidir, no seu todo, com a prática daqueles que falam entre si, a fim de agir de forma politicamente autônoma. Esta significa uma formação discursiva de uma vontade comum, mas não com uma implementação das leis que resultem esta vontade. Contudo o código jurídico precisa estar à disposição desde o momento em que se decide sobre a institucionalização ou não dos pressupostos da comunicação sob a forma de direito políticos (LOIS, 2006, p.185).

O código do poder é formado mediante um poder comunicativo que transforma e orienta o poder administrativo. A idéia de Estado de direito pode ser interpretada como uma exigência de ligar o sistema administrativo comandado pelo código do poder ao poder comunicativo estatuído do poder e de mantê-lo longe das influências sociais.

O poder administrativo não rege a si mesmo, mas nega-se a partir da transformação do poder comunicativo. Em última instância o Estado de direito deve regular esta transferência sem tocar no código do poder, pois interferiria na lógica da auto-orientação do sistema administrativo.

Do ponto de vista social, a idéia de Estado de direito ilumina apenas o aspecto político da produção de um equilíbrio entre os três poderes da integração global da sociedade: dinheiro, poder administrativo e solidariedade.

Habermas (2003) antes de mencionar os princípios do Estado de direito, enuncia as condições que o poder comunicativo pode formar tendo como ponto de partida a lógica de



questionamentos que determinam a estrutura da formação da opinião e vontade do legislador democrático. Desse modo ele reconstrói o conceito de poder a partir de uma visão discursiva e divide-o em poder comunicativo e poder administrativo: enquanto o poder comunicativo (constituído pela sociedade civil, esfera pública) é gerado a partir das liberdades dos indivíduos e cidadãos que se entendem sobre temas relevantes e que constituem a opinião e a vontade pública capazes de orientar o poder administrativo, este poder, o administrativo, o único que o sistema político dispõe, é utilizado pelas instituições do Estado de direito que tomam decisões e, sendo assim, é também regido pela lógica do meio poder e tem tendência à auto-programação (HABERMAS, 2003, v. I, p. 189-191).

Por sua vez, o direito, como mediador entre um e outro poder, desempenha papéis diferenciados. Em relação ao poder comunicativo ele compensa as fraquezas da razão prática (moral) que não tem poder de coação e, portanto não tem possibilidade real de lograr uma coordenação de ações sociais segundo seus princípios. Em relação ao poder administrativo, o direito pode garantir que as condições de sua produção sejam legítimas na medida em que o poder decisório do Estado pode estar aberto a *filtros de legitimação*, isto é, filtros que captam conteúdos de verdade na opinião pública e os traduzem para a linguagem do sistema.

### **3.5 Da relação interna entre direito e política.**

A constituição co-originária e a interligação conceitual entre o direito e poder político resulta da necessidade de legitimação, ou seja, canaliza-se o poder político executivo de organização e sanção pelo direito. Esta é a própria idéia do Estado de direito. Assim Habermas (2003) faz algumas considerações lançando mão das condições para a produção do poder comunicativo e para o uso do poder administrativo ligado ao poder comunicativo. Ele endossa a ótica do direito como estabilizador de direitos no qual os direitos subjetivos só podem ser estatuídos e impostos por meio de organismos que tomam decisões que possam ser obrigatórias a todos e vice-versa.

Os direitos a iguais liberdades subjetivas de ação concretizam-se nos direitos fundamentais, estes enquanto direitos positivos constituem-se em ameaças contra quem os queiram transgredi-los. Diante desse poder de impor normas é que se constitui o Estado que age em nome de todos, organizando a sociedade para manter a convivência juridicamente organizada. O Estado seria desse modo necessário como poder de organização, sanção e execução, já que os direitos têm que ser implementados, assim como a comunidade de direitos

necessita juridicamente da organização e força para estabilizar a identidade e a formação da vontade política.

O poder político só poderá desenvolver-se mediante o código jurídico institucionalizado na forma dos direitos fundamentais, fato que levou o Estado constitucional alemão a estabelecer um “curto circuito” entre os direitos à liberdade e o poder de organização do Estado. O Estado do direito visa garantir a autonomia privada e a igualdade jurídica dos civis, entretanto, o direito não consegue seu sentido através simplesmente da forma ou do conteúdo moral dado como um *a priori*, mas sim através de um *procedimento* que instaura e legitima direitos.

O conceito de lei como uma regra geral e abstrata, que se coloca a partir do assentimento da representação dada pelo voto realizado num procedimento caracterizado pela discussão e publicidade, oferece a chave para a idéia de democracia do Estado de direito. Este não pode se contentar apenas com a forma, mas sim com um direito corretamente estatuído, o que implica em sua legitimidade. Para tanto, já no nível *pós-convencional*, legitimam-se os direitos quando estes possuem a aceitação racional por parte de todos os membros do direito numa forma discursiva de opinião de vontade. Conseqüentemente, ocorre uma incorporação do exercício da autonomia política dos cidadãos no Estado e, assim, uma socialização horizontal dos civis cede lugar a uma socialização vertical em virtude da prática da autodeterminação que agora passa a ser institucionalizada como formação informal na esfera pública, ou seja, à soberania popular são interligas as liberdades subjetivas.

O Estado de direito, pela via da teoria do discurso, encara o povo não mais como um conjunto de cidadãos reunidos e identificáveis, mas sim como círculos de comunicação de foros e corporações, de certa forma sem sujeitos, visto Habermas crer que apenas desse modo pode-se ligar o poder político estatal e a vontade dos cidadãos (HABERMAS, 2003, v.I, p.172). A soberania do povo não se concentra mais na coletividade, mas na circulação de consultas e decisões estruturadas racionalmente e, assim, começa a fazer sentido um Estado sem soberano. Entretanto, ele alerta que isto não visa um desnível entre norma e realidade, portanto, o poder como facticidade social, o que poderia levar a um descrédito de sua teoria, mas visa sim à tensão entre facticidade e validade que habita o direito, inicialmente apresentado pela tensão entre positividade e legitimidade do direito, entre autonomia pública e privada.

O direito formado pelo poder político marca a passagem de sociedades organizadas pelo parentesco para culturas mais desenvolvidas, fato que marca a transição para a Idade Moderna. Com Maquiavel o poder deixa de ser sagrado e com Hobbes, apesar das obrigações,

à vontade do soberano implica em um poder de mando apoiado na vontade das decisões. O fenômeno moderno caracteriza-se pela concentração do poder administrativo na positividade do direito, no poder legal, o que implica também em um acobertamento das dominações tradicionais sob as quais o Estado moderno surgiu.

Em sua reconstrução do direito e da política, Habermas apresenta um modelo abstrato no qual sublima elementos particulares encontrados ao longo da história (HABERMAS, 2003, v. I, p.176). Este modelo, inicialmente, parte da construção de dois tipos de arbitragem de litígios e formação coletiva de vontade que são as bases sob a qual o direito e o poder político podem constituir-se reciprocamente. Habermas (2003) também parte da idéia de que as interações sociais são interligadas no espaço e no tempo sob duas contingências, isto é, os participantes esperam que decidam dessa ou daquela maneira. A arbitragem dos litígios implica em uma estabilização de comportamentos, em uma formação coletiva de vontade com iguais escolhas e realização efetiva de fins capazes de consenso. Enquanto a arbitragem de litígio refere-se à estabilização de expectativas de comportamento, a formação coletiva da vontade diz respeito à escolha de fins capazes de consenso.

### **3.6 Poder comunicativo e formação legítima do direito**

Como tentado demonstrar acima, “consenso” e “arbitragem” são dois tipos de arbitragem de conflitos. A arbitragem de litígios através do consenso e formação coletiva de vontade dirigida à autoridade apóia-se imediatamente num complexo normativo no qual os costumes, a moral e o direito encontram-se interligados.

Habermas (2003) parte dessa idéia para representar a constituição co-originária de direito político e poder político, segundo um modelo de dois degraus. No primeiro, a característica é o juiz real que monopoliza a função de arbitragem, o Estado possui um maior poder que torna possível a formação coletiva de vontade no foro da organização do poder político. Ainda neste primeiro degrau, um chefe que inicialmente tem reconhecido o poder social, pode atrair a função de arbitragem de litígios na medida em que administra bens salvicos e se transforma na interpretação exclusiva das normas da sociedade reconhecendo como sagrados e moralmente obrigatórios. Assim, este direito sagrado concede autoridade normativa a este rei-juiz e, destarte, o poder fático inicial se transforma em poder legítimo. O poder político e o direito sancionado pelo Estado surgem como dois componentes dos quais se origina o poder do Estado organizado de acordo com o direito.

No segundo degrau do modelo apresentado por Habermas (2003), os dois componentes co-origenários, poder político e direito do Estado, ligam-se à institucionalização de funções que possibilitam o exercício do poder político, poder este organizado pelo Estado. A legitimação do poder político deixa de ser exclusividade do direito estatal e pode-se servir de meio para a organização do exercício do poder político, ou seja, o direito passa a ser interpretado como um instrumento que possibilita o Estado tomar decisões juridicamente obrigatórias.

A diferenciação entre a função do direito e do poder que preenchem um em relação ao outro e a função própria do direito e do poder enquanto códigos que desempenham relevantes funções na sociedade merecem uma observação. Ao emprestar a forma jurídica ao poder político o direito serve para a constituição de um código binário: quem dispõe do poder pode dar ordens aos outros. O direito é um meio de organização do poder estatal e é, inversamente, o poder na medida em que ao reforçar as decisões judiciais serve para a constituição do código jurídico binário, pois o poder serve para institucionalizar o direito (HABERMAS, 2003, v. I, p.183).

Os direitos de participação política remetem a institucionalização jurídica de uma formação de opinião e vontade que culmina em resoluções sobre leis políticas. A importância do princípio do discurso para esta forma de comunicação se dá por dois aspectos. O primeiro, no sentido cognitivo, serve como um filtro de contribuições e temas, argumentos e informações que supõem aceitabilidade racional, no qual o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito; segundo, possui um sentido prático que é o de produzir relações de entendimento isentas de violência desencadeando a força produtiva da liberdade comunicativa.

O cruzamento entre a normalização discursiva do direito e a formação comunicativa do poder torna-se possível porque, no agir comunicativo, os argumentos também formam motivos, tal cruzamento é necessário porque as comunidades concretas que desejam regular sua convivência como membros de uma comunidade de direito não conseguem superar questões de regulamentação de expectativas de comportamento das questões referentes à colocação de fins comuns, isto porque questões políticas se diferenciam de questões morais.

O direito regula contextos internacionais em geral, como é o caso da moral, mas também serve de *médium* para auto-organização da comunidade jurídica que se afirma num ambiente social, com isso, migra conteúdos concretos e pontos de vistas teleológicos.

A vontade moralmente livre exprime aquilo que pode ser racionalmente aceito por qualquer um, já a vontade política de uma comunidade jurídica, que deve estar de acordo com

as idéias morais, é a expressão de uma forma de vida compartilhada intersubjetivamente de situações de interesses dados e de fins pragmaticamente escolhidos.

Quanto mais concreto for o caráter do direito mais concreta é a matéria a ser regulada e mais aceitabilidade as normas fundamentais exprimem, como também é a autocompreensão da forma de vida histórica e a compensação entre interesses de grupos concretos informada entre fins alternativos (HABERMAS, 2003, v.I, p.192).

Os pontos de vista teológicos e os componentes volitivos que acedem ao conteúdo do direito fortalecem-se na medida em que a sociedade concentra no Estado a persecução de fins coletivos, porque a legislação tem que programar os domínios de função alargados e as crescentes realizações organizacionais do Estado na mesma proporção.

As considerações de fins coletivos não podem destruir a forma jurídica que é a função própria do direito e nem pode se diluir na política, pois desapareceria a tensão entre facticidade e validade delineada no direito moderno.

## CAPITULO 4 – A FILOSOFIA MORAL DE RAWLS

### 4.1 A Teoria da Justiça como alternativa ao Utilitarismo

Uma das principais motivações de Rawls ao fundamentar a teoria da justiça como equidade é o intuito de fornecer uma poderosa alternativa ao utilitarismo, teoria dominante no círculo de pensamento inglês. Segundo Rawls (2000) a fragilidade do utilitarismo se dá por duas razões: a primeira refere-se à possibilidade dos direitos individuais não estarem sujeitos aos interesses sociais, devido à máxima do utilitarismo que consiste no princípio da maior felicidade, o que implica afirmar que o melhor resultado é aquele que maximiza a felicidade do maior número de pessoas da sociedade, contudo, com isto pode-se supor que em determinadas circunstâncias esta maximização implique num considerável sofrimento a alguns membros da sociedade. Por exemplo, com base nisto podemos supor que numa sociedade uma minoria seja escravizada para que a maioria não trabalhe, desde que isto implique no maior número de felicidade da sociedade. Entretanto, Rawls (2000) alerta que este tipo de pensamento esbarra nos nossos juízos ponderados sobre os direitos que os indivíduos devem possuir não devendo ser sacrificados em nome do interesse coletivo. A segunda fragilidade do utilitarismo é que este apresenta uma concepção monista do bem. Segundo Rawls (2002) os indivíduos informados e racionais sob a luz da teoria utilitarista teriam a mesma concepção do bem. Nesta teoria o bem é interpretado como um prazer mental, um bem estar psicológico. Assim, embora diversas coisas e situações contribuam para o bem, pressupõe-se que tudo caminha para o único bem que é o bem estar psicológico. Na perspectiva de Rawls (2002) as pessoas possuem diferentes concepções do bem e têm diferentes valores indo além do bem estar mental. Os utilitaristas poderiam argumentar que se tratam de pessoas desinformadas ou irracionais, mas isto será ineficaz, pois os indivíduos possuem diferentes valores e concepções do bem muito das vezes irreconciliáveis entre si e uma teoria da justiça tem que se atentar a este ponto.

Diante destas constatações é que parte a Teoria da Justiça rawlsiana, rejeitando enfaticamente o utilitarismo, em particular as duas características mencionadas acima e objetivando fornecer um conjunto de princípios que se aplicariam às instituições e ações de uma sociedade justa, levando em consideração o fato dos indivíduos possuírem direitos que não podem ser sacrificados pelos cálculos dos interesses sociais e do reconhecimento de que nem todos os indivíduos informados e racionais possuem a mesma concepção do bem.

Destarte, a Teoria da Justiça de Rawls propõe uma concepção de justiça que se denomina de “Justiça como Equidade”, diante desta Teoria os princípios de justiça mais razoáveis seriam aqueles que fossem objeto de um acordo mútuo entre pessoas em condições eqüitativas. A justiça como equidade é uma Teoria da Justiça que parte da idéia de um contrato social, os princípios se articulam em uma concepção liberal ampla de direito e liberdades básicas só admitindo desigualdades de renda e riqueza que sejam vantajosas para os menos favorecidos.

Sua teoria se sustenta a partir de uma concepção política de justiça que se baseia em valores políticos e não deve ser interpretada como parte de doutrinas filosóficas, religiosas ou morais “abrangentes”. Nas condições políticas sociais de instituições livres encontra-se uma pluralidade de doutrinas distintas e incompatíveis entre si, muitas das quais carecem até de razoabilidade, o liberalismo político reconhece e responde a esse fato do “pluralismo razoável” mostrando de que maneira uma concepção política se ajusta a doutrinas abrangentes diversas e até mesmo conflitantes.

Ao desenvolver a idéia de liberalismo político, Rawls (2005) reformula sua exposição em defesa da Teoria da Justiça com Equidade, a justiça como equidade era parte de uma visão liberal abrangente, mas sua reformulação demonstra que essa teoria pode ser compreendida como uma forma de liberalismo político mais razoável, assim o autor remodela os argumentos básicos a favor dos dois princípios de justiça<sup>29</sup> que constituem o fundamento central de sua concepção de justiça como equidade. Contudo, ao analisar a obra de John Rawls faz-se necessário, inicialmente, mencionar as cinco idéias fundamentais que se relacionam ao longo de sua obra, quais são: a idéia de sociedade com sistema eqüitativo de cooperação; a idéia de sociedade bem ordenada; a de estrutura básica; de posição original e, finalmente, os princípios de justiça.

A idéia de uma sociedade como um sistema eqüitativo de cooperação que se perpetua de uma geração para outra é uma idéia central que desenvolve a concepção política de justiça em um regime democrático. Esta idéia se relaciona com outras duas idéias centrais: a) a de pessoas livres e iguais; b) uma sociedade bem ordenada. Possui também três aspectos essenciais: a) cooperação social, que é diferente da cooperação advinda de uma autoridade

---

<sup>29</sup> A saber, os dois princípios da justiça são:

a) cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos, e  
b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade eqüitativas de oportunidades; e, em segundo lugar, tem de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade.(princípio da diferença).

central; b) idéia de cooperação em termos eqüitativos que inclui reciprocidade; e c) idéia de cooperação que também inclui a vantagem ou bem racional para cada pessoa.

A função dos princípios da justiça é de definirem os termos eqüitativos de cooperação social que especificam direitos e deveres básicos e que são garantidos pelas instituições sociais e políticas. O autor pretende responder, portanto, qual concepção política justa para especificar os termos eqüitativos de cooperação entre pessoas livres e iguais que passe de uma geração para outra.

#### **4.2 Rawls e suas idéias fundamentais**

No início de seu livro *justiça como eqüidade*, Rawls (2003) define que a meta de sua teoria é fornecer uma base filosófica e moral aceitável para as instituições democráticas e, assim, responder as exigências da *liberdade* e da *igualdade*. Para tanto, sua análise se volta para uma sociedade democrática, analisando suas tradições e suas constituições em busca das idéias familiares de justiça política. A primeira idéia é a de sociedade como um sistema eqüitativo de cooperação que implica em uma sociedade com um sistema de cooperação social eqüitativo que se perpetua de uma geração para outra. Esta idéia se relaciona com a idéia de cidadãos como pessoas livres e iguais que se cooperam e a de sociedade bem ordenada regulada por uma concepção pública de justiça.

A idéia de uma *sociedade bem ordenada* possui três aspectos essenciais: a) *cooperação social* diferente de uma cooperação advinda de uma autoridade central, pois aquela se guia por regras e concepções publicamente reconhecidas e não por um mando externo ao indivíduo; b) a idéia de cooperação em termos eqüitativos que inclui reciprocidade juntamente com mutualidade; c) idéia de cooperação que também contém a idéia de vantagem ou bem racional de cada pessoa (RAWLS, 2003, p.11).

Sua idéia fundamental é a de uma sociedade como um sistema eqüitativo de cooperação social que se perpetua de uma geração para outra. Esta idéia é central e organiza a sua concepção política de justiça no regime democrático juntamente com outras duas idéias centrais: 1) a de homens livres e iguais que se cooperam; 2) a idéia de sociedade bem ordenada, ou seja, regulada por uma concepção de justiça. A idéia de cooperação em termos eqüitativos que inclui também reciprocidade com mutualidade, somado a idéia de vantagem ou bem racional de cada homem.



Como já foi dito, a função dos princípios da justiça é de definirem os termos equitativos da cooperação social, estes princípios especificam direitos e deveres básicos que devem ser garantidos pelas instituições políticas e sociais. Assim, Rawls (2003) pretende responder a questão fundamental da filosofia política: qual concepção política de justiça mais apropriada para especificar os termos equitativos da cooperação entre pessoas vistas como livres e iguais, razoáveis e racionais como membros de uma comunidade que cooperam de uma geração para outra?

Como já descrito a idéia fundamental é de uma sociedade bem ordenada regulada por uma concepção pública de justiça, esta idéia é associada para organizar uma sociedade como sistema equitativo de cooperação. Isto significa três coisas: primeiro cada um aceita e sabe que os outros aceitam uma concepção política de justiça, portanto, aceitam os mesmos princípios; segundo, a estrutura básica da sociedade e suas principais instituições políticas e sociais se interligam e respeitam esses princípios e, por fim, as pessoas possuem um senso efetivo de justiça, ou seja, entendem e aplicam princípios de justiça. Com esta concepção o autor parte do ponto de vista das pessoas enquanto membros de uma comunidade democrática, que permitem arbitrarem suas exigências com relação às instituições e demais direitos.

É certo que o próprio autor entende esta idéia como uma idealização, contudo uma das razões pela qual defende este posicionamento é que uma importante questão relativa a uma concepção de justiça para uma sociedade democrática consiste em saber se ela pode desempenhar a função de concepção de justiça pública mutuamente reconhecida quando a sociedade é vista como um sistema de cooperação entre cidadãos livres e iguais de uma geração após outra. A idéia de uma sociedade bem ordenada é um importante critério de comparação entre concepções políticas de justiça ajudando a formular esse critério e a especificar ainda mais a idéia organizadora central da cooperação social.

Esta idéia possui ainda dois significados: uma sociedade bem ordenada é uma sociedade efetivamente regulada por alguma concepção pública (política) de justiça seja ela qual for. Mas em um sentido particular quando nos referimos à sociedade bem ordenada de uma concepção de justiça particular, fica difícil imaginar que todos aceitem a mesma concepção de justiça, contudo, cidadãos democráticos que defendem diferentes doutrinas abrangentes podem se pôr de acordo sobre concepções políticas de justiça. Segundo o liberalismo político defendido pelo autor, isso proporciona uma base de unidade social que não só é suficiente, mas também é a mais razoável para nós como cidadãos de uma sociedade democrática.

Tem se ainda a idéia de estrutura básica, que é introduzida por Rawls (2003) com o objetivo de dar uma unidade a sua Teoria da Justiça como equidade. Esta idéia é necessária para completar as outras idéias e ordená-las de modo inteligível. Esta estrutura é a forma para que as instituições políticas e sociais interajam formando um sistema de cooperação e distribuição de direitos e deveres. Esta estrutura é entendida como pano de fundo do contexto social dentro do qual as atividades dos indivíduos ocorrem, além de garantirem a justiça de fundo (*background justice*).

A estrutura básica é entendida como objeto primário da justiça política, assim os efeitos da estrutura básica influenciam as aspirações dos indivíduos. A justiça como equidade não se aplica diretamente às instituições e associações internas da sociedade, estas são governadas por princípios e objetivos diferentes. Os princípios que estas instituições devem seguir são princípios da justiça local. Rawls (2003, p. 16) identifica de dentro para fora três níveis de justiça; a) *justiça local* regida por princípios que se aplicam a instituições e associações; b) *justiça doméstica* regida por princípios que se aplicam à estrutura básica; c) *justiça global* que seria o direito internacional.

Percebe-se que as características até agora apresentadas da estrutura básica carece de uma definição ou de um critério preciso que permitam identificar os arranjos sociais que pertencem a ela. Isto porque o autor parte de uma caracterização vaga para depois verificar segundo nossas convicções refletidas se estas características são válidas. Além disso, Rawls (2003) não pretende definir exatamente as questões da justiça, mas sim fornecer um quadro dentro do qual tais questões possam ser abortadas. Desta forma, o autor pretende não prejudicar condições que deveriam vir a exigir e que poderiam tornar sua teoria incapaz de se ajustar a diferentes circunstâncias sociais.

Rawls (2003) delimita em quatro pontos sua pesquisa, inicialmente apresenta a estrutura básica como objeto primário da justiça política; deixando “de lado” questões de justiça local, a justiça como equidade aplica-se à estrutura das instituições políticas e sociais. O segundo limite diz respeito à preocupação com o conteúdo e a natureza da justiça na sociedade bem ordenada. A justiça como equidade apresenta-se como aquiescência estrita; desta forma os indivíduos submetem-se aos princípios de justiça. Com isto a teoria de Rawls apresenta-se realisticamente utópica na medida em que indaga, a partir das leis e tendências do mundo atual, como um regime democrático pode atingir a completa realização de seus valores políticos. O terceiro limite é que não se discute a questão da justiça entre os povos, pois o autor entende que uma universalização da sua teoria implicaria em um despotismo global e opressivo como explica Kant na paz perpétua. Por fim, o quarto limite é que a justiça

como equidade não é uma doutrina religiosa, filosofia moral abrangente que se aplique a todos os termos e abarque todos os valores. Sua teoria deve ser entendida como uma concepção política filosófica para o caso especial da estrutura básica de uma sociedade democrática contemporânea, mais abrangente que o utilitarismo, perfeccionismo, intuicionismo.

Toda esta construção teórica tem como pano de fundo a idéia de Posição Original. Rawls (2003) insere esta idéia em sua teoria mediante uma situação hipotética inicial na qual existiriam homens livres e iguais com o intuito de cooperação, e procura fundamentar quais seriam os termos eqüitativos desta cooperação. Estes termos, para serem justos, deveriam emergir de um acordo entre as pessoas que cooperam e, dado o pluralismo razoável, os homens não poderiam concordar com uma autoridade ou um direito natural já dado. O acordo só seria válido se feito em condições eqüitativas.

A posição original, com o véu da ignorância, é o artifício utilizado que permite pensar neste acordo justo, no qual os homens não conhecem suas posições sociais ou doutrinas religiosas ou filosóficas que eles representam, também desconhecem sua raça, sexo ou etnia. A posição original com a estrutura básica fornece uma situação eqüitativa para os homens, todos tidos como livres e iguais e definitivamente informados e racionais.

Destarte, seguindo uma linha contratualista inspirada nos modelos clássicos de Locke e Rousseau, a posição original se apresenta como um procedimento figurativo que permite representar os interesses de cada um de maneira tão eqüitativa que as decisões daí decorrentes serão elas próprias eqüitativas e, portanto, justas. Assim, nesta situação hipotética, os cidadãos como futuros contratantes de um contrato social, dispostos de um mínimo de informação sobre a realidade social e sobre si mesmos e os outros, sabendo ainda que vivem em um mundo dominado pela escassez de bens e posições e, por isso mesmo, um mundo de conflitos, mas que, entretanto, por estarem encobertos por um véu da ignorância<sup>30</sup> que impedem de saber qual posição social possuem cada indivíduo, optam por uma espécie de seguro social que busca reduzir ao máximo a possibilidade de serem prejudicados.

Desta forma, na posição original os homens são considerados como livres e iguais e se cooperavam, os termos dessa cooperação provêm de um acordo entre eles e dado o pluralismo razoável as pessoas podem não concordar com uma autoridade ou certos “direitos

---

<sup>30</sup> O véu da ignorância é um procedimento que Rawls adota visando preservar a equidade na escolha dos princípios e não fazer com que intervenham as contingências naturais e sociais, “os parceiros ignoram certos tipos particulares... entretanto eles conhecem todos os fatos gerais que afetam a escolha dos princípios de justiça”. Por isso a barganha e as relações de força não podem intervir e a imparcialidade é constitutiva da justiça.

naturais”. Contudo, o acordo e os princípios que dele decorrerem serão válidos, pois os contratantes estarão em condições equitativas, no qual os participantes propõem, aceitam e reconhecem direitos e deveres na sociedade em que vivem.

A posição original juntamente com a estrutura básica fornece uma situação equitativa para os homens tidos como livres e iguais e, portanto, logo o acordo será justo. Contudo, salienta Rawls (2003, p. 23) que este acordo parte de um modelo hipotético e ahistórico. Hipotético na medida em que nos perguntamos o que as partes poderiam ou deveriam acordar, e ahistórico na medida em que não supomos que o acordo tenha sido modificado ou celebrado e mesmo que o fosse não faria diferença.

Uma crítica que se poderia fazer é que um acordo hipotético não criaria obrigações, contudo, trata-se de um procedimento de representação e esclarecimento que serve de modelo para duas coisas: a primeira é fornecer condições equitativas nas quais as pessoas são livres e iguais e devem concordar e; a segunda, fornecer restrições aceitáveis na qual as pessoas podem rejeitar ou aceitar outros princípios. Em suma, a posição original deve ser interpretada como um procedimento de representação com a finalidade de definir os princípios da justiça.

A justiça como equidade defende a idéia de pessoas que se cooperam, para isto ocorrer os indivíduos devem possuir as duas capacidades morais iguais: a primeira, *senso de justiça* que é a capacidade de compreender e aplicar os princípios da justiça política que determinam os termos equitativos de cooperação social; segunda, *formar uma concepção de bem* que é a capacidade de ter, revisar e atingir de modo racional uma concepção do bem. Com estas duas capacidades as pessoas têm condições de cooperação durante a vida e também de honrar esta concepção. Contudo, cabe perguntar em que sentido as pessoas são iguais?

Segundo Rawls (2003, p. 27) as pessoas são iguais na medida em que todos possuem as duas capacidades morais necessárias para o desenvolvimento da cooperação social e de participar da sociedade como cidadãos iguais. Com isto, a igualdade dos cidadãos na posição original é formalizada pela igualdade dos seus representantes, ou seja, os representantes estão simetricamente situados na posição original possuindo direitos iguais no procedimento que culmina no acordo que necessariamente será equitativo.

Poder-se-ia objetivar que mesmo nesta hipotética posição pudessem existir comunidades que não possuem o mesmo fim visado pelos representantes da posição original; o autor não exclui estas divergências de sua teoria, mas ressalva que estas comunidades que fazem parte da sociedade política não possuem o mesmo valor e objetivo comum, ao menos aqueles que não fazem parte ou estão ligados à própria concepção política de justiça. Por exemplo, uma pessoa que nasce em uma comunidade com determinada religião poderá

abandoná-la já que as liberdades constitucionais permitem isto, mas não pode se abandonar à sociedade política voluntariamente. Com isto o autor tenta distinguir a sociedade política democrática da comunidade, a primeira abarca varias espécies da segunda e fornece instituições para que segure a diversidade das comunidades segundo um entendimento mútuo e compreensível. Com isto, os indivíduos com base nas faculdades morais e no fundamento da igualdade política podem instituir uma sociedade política livre de qualquer caráter opressor que permita instituir uma única comunidade, ou seja, uma única visão dominante.

Mas ainda resta saber: de que forma as pessoas são livres? No sentido de uma concepção política, são livres em *dois sentidos*: *primeiro* são livres na medida em que consideram a si e aos demais como detentores de uma concepção do bem, isto não implica que os indivíduos estejam comprometidos com uma concepção do bem, mas sim que sendo cidadãos livres são capazes de rever e de modificar a concepção do bem que possuem, não são vinculados a um esquema específico de fins últimos. Com base na faculdade moral que possuem os cidadãos podem rever, formar e procurar sua concepção de bem. Em um *segundo sentido*, as pessoas são consideradas livres na medida em que exercem sua cidadania reivindicando legitimamente as suas instituições para promover suas concepções do bem (RAWLS, 2003, p.32).

Sua última idéia fundamental, *Idéia de Justificação pública*, tem o objetivo de definir a idéia de justificação a uma concepção política de justiça para a sociedade, dela decorrem mais três outras idéias: a de equilíbrio reflexivo, consenso sobreposto e razão pública livre.

A justificação pública se vincula com a idéia de sociedade bem ordenada, pois a sociedade idealizada é regida por uma concepção de justiça publicamente reconhecida. Esta concepção deve possuir três características básicas: a) embora possua um peso de uma concepção moral, esta é elaborada para um objetivo específico, que é a estrutura básica da sociedade democrática; b) aceitar esta concepção não significa aceitar uma doutrina moral abrangente; c) na medida do possível a formulação restringe-se às idéias de fundo, implícitas ou explícitas na cultura política pública (RAWLS, 2003, p. 37).

O significado de justificação pública é que cada um coopera política e socialmente com o restante da sociedade em termos aceitos por todos como justos. Isto decorre de um consenso de premissas comuns a todas as partes, que apesar de não estarem totalmente em acordo, mas por serem considerados livres e iguais são capazes de razão e endossam razoavelmente premissas comuns.

A meta deste procedimento é reduzir os desacordos em questões relativas a elementos constitucionais como princípios do Estado de direito, do processo legislativo; dos direitos e

liberdades básicas e do direito de cidadania. Além disso, a justificação pública fornece elementos para uma cooperação social efetiva entre homens livres e iguais.

Por sua vez a noção de equilíbrio reflexivo parte da idéia de homens livres, iguais e capazes de uma razão teórica e prática somada ao senso de justiça. Assim, os juízos políticos selecionados ou as convicções refletidas terão a plena capacidade de julgamento não havendo distorções de juízo. Contudo, estes juízos não só podem diferir com o de outras pessoas como também podem se contradizer no interior de cada um: “muitos de nossos graves conflitos são conflitos dentro de nós mesmos”. Assim, como podemos tornar estes juízos mais coerentes tanto dentro de nós como com os outros sem impor uma autoridade política externa?

Como os juízos entram em conflito com outros homens alguns têm que ser revistos ou retratados para atingir o objetivo prático para se obter um acordo razoável da justiça política.

No equilíbrio reflexivo restrito as pessoas alinham seus juízos de forma que menos exija revisões, considerando outras concepções e os organismos que a sustenta. Desta forma, na sociedade bem ordenada a concepção pública de justiça se dá quando todos afirmam esta concepção e os homens chegam a um mesmo juízo reflexivo.

Para ajustar o pluralismo político razoável na justiça como equidade, tem-se ainda a idéia de *consenso sobreposto*, que implica que não existe uma doutrina total pela qual todas pessoas possam concordar e a partir delas resolverem questões da justiça política. Na sociedade idealizada por Rawls (2003) a concepção política é alicerçada por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis que muitas vezes são opostas entre si. A sociedade assim é afirmada pelo que o autor denomina de consenso sobreposto razoável.

A sociedade bem ordenada possui dois pontos distintos: o primeiro diz respeito à concepção política de justiça que todos afirmam e o segundo refere-se ao pluralismo religioso filosoficamente. A partir disso as pessoas podem afirmam suas concepções de justiça (pressuposto básico) e assim a idéia de consenso sobreposto torna o pluralismo razoável uma condição permanente da sociedade democrática.

Isto implica quatro fatores gerais: o primeiro é que as diversidades das doutrinas religiosas e filosóficas são garantidas pelos direitos e liberdades básicas das instituições livres; o segundo é que Rawls (2003) tenta evitar a adesão a apenas uma doutrina já que segundo o autor a adesão coletiva a apenas uma doutrina abrangente só se manteria pela opressão do poder do Estado. Para tanto, o estado livre e democrático não pode ser dividido por disputas doutrinárias e sim ser apoiado na iniciativa livre e voluntariamente da maioria das pessoas, este é o terceiro fato e, por fim, a cultura política de uma sociedade que funcione

razoavelmente bem costuma conter, ainda que de modo implícito, noções pelas quais pode-se elaborar uma concepção política de justiça.

Diante disso, a pergunta fundamental que o autor tenta responder é como pode se chegar a um desacordo razoável? (RAWLS, 2003, p.49). A saída do autor se dá pelo que ele denomina de “limites do juízo” entre as pessoas razoáveis que se apresentam como obstáculos ao exercício correto de nossas faculdades da razão. Dentre estes limites podem ser citadas as evidências empíricas e científicas relacionadas a um caso que podem ser conflitantes e complexas. Quando pessoas concordam com determinadas considerações podem discordam em relação ao seu “peso” e ao afirmarem posições diferentes as pessoas possuem conceitos morais e políticos que muitas vezes não conseguem lidar com questões mais complexas da sociedade; em muitos casos existem diferentes considerações normativas como a mesma força, mas em direções opostas. Estes fatos, dentre outros, são introduzidos pelo autor não para darem um conteúdo cético a sua doutrina, mas para evidenciar a intensa dificuldade para se chegar a um acordo referente a um julgamento. Estas dificuldades se intensificam quando se referem a juízos políticos, o que o autor está evidenciando é o “limites do juízo” apresentados acima, por si só, já são uma justificativa para o pluralismo razoável, sendo uma característica permanente da sociedade democrática.

Por fim, Rawls (2003) ressalva que a noção de consenso sobreposto, bem como sua teoria, não possui o condão de abarcar todas as visões no interior da sociedade; muitas vezes determinadas doutrinas são incompatíveis com os valores da sociedade democrática e também sua teoria não possui um caráter transcendente. Além disso, o autor esclarece que parte da premissa que um regime constitucional e democrático merece ser defendido, mas que dado o pluralismo razoável faz-se necessário uma doutrina que consiga abarcar os diferentes juízos dos indivíduos racionais e razoáveis; contudo, o autor ao desenvolver sua teoria não leva em consideração os conteúdos das diferentes doutrinas filosóficas ou religiosas, mas ao contrário, procura estabelecer uma concepção política que consiga ser defensável por si mesmo e pelos que dela fizerem parte.

É interessante que quanto ao conteúdo dos princípios da justiça que se aplicam à estrutura básica, Rawls (2003) salienta três pontos básicos: primeiro, a justiça como equidade busca responder quais são os princípios mais apropriados para uma sociedade democrática que buscam concretizar as pessoas como livres e iguais em suas principais instituições. Um segundo ponto para a justiça como equidade refere-se ao objeto primário da justiça política, que é a estrutura básica, ou seja, como suas principais instituições políticas e sociais se harmonizam num sistema unificado de cooperação. Por fim, a justiça como equidade é

interpretada como uma forma de liberalismo político que articula seus valores a instituições políticas e sociais da estrutura básica.

Dados estes três pontos surge a questão: considerando uma sociedade como sistema eqüitativo de cooperação entre pessoas livres e iguais, que princípios de justiça são mais apropriados para determinar direitos e liberdades básicos para regular as desigualdades sociais e econômicas?

O Rawls (2003) recorre aos direitos e às liberdades básicas iguais, igualdade política e igualdade eqüitativa de oportunidade. A idéia é utilizar-se de um sistema eqüitativo de cooperação entre pessoas livres e iguais conforme formalizado na posição original para tentar identificar princípios distributivos apropriados para a estrutura básica com suas desigualdades econômicas e sociais nas perspectivas de vida dos cidadãos.

Os dois princípios da justiça são defendidos com base na idéia de que o primeiro tem prioridade sobre o segundo, naquele princípio a igualdade eqüitativa de oportunidades tem precedência sobre o princípio da diferença. Destarte, ao se aplicar um princípio supõe-se que os princípios anteriores foram satisfeitos. Busca-se um princípio de distribuição que vigore nas instituições de fundo e que garantam as liberdades básicas e a igualdade de oportunidades.

As revisões do segundo princípio são meramente estilísticas, a noção de igualdade eqüitativa de oportunidades a cargos e funções devem ser abertos a todos em igualdades de oportunidades não apenas formalmente, mas sim deve-se dar a todos as mesmas condições e chances independentemente da classe social e desde que possuam as mesmas capacidades de ingressem em cargos públicos ou outras posições sociais. Esta igualdade possui um conteúdo liberal, mas para atingir tal fim é preciso um sistema de mercado livre que regule as desigualdades e impeça a concentração excessiva da propriedade e riqueza que culmina em uma dominação política, é necessária também uma igualdade de educação e de renda familiar.

Rawls (2003) utiliza duas maneiras para formular sua lista de liberdades básicas: a primeira é histórica analisando os regimes democráticos e as liberdades básicas presentes no véu da ignorância que não permitem aos primeiros participantes reconhecerem as liberdades básicas. A segunda é analítica, quais condições políticas e sociais são essenciais para o desenvolvimento e pleno exercício das faculdades morais das pessoas livres e iguais. Assim, primeiramente as liberdades políticas iguais e liberdades de pensamento permitem que as pessoas julguem o que seja a justiça na estrutura básica; *segundo*, a liberdade de consciência e liberdade de associação permite que as pessoas exerçam suas faculdades morais e realizem sua concepção do bem. Isto fornece um campo para o exercício das duas faculdades morais:



*primeiro exercício* das faculdades morais serve para julgar a justiça nas instituições básicas e; *segundo exercício* para realizar sua noção de bem.

O Primeiro princípio aplica-se à estrutura básica e à noção da constituição; as liberdades políticas e de associação devem ser garantidas na constituição, por isso, há uma prioridade do primeiro princípio já que ele garante o acordo diante do pluralismo existente na sociedade e, desta forma, o segundo princípio deve ser aplicado em condições que satisfaçam o primeiro princípio. A distinção entre o primeiro e o segundo princípio da justiça se dá da seguinte forma: o primeiro abarca elementos constitucionais essenciais; já o segundo exige igualdade eqüitativa de oportunidades e que as desigualdades sejam reguladas pelo princípio da diferença. A diferença não é que o primeiro abarca valores políticos, pois ambos abarcam. A estrutura básica possui duas funções, sendo que o primeiro se aplica a um e o segundo a outro; a estrutura básica garante a liberdade básica iguais a todas as pessoas e estabelece um regime constitucional justo. Outra função é a de promover a instituição de fundo da justiça social e econômica, a primeira função é a de estabelecer e exercer o poder político.

Os princípios da justiça são aplicados em quatro estágios: no primeiro, as partes adotam princípios da justiça para trás do véu da ignorância e progressivamente a ignorância acaba; no segundo estágio se estabelece uma convenção constituinte; no terceiro, o legislativo estabelece as leis que são promulgadas e no estágio final as normas são aplicadas no judiciário e seguidas pelos cidadãos (RAWLS, 2003, p.61).

O primeiro princípio aplica-se ao estágio da convenção constituinte em seus dispositivos políticos e na maneira como eles funcionam, já o segundo aplica-se ao estágio legislativo e está relacionado com o tipo de legislação social e econômica e com os vários tipos de questões que surgem nesse ponto.

De forma breve, os motivos da distinção entre os dois princípios não são que um abarca direitos políticos e outro não e sim que os dois princípios incidem sobre diferentes estágios da aplicação de princípios e identificam duas funções distintas da estrutura básica, sendo mais urgente estabelecer os elementos constitucionais essenciais; além disso, é muito mais fácil decidir se os elementos essenciais foram realizados e, por fim, é possível chegar a um acordo sobre quais devam ser esses elementos essenciais não sobre cada detalhe, mas em suas linhas gerais.

#### **4.3 Os direitos humanos no direito dos povos de Jonh Rawls**

Este item tem por objetivo apresentar alguns pontos do pensamento de Jonh Rawls no que se refere ao papel dos Direitos Humanos no Direito dos Povos e a Guerra justa como forma de proteção destes direitos. Rawls a partir das cinco idéias fundamentais em sua Teoria da Justiça desenvolve o seu pensamento para o Direito Internacional, objeto de estudo no Direito dos Povos.

O Direito dos Povos parte da idéia de um contrato social à Sociedade de Povos, definindo princípios a serem seguidos por sociedades liberais e não liberais como padrão para regulamentar as condutas humanas. Em especial, traça a distinção entre os direitos humanos básicos e os direitos de cada cidadão de uma democracia constitucional liberal, definindo em quais casos tal sociedade poderia guerrear justamente.

Desta forma, será analisada a Teoria do Direito dos Povos de Rawls (2001) em particular os Direitos Humanos e a Guerra Justa. Demonstrado como as sociedades liberais e decentes deveriam se organizar internacionalmente e de como deveriam se relacionar com sociedades que não respeitem os Direitos dos Povos, particularmente como lidar com Estados que violem os Direitos Humanos de seus cidadãos. Logo, o objeto principal é demonstrar como se deve dar a proteção dos Direitos Humanos.

A Teoria dos Direitos dos Povos de Rawls (2001) parte de uma idéia liberal de Justiça similar a sua Teoria da Justiça, contudo é mais geral, pois se refere a uma concepção política de Direito e Justiça que se aplica ao Direito Internacional, denominando de “Sociedade dos Povos”, as sociedades que seguem os ideais e princípios do Direito dos Povos. Esta Teoria parte da constatação de cinco tipos de Estados: povos liberais e razoáveis; povos decentes; Estados fora da lei, sociedade sob o ônus de condições desfavoráveis e absolutismo benevolentes. Ao analisar estes tipos de Estados Rawls (2001), divide seu livro *O Direito dos Povos* em três partes, abrangendo a Teoria ideal e a não ideal, sendo a primeira parte dedicada à teoria ideal que estende a noção de contrato social à sociedade de povos liberais democráticos e, na segunda parte trata da sociedade de povos democráticos decentes e de como estas duas sociedades poderiam conviver com o Direito dos povos ao “fundo”, ou seja, mostra como poderiam existir povos não liberais que aceitassem o Direito dos Povos (RAWLS, 2001, p. 8).

Por outra via, na terceira parte o autor apresenta dois tipos da Teoria não ideal, a primeira refere-se à não aquiescência do Direito dos Povos pelos “Estados fora da lei” e que medidas os povos liberais e decentes poderiam tomar para defender-se; a segunda trata das condições desfavoráveis (econômicas, sociais e históricas) de alguns Estados para aceitar o Direito dos Povos.

Cabe advertir que esta Teoria não é um tratado de Direito Internacional, mas sim uma *utopia realista* baseada na filosofia política, que é realisticamente utópica quando expande aquilo em que geralmente se pensa como os limites da possibilidade prática, tendo por objetivo retratar um mundo social alcançável que combina Direito político e Justiça para todos os povos decentes em uma sociedade dos povos. Destarte, duas idéias motivam esta Teoria: a primeira refere-se aos grandes males da história como o genocídio e as guerras injustas, que decorrem da injustiça política com suas crueldades e brutalidades. A segunda decorre da primeira, eliminando as injustiças políticas por políticas sociais justas ou decentes estes males tenderão a acabar.

Segundo o Rawls (2001) os países democráticos constitucionais dentem a não guerrear entre si, sendo este um importante fato para a democracia; a exceção é claro se dá na autodefesa ou para proteção dos Direitos Humanos, oferecendo segurança recíproca e com a paz reinando entre eles. O Direito dos Povos é desenvolvido dentro do liberalismo político, sendo extensão a sociedade dos povos da sua concepção interna de justiça. Logo, são elaborados ideais e princípios da política exterior de um povo liberal razoável e justo que também sejam razoáveis a partir do ponto de vista de povos não liberais, já que esta Teoria sustenta a tolerância entre os povos liberais ou não.

Em síntese, Rawls (2001) segue a linha da *Paz perpetua de Kant* e seu *foedus pacificum*, parte da idéia de um hipotético contrato social dentro de uma concepção política liberal de regime democrático constitucional; em um segundo momento insere uma segunda posição original, na qual os representantes de povos liberais fazem um acordo com outros povos, liberais ou não, mas desde que estes respeitem os direitos humanos. Ressalta-se que estes acordos são hipotéticos e ahistórico, no qual os povos estão simetricamente situados, na posição original, por trás de um adequado “véu de ignorância”, resultando assim, de um acordo justo. Este pensamento ainda segue a linha kantiana, defendendo que o Direito dos Povos tem que ser instituído por um regime constitucional eficaz que concretize as liberdades de seus cidadãos. Pois bem, esta foi uma breve exposição do pensamento de Rawls no Direito Internacional; agora será reportado ao seu pensamento quanto ao papel dos Direitos Humanos no Direito dos Povos.

Inicialmente, pode-se argumentar que o Direito dos Povos não é suficientemente liberal, por uma via que entende os Direitos Humanos como os mesmos direitos que os cidadãos possuem em um regime democrático constitucional razoável, essa visão simplesmente expande a classe dos Direitos Humanos para que inclua todos os direitos que os governos liberais garantem. Contudo, os Direitos Humanos no Direito dos Povos referem-se a

uma classe especial de direitos como a liberdade que impede a escravidão ou a servidão, assim como a liberdade de consciência e a garantia de segurança de grupos étnicos contra assassinatos em massa, povos liberais razoáveis e povos hierárquicos decentes que condenarão qualquer tipo de violação aos Direitos Humanos (RAWLS, 2001, p.93).

Por um outro lado, pode se argumentar que o Direito dos Povos não é suficientemente liberal, pois apenas governos democráticos liberais é que são capazes de garantir a proteção dos Direitos Humanos. Esta linha de pensamento se baseia nos fatos históricos que demonstram que a maioria dos regimes hierárquicos não foram capazes de garantir os Direitos Humanos, violando-os muitas vezes. Contudo, Rawls (2001) supõe que existam ou poderiam existir povos hierárquicos decentes que respeitam os Direitos Humanos e por isso deveriam ser tolerados pelos outros povos liberais.

O principal papel dos Direitos Humanos nesta teoria é o de impor limites à autonomia interna de um regime, restringindo as razões que justificam a guerra. Esta visão implica dois tipos de mudanças históricas: a primeira refere-se à concepção do poder de soberania, que desde a segunda guerra mundial, entende as justificativas da guerra como um meio admissível de expansão político governamental; contudo Rawls (2001) defende a idéia que as justificativas da guerra devem ser ou a autodefesa do Estado ou a proteção dos direitos humanos. Uma segunda mudança implica no próprio conceito de soberania, pois a autonomia interna de um Estado agora é limitada pelos direitos humanos. Destarte, os Direitos Humanos possuem um papel diferente das outras classes de direitos, já que estabelecem um padrão necessário, mas não suficiente para a decência das instituições políticas e sociais, limitando o direito nacional dentro do Direito dos Povos. Assim, esta classe de direitos possui três papéis: o primeiro é que seu cumprimento é condição necessária da decência das instituições políticas de uma sociedade e da sua ordem jurídica; segundo, seu cumprimento é suficiente para excluir a intervenção justificada e coercitiva de outros povos, por exemplo, por meio de sanções diplomáticas e econômicas e, em casos graves, a força militar e; terceiro, estabelecem um limite para o pluralismo entre os povos.

Diante disto, a idéia que o autor desenvolve são que os direitos humanos devem ser defendidos pelos regimes democráticos constitucionais como direitos universais e intrínsecos ao Direito dos Povos, estendendo sua força política e moral a todas as sociedades, até mesmo aos Estados fora da lei. Logo, a violação de tais direitos leva à indignação de povos liberais e decentes, que em casos graves devem aplicar através da ONU (idealmente concebida) sanções econômicas ou até a intervenção militar; estas duas atitudes estão ligadas ao mesmo modo de

pensar o direito de assistência que os povos mais desenvolvidos têm para com povos menos favorecidos (RAWLS, 2001, p.105). Contudo, o direito de assistência não será tratado aqui.

Cabe então esclarecer quais seriam as razões justificadoras para intervenção em um Estado fora da lei, apesar de doutrinas religiosas poderem ou não fundamentar a idéia de Direitos Humanos como uma concepção teológica, filosófica ou moral da natureza humana, o Direito dos Povos procura fundamentar os Direitos Humanos como um subconjunto adequado de direitos possuídos pelas pessoas em um regime democrático constitucional liberal ou dos direitos dos membros de uma sociedade hierárquica decente. Desta forma, os Estados liberais e decentes não podem tolerar os Estados fora da lei, que é uma consequência do liberalismo político e da decência entre os povos. Já que o liberalismo político é uma concepção racional como o Direito dos Povos, então estes mesmos povos têm razões suficientes para não tolerar tais Estados fora da lei. Frisando apenas que esta não tolerância de Estados fora da lei refere-se não apenas a Estados fortes, mas também a “Estados fracos”.

Em síntese, o Direito dos Povos é exposto com base em uma concepção liberal de justiça baseada no contrato social. Alguns interpretam que a idéia de Direito dos Povos liberal devam começar pela justiça cosmopolita para todas as pessoas que são consideradas razoáveis e racionais possuindo “os dois poderes morais” que são a base da igualdade política no liberalismo. Após isto, Rawls (2001) imagina uma posição original com seu véu de ignorância atrás da qual todas as partes estão situadas simetricamente, estabelecendo um primeiro princípio de justiça no qual todas as pessoas tenham direitos e liberdades básicas iguais, fundamentando os Direitos Humanos numa concepção de justiça cosmopolita liberal.

Entretanto, a ressalva de Rawls (2001) nesta simplificação teórica é que este tipo de raciocínio leva a defender a idéia de que todas as pessoas devam ter os direitos iguais a dos cidadãos de uma democracia constitucional, logo a política externa de um povo liberal – que é do interesse do autor elaborar – deve se dar no sentido a forçar todas as sociedades ainda não liberais para que alcance o liberalismo, ou seja, esta visão implica que exista apenas uma sociedade democrática aceitável, fato este que o liberalismo político não defende, pois o Direito dos Povos parte do mundo político internacional como o autor percebe atualmente e tem interesse em como deve ser a política exterior de um povo liberal razoavelmente justo. Por isso é que Rawls (2001, p. 106) discute os dois tipos de povos bem ordenados: os povos democráticos liberais e os povos hierárquicos decentes, para em seguida abordar os “Estados fora da lei” os que sofrem condições desfavoráveis reconhecendo a simplificação de seu pensamento, mas sendo razoavelmente realista em qual deve ser o objetivo da política exterior de um povo democrático liberal.

Cabe frisar que as sociedades decentes não significam sociedades melhores que as liberais, pois aquelas sociedades não tratam seus cidadãos como iguais. Contudo, se esta sociedade possuir uma boa concepção de justiça, honrada por uma consulta decente acaba por legitimar o Direito dos Povos, ou seja, este tipo de sociedade honra o Direito dos Povos apesar de não tratar seus cidadãos como iguais. Estas sociedades tentam suprir as exigências morais e jurídicas de seus cidadãos para não sofrerem sanções. Logo, o liberalismo político deve distinguir dois tipos de argumentos a favor da intervenção; o primeiro, é o argumento político com base na razão pública do Direito dos Povos e, o segundo, é o argumento moral e religioso com base nas doutrinas abrangentes dos cidadãos, segundo Rawls (2001) o primeiro deve prevalecer.

Ligado à idéia de intervenção também está o oferecimento de incentivos aos outros povos para o desenvolvimento rumo à democracia constitucional, contudo, este incentivo não se deve dar de maneira coercitiva, pois o ideal é que cada povo se auto-determine (RAWLS, 2003, p. 110).

Como foi dito, os povos liberais ou decentes ao se relacionarem aceitam os princípios do Direito dos Povos e, sendo assim, o debate político deveria se dar em função dos princípios estabelecidos por esse Direito. Contudo, ao estabelecerem estes princípios isto não significa que os povos estão agindo segundo um *utilitarismo clássico ou médio*, pois o liberalismo moral não escolhe primeiros princípios universais, com validade para todas as partes da vida moral e política, ou seja, os princípios estabelecidos não são completamente gerais e, portanto, não se aplicam a todos os indivíduos e instituições e também não se aplicam ao Direito dos Povos que é autônomo. O que se defende é que a Teoria do Direito dos Povos é “universal em seu alcance”, ou seja, pode ser estendida para oferecer princípios para todos os temas politicamente relevantes.

Apesar da forte influência kantiana, os princípios do direito, justiça ou razoabilidade não são deduzidos a partir da razão prática. O que se objetiva sim é dar conteúdo a esta razão e a suas três partes: razoabilidade, decência e racionalidade. Estes critérios não são deduzidos e sim enumerados e caracterizados em cada caso. Logo, a razão prática seria o raciocínio sobre quais instituições políticas são razoáveis e decentes e o por que, não havendo uma lista certa e fechada de condições necessárias. Desta forma, os princípios que nortearão a “sociedade dos povos” são elaborados ou especificados e não deduzidos ou derivados, assim, percebe-se que a idéia de razão prática no liberalismo político é inteiramente distinta da idéia transcendental kantiana.

O liberalismo político defendido por Rawls (2001) enfoca muito mais a idéia do *razoável*, que consiste na disposição dos cidadãos em oferecerem termos justos para a cooperação social, as doutrinas razoáveis que o liberalismo defende devem reconhecer os valores essenciais para o desenvolvimento de um regime constitucional. Desta forma, inevitavelmente irá aparecer uma diversidade de doutrinas que muitas vezes poderão até ser incompatíveis entre si, isto será respeitado pelo liberalismo, desde que tais doutrinas sejam razoáveis.

A idéia de decência segundo o autor segue a mesma via, uma sociedade decente possui uma idéia de boa justiça atribuída a todos os seus cidadãos nos direitos humanos. Tal sociedade também possui instituições que garantem a seus membros a estrutura básica e a proteção do direito à participação na sociedade. Em tal sociedade os juízes bem como os legisladores devem ser guiados pela idéia de justiça e do bem comum. Por fim, os princípios racionais são especificados no livro de Rawls: *Uma teoria da justiça de 1975*, em que segundo o autor estes princípios são os mais simples possíveis discutindo a relevância sobre a decisão dos planos de vida, a racionalidade deliberativa e o princípio aristotélico. Contudo, o que o autor adverte é que estes princípios são apenas especificados ou elaborados de forma simples e não deduzidos ou derivados da razão (RAWLS, 2001, p.115).

#### **4.4 A guerra justa e o Direito a Guerra**

Observa-se que até agora nos atemos ao Direito dos Povos como um guia nas relações entre povos liberais ou decentes, mas como devem se dar as relações destes povos com Estados fora da lei? Afinal, o mundo contemporâneo está altamente globalizado e as relações internacionais após o grande avanço tecnológico se tornaram cada vez mais rápidas. Assim como as relações comerciais se tornaram rápidas também as grandes mazelas e graves violações dos direitos humanos se tornam cada vez mais conhecidas pelo mundo quando divulgadas pela mídia. Pois bem, será exposto agora de como deve se dar esta relação que Rawls (2001) trata como uma transição entre a teoria ideal, exposta sumariamente acima, para a teoria não ideal que resumidamente será tratado a partir de agora.

Rawls (2001) teoriza dois tipos de teoria não ideal, a primeira lida com povos que não aceitam o Direito dos Povos (Teoria que lida com condições de não aquiescência), estes povos tratam a guerra como um meio de promoção de seus interesses racionais, mas não razoáveis. Rawls (2001) define estes Estados *como fora da lei* e no segundo tipo da teoria não ideal é a que lida com povos em condições desfavoráveis, ou seja, povos que por fatos

históricos, sociais e econômicos tornam difícil e, às vezes, impossível a conquista de um regime liberal constitucional democrático, o autor define estes povos como *sociedades oneradas*. Aqui será tratado apenas de como os povos liberais e decentes devem se relacionar com o primeiro tipo de sociedade.

Como foi dito, o Direito dos Povos dá ao direito de povos bem ordenados a guerrearem em defesa própria, mas não mais com base na visão tradicional de soberania, ou seja, o direito à guerra como forma racional de alcançar os interesses imperialistas de um Estado nacional, o autor defende a idéia de que estes sozinhos não tem razões legítimas de direito à guerra (RAWLS, 2003, p. 117).

Desta forma, parte-se do pressuposto de que Estados sozinhos não possuem razões suficientes para guerrear em busca de seus interesses racionais em contraste com interesses razoáveis e de que povos liberais e decentes não possuem interesse em guerrearem entre si. Mesmo assim, as sociedades liberais e decentes interpretam de forma diferente as ações da política internacional, pois possuem interesses diferentes. Por exemplo, as sociedades liberais ao guerrearem estarão defendendo as liberdades básicas de seus cidadãos e suas instituições políticas, constitucional-democratas. Se por acaso guerrearem por poder estarão sendo Estados fora da lei.

A idéia é que os povos liberais por meio de sua política democrática e seguindo a idéia de razão pública estabeleçam os acertos e erros para sua sociedade com base nos dois poderes morais, senso de justiça e concepção de bem. Com isso irão criar um ambiente razoavelmente justo para uma política exterior. Já os povos decentes, apesar de também terem direito à autodefesa, ao guerrearem estarão defendendo corretamente a estrutura hierárquica de sua sociedade que também garante e permite a diferença de credos e honram e respeitam os direitos humanos. Por sua vez, os povos de *absolutismo benevolente* que geralmente não oferecem papéis significativos a seus cidadãos e não constituem uma sociedade bem ordenada, mas que respeitam os direitos humanos e não são agressivos, também têm que possuir o direito à autodefesa.

Com base nisto, o Direito dos Povos tenta servir como guia para o confronto com Estados fora da lei, especificando meios que podem ser utilizados e os que devem se evitados, assim, após a afirmação do Direito dos Povos entre os Estados se teria a própria defesa dos Direitos Humanos entre os povos. Contudo, isto necessita de tempo e de novas instituições políticas, como a ONU (idealmente concebida), que serviria para apontar e condenar os Estados fora da lei ou que violem os Direitos Humanos. Mesmos estes Estados não são totalmente indiferentes a estas críticas e conforme vá se dando o diálogo internacional estes



povos vão se dando conta de que não é conveniente continuarem com a violação dos direitos humanos.

Por último, os princípios que regulam a conduta da guerra, seguindo a linha tradicional, seria: a) o objetivo da guerra justa é a paz duradoura entre os povos, especialmente com seu inimigo; b) povos bem ordenados não guerreiam entre si, só guerreiam com povos não bem ordenados ou com aqueles que ameaçam sua segurança e instituições; c) na conduta da guerra os povos bem ordenados devem distinguir entre três grupos: funcionários do Estado, soldados e população civil, esta distinção se deve ao fato de que em povos não bem ordenados a população civil não é diretamente quem organiza e provoca a guerra, pois isto é feito por funcionários do Estado e por elites que controlam os quadros do poder estatal, bem como os soldados, com exceção dos altos escalões, que quase sempre são obrigados a lutarem; d) os povos bem ordenados devem respeitar tanto quanto possível os direitos humanos membros do outro lado, já que almejam a paz e uma futura relação harmônica com o povo que atualmente enfrentam e também por mostrarem o conteúdo de tais direitos; e) os Estados bem ordenados devem prever que tipo de relações querem ter com o povo que atualmente guerreiam; f) o raciocínio de meios e fins deve ter um papel restrito no julgamento de uma ação ou política externa. Logo deve-se ter uma visão futura das reais conseqüências que a guerra pode provocar (RAWLS, 2001, p.120).

Assim, as normas de conduta de guerra devem estabelecer limites próprios que não devem ser ultrapassados<sup>31</sup>, tendo-se assim uma maior proteção aos Direitos Humanos e uma maior paz entre as diferentes nações.

Após a apresentação da Teoria da Justiça e de suas cinco idéias fundamentais, tentou-se demonstrar de como a partir desta Teoria, Rawls (2001) tenta elaborar uma outra Teoria, o Direito dos Povos pensando em fornecer um “guia” para as relações internacionais pensadas atualmente, carecedoras ainda de uma base sólida.

O objetivo principal foi demonstrar o que foi dito acima, foi o de refletir sobre a crise atual por qual passa nosso mundo, especialmente no que se refere aos conflitos militares liderados pelos Estados Unidos. Logo, uma reflexão a partir do Direito dos Povos nos faz ver como estamos distantes de tal Teoria. Apesar do autor ter morrido recentemente (em 2000) e de nesta época o terrorismo não ser tão importante como hoje, percebe-se que mesmo assim, a teoria do Direito dos Povos ainda nos é distante.

---

<sup>31</sup> Rawls (2001) trata ainda das situações de emergência suprema que permite, em situações especiais, “colocar de lado” a posição estrita dos civis que podem, então, serem atacados, contudo estas situações não serão tratadas aqui.

Ainda vive-se em um mundo, como o próprio autor reconhece, onde as grandes disputas se dão por poder e prestígio, algo ainda como os mecanismos pensados por Hobbes e Maquiavel. Os grandes conflitos pouco têm a ver com interesses mundiais e quase sempre se referem a interesses regionais dos países que guerreiam. Contudo, e apesar das tristes constatações, pensar algo melhor é necessário, imaginar algo melhor ainda que distante pareça, acaba poupando todos no mínimo de muita angústia. Assim, apesar do pensamento apresentado ser utópico, pensar algo melhor é necessário e, principalmente, mudar a concepção de soberania estatal é extremamente benéfico para as relações internacionais.

Ter os Direitos Humanos como referencial para a limitação interna de um Estado e como justificador para uma possível intervenção econômica ou militar estabelecida por uma instituição como a O.N.U. (idealmente concebida), acaba colocando-se em um novo paradigma, no qual a guerra passa a ser um meio admissível de política governamental e só se justificando em autodefesa ou em casos graves de intervenção para proteger os direitos humanos, ter-se-á assim o que defende Bobbio (1992, p. 84), ou seja, a idéia de que não devemos contentar em teorizar sobre os Direitos Humanos, mas em defendê-los eficazmente. Mesmo em que pesem o art. 1º da Carta das Nações Unidas, os Estados devem negar este estado de anarquia global, recusando os direitos tradicionais à guerra e à autonomia irrestrita, talvez assim, tenhamos um mundo melhor e mais agradável de se viver.

## CAPÍTULO 5 – CRÍTICA AO FORMALISMO NEOCONTRATUALISTA DE J. RAWLS

Com base nas considerações apresentadas no capítulo anterior, cabe aqui fazer algumas críticas interessantes à teoria de Rawls. Assim como Kant se deparou entre o pensamento formal racionalista e, por outro lado, o pensamento empirista; Rawls em sua época se deparou com duas correntes de pensamento: por um lado, o intuicionismo<sup>32</sup> e, por outro, o utilitarismo<sup>33</sup>. Rawls (2002) opta, então, por uma *filosofia moral política formal procedimental*, que parte de um modelo hipotético que supõe, segundo muitos críticos, a experiência histórica da tradição liberal progressista norte-americana. Em sua primeira etapa, como está impedido de percorrer um caminho material-utilitarista e impossibilitado de afirmar princípios “a priori”, pois acabaria no intuicionismo, opta por uma teoria dos jogos ou “jogo de barganha”.

Assim, embora Rawls (2002) afirme que sua Teoria não possui nada de novo, a forma como vai justificar os princípios liberais clássicos é totalmente nova. O autor cria um renovado modelo contratualista, inspirado em Locke e Rousseau, no qual os homens em uma situação ideal (jogo) tomariam decisões sem determinação material alguma que pudesse desviar-lhe os juízos, pois estariam encobertos pelo “véu da ignorância”; contudo, negando o aspecto material da ética como ponto de partida, o autor sempre terá que criar cenários hipotéticos insolúveis para negar uma possível materialidade na origem.

Em princípio, os participantes do jogo são egoístas e possuem necessidades quase iguais, mas ao fazerem propostas uns aos outros chegam a um acordo sobre quais princípios fundamentais deveriam nortear a sociedade; os participantes, neste sentido, aceitam e reconhecem direitos e deveres que irão nortear o desenvolvimento da sociedade. Contudo, neste ponto é interessante observar que tais indivíduos, ainda que hipotéticos, poderiam sacrificar algumas pessoas reais se isto permitisse que um maior número de indivíduos tivesse mais<sup>34</sup>, ou seja, paradoxalmente aquilo que Rawls se propõe a combater, o utilitarismo, não está proibido aos indivíduos originais (KOLN, 2000, p.23). Além disso, um dos objetivos da

---

<sup>32</sup> O Intuicionismo é uma Doutrina segundo a qual uma ordem de fatos morais independentes e anteriores ao nosso julgamento poderia ser atingida diretamente ou por aproximação. Rawls (2002) distingue o intuicionismo racional do intuicionismo pluralista de Ross, que conclui pela impossibilidade de descobrir os princípios primeiros da justiça.

<sup>33</sup> Utilitarismo e a Doutrina clássica de Bentham e Mill, segundo a qual uma ação é boa se as suas conseqüências aumentarem a felicidade do maior número de pessoas. O objetivo de Rawls (2002) é mostrar que o utilitarismo é incompatível com os princípios da constituição norte-americana e que é preciso substituí-lo por uma doutrina como a sua.

<sup>34</sup> Este mais pode ser: bens materiais ou mesmo uma maior felicidade.

Teoria da Posição Original é suprimir as desavenças dos diferentes participantes na escolha coletiva, contudo, é impossível adaptar princípios a todos os casos pessoais, por exemplo, o rico poderia achar injusto taxar mais os ricos. Enfim, o suposto jogo na posição original para muitos de seus críticos é impossível de se aplicar empiricamente, sendo uma encenação meramente hipotética e tautológica que apresenta características contrafactuais; que produz *a priori* rendas injustas entrando em choque com o modo como são feitas as escolhas racionais da justiça e não tendo por base o respeito individual (KOLN, 2000, 237).

Destarte, mesmo quando em sua terceira etapa, que é quando lança *Uma Teoria da Justiça*, com o propósito de organizar a argumentação da posição original inserindo um procedimento imparcial pela qual quaisquer princípios resultantes desta condição seriam justos, os críticos não poupam objeções. Isto porque na posição original, um indivíduo não se pode imaginar na “pele de um outro”, suas escolhas são, portanto, tomadas a partir de um interesse pessoal visando um indivíduo real que irá se tornar. Ora, a escolha nesta posição lida com a existência individual, sendo que a Justiça deve considerar todos os indivíduos existentes, não podendo confundir incerteza com imparcialidade. Justiça é objetividade que provém de conhecimentos de fatos e de razões relevantes, não da ignorância. Além disso, um outro problema que se apresenta é que pelo procedimento da posição original não há como responsabilizar os indivíduos reais pela escolha dos indivíduos hipotéticos.

Por um outro viés, Dussel critica a teoria de Rawls por acreditar que este autor se baseia na história americana e que os participantes liberais americanos acreditam ser válidos princípios para os EUA e, conseqüentemente, para o resto do mundo.

Rawls (2002) analisa três níveis de normas: a regra única ou grupo de regras; instituições e a estrutura básica do sistema social como um todo. O segundo nível é onde se encontra a adesão aos princípios e obediência ao sistema. Nas instituições, portanto, os princípios ou regras são originantes tanto da sociedade como das instituições.

A crítica, agora especificamente aos dois princípios da justiça, se dá um em relação ao outro. O primeiro princípio como será descrito se refere à igualdade política; e o segundo, à desigualdade social econômica. O primeiro princípio diz respeito a direitos que podem ser interpretados como meras liberdades formais (liberdade de consciência, culto religioso, associação, etc), contudo, é no primeiro princípio que se estabelecem as condições para existirem os demais direitos e este é um dos motivos que fazem ele ter prioridade sobre o segundo princípio, mas é no segundo que existe um caráter material e, sendo assim, por que se admite uma igualdade política, mas não uma igualdade econômica?

Rawls (2002) não responde a esta crítica, se limita apenas a argumentar que as desigualdades sociais e econômicas são naturais, defendendo a idéia de que as desigualdades são acontecimentos da “sorte” onde se nasce, sendo isto pura causalidade. Reconhece desta forma, que as desigualdades são imerecidas, mas não injustas, pois isto acabaria com a sua Teoria. Assim, o autor defende a idéia de que as desigualdades devem ser compensadas e não eliminadas já que segundo ele não há injustiça neste ponto. Uma falácia parecida com a de Aristóteles na defesa da existência dos escravos.

Segundo Dussel (2000), o formalismo do século XX consiste nesta articulação que justifica o capitalismo liberal social democrata como o melhor do mundo e cuja unilateralidade invalida a posterior argumentação. Se os princípios de justiça, especialmente o segundo, constituem a estrutura básica da sociedade, a desigualdade pressuposta “a priori” como ontológica, justificará todas as desigualdades, assim tudo pode funcionar se os “piores” não forem invejosos.

A Teoria da Justiça de Rawls trata de um estudo sobre a justiça formal, segundo Dussel e Koln a ética necessita de um conceito forte de justiça, não meramente formal e inclui uma filosofia da economia em seu sentido fundamental. Não se trata de expor problemas econômicos, mas da fundamentação ética, prática e crítica da economia que possui um aspecto material, sendo que o formalismo não é capaz de expor críticas ou por em questão materialmente o sistema econômico capitalista.

Interessante também é a crítica de Habermas (2002), em síntese ela parte de três questionamentos: a) podem as partes, na condição primitiva, perceber apenas com base em seu egoísmo racional os interesses prioritários de seus clientes; b) é lícito que os direitos fundamentais sejam assimilados como bens fundamentais?; c) o véu da insciência garante a imparcialidade do juízo?

Em relação à primeira questão, Habermas (2002) afirma que Rawls não consegue sustentar uma representação de cidadãos autônomos a partir da posição original, pois nesta posição as pessoas não possuem a devida autonomia. Apesar das pessoas possuírem um senso de justiça e uma capacidade do bem e de dirigir-se pela razão de seus interesses, no *design* inicial as pessoas são privadas do uso destas capacidades, assim as partes dentro do seu egoísmo racional são incapazes de realizar um acordo dentro do interesse da justiça, pois não possuem competências cognitivas para tanto. No entanto, é a partir da condição inicial que as partes introduzem e definem os bens fundamentais (HABERMAS, 2002, p.66).

Já em relação aos bens fundamentais, estes são vistos como meios generalizáveis de que as pessoas podem precisar para realizar os seus planos de vida, assim as categorias de

direitos referem-se à categoria de bens, ou seja, Rawls desenvolve seu conceito de justiça vinculado a uma ética de bens que se enquadram melhor nas abordagens utilitaristas do que em sua própria teoria. Nesta perspectiva, os direitos só serão gozados na medida em que são utilizados e, desta forma, os direitos são tidos como coisas que as partes utilizam, este é um ponto crítico na Teoria da justiça, pois os direitos fundamentais regulam relações entre pessoas e não entre coisas.

Vale citar:

Se eu não estiver cometendo um erro, Rawls vê-se obrigado pelos constrangimentos da estratégia conceitual do modelo ainda eficiente da escolha racional a não conceber imediatamente as liberdades fundamentais como direitos fundamentais, mas a *reinterpretá-las* por ora, como bens fundamentais. Mas com isso, ele iguala o sentido deontológico das normas (que nos obrigam) ao sentido teleológico dos valores (que nós preferimos). Assim, Rawls apaga diferenças essenciais, às quais quero lembrar brevemente, para mostrar como isso o constrange mais adiante em seu procedimentos (HABERMAS, 2002, p. 68).

Algumas diferenças que Habermas quer lembrar dizem respeito às normas e aos valores. As normas disciplinam ações que podem ou não ser feitas, quando reconhecidas obrigam seus destinatários sem exceção, possuem um sentido de cumprir expectativas generalizadas de comportamento e possuem a reivindicação binária de serem válidas ou não. Por outro lado, os valores são recomendações de ações e exprimem até que ponto certos valores são preferíveis; sua realização se dá mediante uma ação direcionada. Além disso, as normas possuem validação absoluta de uma obrigação incondicional e universal, os valores possuem sentido relativo na avaliação dos bens elaborada no interior de uma cultura e ainda as normas visam validade para um mesmo conjunto de destinatários que podem se contradizer, possuem a coerência de construir um sistema. Já os valores concorrem entre si pela preferência dentro de determinada cultura.

A partir destas diferenciações Habermas (2002) procura enfatizar a fragilidade da condição inicial como artifício apropriado para proporcionar a capacidade dos cidadãos que decidem racionalmente sobre seus interesses e direitos prioritários diante do segundo princípio. Além disso, o véu da ignorância restringe o campo de visão das partes a princípios em torno dos quais se presume cidadãos livres e iguais, independente de sua auto-compreensão ou compreensão de mundo na qual estão inseridas. Rawls estabelece um imperativo categórico mediante um procedimento aplicado intersubjetivamente pelos participantes, em condições de igualdade e em características situacionais como o véu da

ignorância. Habermas (2002, p. 70) critica a falta de informação destes participantes, que poderia ter sido suprida: "se operacionalizasse o ponto de vista moral de um modo diferente e liberasse de conotações substanciais o conceito de procedimento da razão prática, ou seja, se desenvolvesse tal conceito de maneira rigorosamente estimativa".

Habermas (2002) vê na teoria de Rawls um monólogo composto de decisões individuais e, por isto, defende um interesse uniforme de cada um quando todos refletirem uma consciência transcendente, o que implica na compreensão de um mundo universalmente válido. Destarte, a ética do discurso apregoa um ponto de vista moral encarnado em um procedimento de argumentação levada a efeito intersubjetivamente, que obriga os participantes a questionarem as barreiras de suas perspectivas de interpretação.

Apesar da crítica habermasiana se estender a outros pontos da teoria de Rawls, o que interessa aqui é a crítica de Habermas em relação a autonomia privada e pública. Para tanto, Habermas (2002) diferencia a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos, esta é defendida pelos liberais e em resumo são as liberdades de crença e consciência, a defesa à vida e à propriedade pessoal, ou seja, aos direitos civis subjetivos. Já a "liberdade dos antigos" são as defendidas pelos republicanos. Estas liberdades referem-se aos direitos à participação e comunicação que possibilitam a autodeterminação dos cidadãos. Assim como Kant e Rousseau, Rawls (2002) tenta derivar estes dois elementos de uma mesma raiz, contudo, em sua construção é nítida a prevalência dos direitos fundamentais liberais sobre o processo democrático. Os cidadãos na condição primitiva são dotados de uma autonomia política que não pode se perpetuar no corpo da sociedade já constituída. O que Habermas (2002) critica é que quanto mais o véu da ignorância se eleva e quanto mais os cidadãos vão sendo considerados reais, menos eles podem questionar e mudar a ordem hierárquica institucionalizada do mundo já constituído, pois os cidadãos são privados de discernimentos que teriam que reconquistar continuamente. Em suma, no mundo real toda ordem já está constituída e institucionalizada, não cabendo aos cidadãos o questionamento, pois na condição inicial já teriam ocorrido todos os discursos de legitimação sedimentados no corpo da Constituição. Com base nisso, Habermas (2002) crê que o uso da autonomia política dos cidadãos na teoria da justiça serve apenas para a manutenção pacífica da estabilidade política. Isto porque os direitos fundamentais servem como limite para a autolegislação política dos cidadãos. Rawls (2002) ao estabelecer um limite *a priori* entre autonomia privada e pública contradiz não só a tradição republicana como a própria experiência histórica que demonstra ser problemático e variáveis tal distinção.

A resposta habermasiana implica nesta distinção mediante uma regulamentação jurídica do direito positivo e coercitivo de maneira legítima sobre o convívio social entre as pessoas. Cabe então, saber quais direitos as pessoas livres e iguais precisariam ter para regularem seu convívio social (HABERMAS, 2002, p.86).

Como já foi demonstrado, Habermas (2002) prega uma relação dialética entre autonomia privada e pública mediante um processo democrático que garanta tanto a autonomia privada quanto pública, os cidadãos serão autônomos quando se compreenderem em seu conjunto como autores das leis às quais se submetem enquanto destinatários. O autor defende este tipo de cidadão dotado de autonomia para o estabelecimento do Direito coercitivo que garantirá ambas as autonomias. Defende ainda uma constituição recíproca entre a autonomia privada e pública, somente assim haverá um direito legítimo.

Para tanto estabelece um procedimento que restringe os aspectos procedimentais do uso público da razão e desenvolve o sistema de direitos a partir da idéia de sua institucionalização legal, deixando algumas questões em aberto, já que confia no processo de formação racional da opinião e vontade. Já em Rawls (2002) a filosofia é quem estabelece a idéia potencialmente consensual de uma sociedade justa servindo como base para julgarem as instituições e os políticos. Habermas (2002) defende um posicionamento da filosofia que esclarece o processo democrático e o ponto de vista moral da análise das condições para discursos e negociações racionais, o papel da filosofia se resumiria a uma reconstrução do mundo e não a uma construção do mundo. Contudo, Rawls (2002) opta por um procedimento de evitação da filosofia política, desonerando-a de questões especializadas e controversas e acabando por fundamentar uma teoria fechada em si mesmo. Pode-se dizer que a Teoria da justiça inspira muitos debates calorosos e ainda em curso, como críticas ao consenso sobreposto e da justificação da concepção política de justiça, contudo, salientamos apenas as críticas mencionadas acima e que se referem à autonomia pública e privada.

Outro ponto interessante é a influência da idéia de *Paz Perpétua de Kant* em Habermas. Inicialmente, Habermas (2003) reconhece que esta idéia foi desenvolvida sob influência do direito racional e da experiência histórica de sua época e, conseqüentemente, são motivos que nos fazem afastar um pouco de sua teoria. Como já mencionado a idéia de *paz perpétua* parte de três premissas: a definição de um fim imediato que é a paz perpétua, a definição do verdadeiro objetivo que consiste na forma jurídica de uma aliança entre os povos e a solução histórico-filosófica do problema aí proposto que é a concretização da idéia de condição cosmopolita.

Disso resultam os seguintes problemas:



1º) Kant viveu em uma época marcada por guerras entre príncipes da Europa compostas por exércitos mercenários. Em vista disso, os problemas que se apresentava devido à guerra estavam relacionados com a pobreza que determinado país poderia sofrer ou com a perda de seu domínio territorial, os conflitos eram espacialmente delimitados entre Estados e Alianças, não consistiam guerras mundiais. As guerras nesta época eram travadas entre gabinetes e Estados, não eram nacionais ou civis, em suma, eram guerras delimitadas. Nesta perspectiva, o direito “à guerra” representa apenas o livre-arbítrio concedido aos sujeitos do direito internacional em condição natural, os crimes de guerra são apenas crimes cometidos na guerra, somente em um posterior período é que a própria guerra será considerada merecedora de censura e reprovação. Destarte, surge o problema conceitual entre direito cosmopolita e o direito internacional clássico.

Analogicamente, Kant defende a idéia que a condição cosmopolita é o meio para se abandonar a condição natural em que se encontravam as relações entre Estados, assim como cessou a condição natural entre as pessoas também deveria cessar a condição natural entre Estados, isto se daria mediante a constituição de uma “Liga das Nações”. A condição cosmopolita se distingue da condição jurídica no interior de cada Estado, naquela os Estados não se submetem a um poder superior, ocorre uma renúncia ao instrumento de guerra entre os Estados, mantendo-se intactas suas soberanias. Esta renúncia advém dos atos soberanos expressos em tratados internacionais e estabelecidos em torno de uma aliança duradoura.

Habermas (2002) aponta uma contradição neste ponto. Kant não explica como garantir a união dos Estados e nem como fazê-lo sem uma obrigação jurídica análoga a uma Constituição. Ora, desta forma os Estados não se sentem obrigados a se submeterem aos fins declarados, permanecendo uma união atrelada a interesses instáveis e contraditórios. Sua construção baseia-se em uma união moral entre os Estados, o que é inconciliável com sua própria descrição sobre as relações internacionais (HABERMAS, 2002, p. 190).

No século XIX as relações internacionais pautavam-se sob o pressuposto que somente Estados soberanos poderiam funcionar como sujeitos de direito internacional. Por um lado, havia a soberania externa que representava a arena externa de atuação estatal, que consistia na integridade das fronteiras, na condução da guerra e outras ações, por outro lado, havia a soberania interna que significava o monopólio da força em preservar e administrar a tranquilidade do país. Em síntese, a separação entre política externa e interna funda-se no poder estrito e discernido, que em última instância se mede pelo modo como o detentor do poder faz uso da força policial e militar disponível. É nesse sentido que qualquer

“constituição” cosmopolita que não respeite a soberania estatal surge como irreal. Esta realidade acaba por dificultar a crença em uma motivação moral para a criação de uma Federação de Nações compostas de Estados livres, por isso Kant recorre a sua filosofia da história com intenções cosmopolitas.

2º) Além disso, Kant cita três tendências naturais que explicariam a aliança entre os povos: a) a natureza pacífica das repúblicas; b) a força geradora das comunidades, própria do comércio internacional; c) a função de cunho político da opinião pública. Contudo, um olhar histórico sobre esses argumentos demonstra sua precariedade, primeiro pelos fatos históricos ocorridos entre os séculos XIX e XX, além disso, as premissas subjacentes à teoria de Kant, firmada no final do século XIII, já não mais correspondem à realidade. No entanto, devem-se reformular estes conceitos a favor de um direito cosmopolita.

O primeiro argumento afirma que à medida que os Estados tomam a forma de um governo republicano seus interesses vão ao encontro da paz. Contudo, os movimentos nacionalistas e mesmo o advento da democracia demonstraram que os Estados não necessariamente se comportam de maneira pacífica, porém as relações entre Estados de constituições democráticas são menos belicistas. Segundo Habermas (2002), na medida que as orientações valorativas influenciam a população, a própria conduta e motivo da guerra mudam deixando a simples expansão para a defesa da democracia e dos direitos humanos. Apesar das críticas, Habermas (2002, p. 196) reconhece a felicidade de Kant em enxergar uma tendência pacífica entre as nações, mesmo não antevendo que as relações comerciais, motivo da união pacífica, iria proporcionar a luta de classes.

Além disso, a imagem da política clássica de poder, já mencionada, não se altera apenas mediante pontos de vista normativos complementares à democratização e aos direitos humanos, mas também por outra forma de difusão de poder, ganha maior significado a influência e vantagens que se pode tirar de determinadas situações; a influência sob os estabelecimentos de contatos, ou seja, as influências de que se exercem em determinadas circunstâncias acabam sendo mais importante e o sujeito que Kant imaginava acaba ficando mais distante.

Habermas (2002) concorda com Kant que a união entre os Estados não significa apenas uma idéia passageira. Entende assim, que a idéia kantiana da condição cosmopolita tem de ser reformulada e não negada, diante de uma situação mundial que se modificou radicalmente. A primeira Guerra Mundial desembocou na Liga das Nações, que apesar de sua precariedade, se assemelhou muito às idéias de Kant. Já o final da Segunda Guerra trouxe avanços ao transformar o Pacto de Kellog, de 1928, no Tribunal de Nüremberg e Tóquio em

instrução judiciária penal, não se limitando aos delitos cometidos na guerra, mas incriminando a própria guerra. Além disso, as leis penais foram estendidas a “crimes contra a humanidade” e as ações comedidas não só pelos Estados mas também por seus funcionários passaram a ser incriminadas. Habermas (2002) afirma que pela primeira vez os sujeitos estatais de direito internacional viram-se desprovidos de uma condição natural.

3º) A revisão habermasiana propõe os seguintes conceitos: a) de soberania externa dos Estados e no caráter das relações internacionais; b) a soberania interna dos Estados e as restrições normativas da política clássica de poder; c) a estratificação da sociedade mundial e uma globalização dos riscos necessária à paz (HABERMAS, 2002, p.200).

Quanto ao primeiro ponto, Habermas (2002) nega a possibilidade de uma paz duradoura entre os Estados capaz de respeitar tanto os direitos humanos quanto a soberania estatal. Sua visão de direito cosmopolita institucionalizado vincula os governos estatais sob pena de sanções. Somente assim, haveria uma federação com instituições em comum reguladas por uma base regimental ou constitucional.

Na realidade, a ONU proíbe guerras de agressão em seu artigo 2ª contemplado na Carta das Nações Unidas e ao mesmo tempo proíbe a intervenção em assuntos internos de cada Estado, ou seja, regulamenta de forma ambígua a limitação ou não da soberania estatal. Na verdade a ONU não detém meios para combater ou exercer um monopólio do poder, isto acabou sendo exercido por seu Conselho de Segurança composto de 5 membros permanentes, que ao longo de sua curta história acabaram anulando-se. Um exemplo gritante são as relações nucleares entre as potências que são delimitadas por acordos de controle de armas e estabelecimento de “parcerias de segurança”.

Outro ponto a ser reformado é que Kant defendia uma federação de Estados, na qual o cidadão é parte interna; Habermas (2002) defende um direito cosmopolita que considere o cidadão enquanto cidadão do mundo e de um Estado em particular. Felizmente caminhou-se nesta direção na Carta das Nações Unidas de junho de 1945, obrigando os membros da comunidade em geral a respeitarem e observarem os direitos humanos, recebendo a devida moldura na “Declaração Universal dos Direitos Humanos”, em dezembro de 1948, desenvolvida continuamente em posteriores resoluções. Esta defesa não está circunscrita apenas no interior de cada Estado, as Nações Unidas dispõem de instrumentos próprios para a constatação de violação desses direitos, ainda que não possa efetivamente defendê-los. Esta é uma fragilidade da defesa dos direitos humanos que não possui um tribunal para ações penais que julgue sobre as violações dos direitos humanos. Vivemos ainda à sombra dos Tribunais

*ad hoc* de Nüremberg e Tóquio, que apesar de serem referências não foram capazes de instituir um Tribunal Internacional Penal capaz de efetivamente defender os direitos humanos.

Habermas (2002) defende uma reinterpretação sobre o direito de intervenção prevista no direito internacional. Antes da Resolução 688, de abril de 1991, caso não existe governo estatal, como no caso da Somália, então somente com a anuência dos Estados envolvidos é que poderia haver a intervenção. Após esta resolução o direito à intervenção passou a ser admitido em caso de “ameaça à segurança internacional” e foi invocado na guerra do golfo, ainda que ausente de fundamentação jurídica.

Por fim, percebe-se a necessidade de uma revisão conceitual em vista das mudanças ocorridas no cenário mundial, apesar de hoje haverem mais normas disciplinando as relações internacionais, assim como antes seu cumprimento é precário. Habermas (2002) vê na atualidade, na melhor das hipóteses, uma transição entre o direito internacional para o direito cosmopolita.

Kant imaginava uma união entre o Estado crescente em torno de uma república pacifista, contudo, hoje quase todos os países são membros da ONU, independente de ser republicano ou garantirem os direitos humanos e ainda estamos distantes da paz duradoura. As desigualdades sociais entre indivíduos e Estados também têm de ser superadas.

Habermas (2002) prega uma melhora institucional na defesa dos direitos humanos, que implica numa reformulação nas nações Unidas e na ampliação das forças capazes de atuar em nível supranacional. Contudo, alguns vêem nesta tentativa de imposição internacional dos direitos humanos uma moralização autodestrutiva da política e mesmos os partidários contrários a este posicionamento, fundamentam os direitos humanos em um conceito vago que não consegue distinguir o direito da moral.

Por isso defende uma reforma da ONU em três pontos: na instalação de um parlamento mundial, na ampliação da estrutura jurídica mundial e na reorganização do Conselho de Segurança.

O parlamento mundial reformularia a atual Assembléia Geral, deixando de ser um “congresso de Estados” para se tornar um Senado Federal no qual os povos estariam representados com a totalidade dos cidadãos do mundo, não por governos, mas por representantes eleitos. Quanto ao Conselho de Segurança não bastaria uma atualização na representação dos Estados nacionais, como mais membros permanentes, mas também propõe um voto privilegiado a regimes regionais como a União Européia. Além disso, deve-se ter o fim do voto unânime e no lugar o voto da maioria e ainda é necessário um poder de força próprio ao seu comando para desempenhar funções policiais.

Apesar de reconhecer que são sugestões básicas que não necessariamente implicarão no direito cosmopolita, o que interessa é a crítica que se faz quanto à auto-compreensão moral-pragmática da modernidade. Neste ponto, Habermas (2002) estabelece um diálogo com Carl Shmitt, que num artigo de 1932, voltado contra os Estados Unidos e outras potências vencedoras em Versalhes e depois estendidos à Aliança dos Povos de Genebra e das Nações Unidas, defendia a idéia de que uma política de organização mundial baseada na idéia kantiana de paz perpétua e que objetivava uma ordem cosmopolita levaria obrigatoriamente a uma pancriminalização e conseqüentemente a perversão de seus objetivos. (Habermas, 2002, p.212)

Esta argumentação parte da idéia de que a política dos direitos humanos levaria a inúmeras justificações de guerra disfarçadas de ações policiais e ainda a moralização classificaria opositores como inimigos levando à desumanidade. A defesa dos direitos humanos poderia justificar as atrocidades mais absurdas. Entretanto, esta argumentação parte de premissas equivocadas, isto porque é errada a idéia que a política dos direitos humanos sirva como imposição de normas que são parte de uma moral universalista.

Habermas (2002) faz uma leitura diferente, a partir da Virginia Bill of Rights e da Declaração dos direitos do Homem e cidadão de 1789, inspiradas em filosofias racionais como Locke e Rousseau, os direitos humanos aparecem com uma dupla característica, por um lado gozam de validação positiva e por outro, na medida em que são direitos cabíveis a todos os seres humanos, possuem uma validação sobrepositiva. Esta ambigüidade gerou muitas discussões, alguns defendiam que os direitos humanos estariam entre o direito positivo e o direito moral, enquanto que outros defendiam que os direitos deveriam se apresentar tanto na forma moral quanto positiva e, conseqüentemente, acabariam por obrigar o legislador a positivizar normas morais já dadas. Ora, Habermas (2002, p. 214) não pactua destes posicionamentos, interpreta os direitos humanos como tendo origem moral, mas também como manifestação conceitual jurídica. “o que confere a aparência de direitos morais não é o seu conteúdo, nem menos ainda sua estrutura, mas seu sentido validativo que aponta para além das ordens jurídicas características dos Estados nacionais.”

Isto não implica que os direitos humanos sejam insuscetíveis de mudança, mas, no entanto, sua fundamentação possui um caráter notável, pois fazem parte das normas constitucionais tendo ainda um destaque especial. Os direitos fundamentais liberais e sociais são endereçados não somente aos integrantes do Estado. É neste ponto que as normas morais se assemelham aos direitos humanos, já que ambos reclamam uma validação universal. Na verdade, os direitos humanos só podem ser validados enquanto fundamentados sob o ponto de

vista moral, ao contrário de outras normas que apesar de serem fundamentadas por conceitos morais também são fundamentadas por questões ético-pragmáticas, na fundamentação dos direitos humanos basta os argumentos morais para sua fundamentação.

Este modo de interpretar a fundamentação dos direitos humanos não implica em uma redução à moral desses direitos, as normas jurídicas conservam sua juridicidade mediante sua estrutura, independente de seu conteúdo. Já os direitos fundamentais são direitos subjetivos que desvinculam as pessoas do direito de mandamentos morais, reservando espaços legais a sua ação segundo suas próprias preferências. Assim, os direitos humanos vinculam o arbítrio das pessoas autônomas, enquanto que os deveres jurídicos são conseqüências de autorizações de um agir arbitrário, ou seja, uma restrição legal dessas liberdades subjetivas.

Em parte, se os direitos fundamentais são confundidos com direito moral, isto se deve ao fato de que mesmo com sua pretensão universal, somente nas ordens jurídicas do Estado foi que assumiram uma figura positiva; já no âmbito internacional, esta validação se mostrou precária e confusa, concebida como algo que ainda está por vir.

Assim, se é falsa a primeira premissa que invalida a argumentação que direitos humanos são direitos morais, fica sem base o enunciado de que imposição global dos direitos humanos seguiria uma lógica moral que levaria a intervenções disfarçadas de ações policiais. Habermas (2002) não vê nestas intervenções uma “luta contra o mal”, mas sim em uma situação cosmopolita, um meio para perseguir ações criminosas no âmbito de uma ordem jurídica estatal e dentro de procedimentos jurídicos institucionalizado, não é, portanto, o ponto de vista moral que move estas intervenções.

A fundamentação apresentada por Habermas (2002) preocupa-se em responder a teoria de Carl Schmitt, este autor preocupado com as conseqüências de um direito cosmopolita que perpassa-se a soberania dos Estados, procurou fundamentar contra a penalização da guerra de ataque e contra a responsabilidade de pessoas, em particular, por prática de crime de guerra, crimes até então desconhecidos.

Em um primeiro momento, Schmitt procura civilizar a guerra pela via do direito internacional. Para tanto, refuta a distinção entre guerra de ataque e guerra de defesa, pois ao fundamentar uma razão jurídica moralmente neutra acaba por excluir qualquer responsabilidade pela guerra, sendo esta um direito constitutivo da soberania estatal. No fundo, o que Schmitt queria era descriminalizar não só a guerra de agressão, mas também todos os seus meios e conseqüências. Em um parecer sobre o réu Friedrich Flick, julgado em Nüremberg, Schmitt distingue entre crimes de guerra e as “atrocidades” cometidas na Segunda Guerra, defendendo que estas não fazem parte de qualquer circunscrição jurídica,

não sendo, portanto, crime. Seu conceito de político é desenvolvido por um lado interno, juridicamente pacifista, que necessita da complementação, por um outro lado de uma política externa beligerante e licenciada no âmbito internacional, pois crê que para a ordem ser estabelecida os inimigos têm que ser caçados. Em seu pensamento a “Política” é a capacidade e vontade do povo de reconhecer e combater seu inimigo (Habermas, 2002, p.221).

Diante dessa visão a imposição global dos direitos humanos e da democracia que tem por finalidade a paz mundial apareceria como obstáculo à política internacional do Estado.

Schmitt vê no universalismo moral da humanidade, iniciado com Kant, o fundamento desta “guerra contra a guerra”. Mediante a formulação “humanidade, bestialidade” procura fundamentar um conceito que implica na relação amigo-inimigo. Sendo que o conceito de humanidade extrai esta relação contaminando o direito internacional com a moral, que explica a desumanidade cometida “em nome da humanidade” pelas guerras civis modernas.

Se por um lado realmente a moralização do direito e da política faz romper as zonas de defesa que se pretende ver garantidas para as pessoas de direito, por outro, Schmitt se equivoca ao supor que só se poderia evitar esta moralização caso se mantivesse a política internacional isenta ou purificada do direito da moral.

Habermas (2002) defende que diante da idéia do Estado de direito, o direito legítimo com sua substância coercitiva seja canalizado tanto interno como externamente, defende um direito legítimo em sintonia com as proposições morais já fundamentadas e reconhecidas. Assim, vê o direito cosmopolita como consequência do Estado de direito capaz de construir um ordenamento jurídico interno que vá além de suas fronteiras.

Schmitt via na imposição internacional dos direitos humanos uma justificativa fundamentalista que poderia levar à violação dos mesmos direitos que diziam proteger, contudo, a precariedade desta afirmação está em ver os direitos humanos como natureza moral, ou seja, que a imposição dos direitos humanos significaria uma moralização do direito internacional. Por isso, a preocupação de Habermas (2002) em diferenciar os direitos humanos de direitos morais, esta diferença não significa que o direito positivo não tenha conteúdo moral, pois no procedimento legislativo da democracia argumentos morais também influenciam na fundamentação jurídica, assim como já dissera Kant, o direito se diferencia da moral por suas qualidades formais de legalidade. Por isso que vários comportamentos morais ficam eximidos de regulamentação jurídica, ficando seu julgamento exclusivamente na consciência do agente, ao passo que o código jurídico de julgamentos e sanções vinculam-se a

procedimentos jurídicos estatais. Assim, a resposta à Schmitt não é que deve-se isentar a política da moral, mas transformar a moral, pela via democrática, em um sistema positivado de direitos, capazes de procedimentos jurídicos para sua garantia e aplicação. Este fundamentalismo dos direitos humanos só poderá ser evitado mediante a transformação cosmopolita da *condição natural* entre os Estado em *uma condição* jurídica entre eles.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após frisar-se o paradoxo do surgimento da legitimidade a partir da legalidade, procurou-se demonstrar a relação entre direitos subjetivos e públicos no âmbito da dogmática jurídica e a concorrência entre direitos humanos e soberania do povo, ou seja, autonomia privada e pública que ainda se demonstra problemática do direito moderno. Em grande parte, isto se deve às heranças filosóficas de Hobbes, Rousseau e Kant. Habermas interpreta que estes autores não articularam claramente os princípios dos direitos humanos e da soberania popular. Contudo, tentou-se demonstrar que esta crítica não é tão simples assim; inicialmente foi exposta a teoria racionalista do Estado de Hobbes.

Hobbes não estava preocupado na origem histórica das leis ou do Estado, mas sim procurava compreender os critérios essenciais de legitimidade do Estado. Interpretava o estado natural sob um ponto de vista pessimista e via a natureza do homem como essencialmente ruim, entretanto, a razão poderia nos dizer quais direitos naturais teríamos. Inicialmente, no estado natural os indivíduos possuiriam apenas a igualdade em se matarem uns aos outros, disto advém o pacto em procurar seguir a paz (primeira lei) e em renunciar parcialmente a liberdade (segunda lei); por fim, a terceira lei que seria o contrato inerente à natureza humana, mas que necessita de um poder não natural para ser cumprido.

Seu pensamento é revolucionário na medida em que procura fundamentar um Estado independente de qualquer influência divina fundado apenas na razão, esta seria a chave para a soberania do Estado. Ao investigar a lei não procura sua origem, mas sua razão, isto não reduz sua teoria a um positivismo, pois a “vigência da força da autoridade” necessita de um autor e uma vontade que para se impor pressupõe que tenha sido autorizado, ou seja, necessita de um “reconhecimento” por parte dos súditos. Desta forma, as leis advindas do soberano não são meros caprichos e devem procurar criar um espaço para a atividade individual. A coerção por parte do soberano deve possuir um valor jurídico autorizado e dotado de legalidade, não significa, portanto, um simples poder desenfreado.

Existe ainda um reconhecimento do poder por parte dos afetados, o que permite identificar um ordenamento jurídico de um “bando de ladrões”, seu pensamento procura um aspecto jurídico e material da justiça. Obviamente, apesar desta defesa sua teoria possui ambigüidades, seu pensamento é um modo de justificar a ordem estabelecida, sua teoria da justiça se resume a um reconhecimento do poder e serve pouco para sua limitação, apesar de reconhecer no direito, campos de atuação sem a intervenção estatal. Além disso, o contrato natural é orientado pelo contrato privado como um contrato em que todos fecham entre si em

nome de um terceiro e, assim, os participantes deste contrato possuem apenas interesses egoístas e particulares, ficando difícil imaginar um interesse comum, já que para tanto teriam que assumir um ponto de vista na primeira pessoa do plural. E ainda, a incoerência de seu pensamento surge em relação ao dever do soberano para com os seus súditos, pois aquele só responde a Deus, permanecendo seu poder ilimitado.

Em seguida, foi demonstrado como Kant procura solucionar estas incoerências. Inicialmente, critica Hobbes por fundamentar um sistema de direitos civis isento de considerações morais, fundamentado apenas no egoísmo racional, em seu pensamento os participantes do estado natural devem deixar o enfoque egocêntrico. Kant interpreta o contrato social como um fim em “si mesmo” e que determina a cada um o que é seu. Com isto procura inicialmente fundamentar não a soberania do Estado, mas o direito “natural” a iguais liberdades de ação subjetivas.

Os direitos humanos surgiriam fundamentados na vontade autônoma dos indivíduos singulares a partir da reflexão da razão, que examina as leis e as fundamenta moralmente. O elemento moral é uma das características diferenciais entre Kant e Hobbes.

Como salientado, Habermas considera que Kant subordina o princípio democrático ao princípio moral e, por isso, não se resolve a relação entre direitos humanos e princípio da soberania. Contudo, esta crítica possui algumas lacunas, Kant não subordina sua teoria ao mero “dever ser” imposto pela moral, sua fundamentação ética é resultado do exame da crítica da razão prática, que apesar de dividida entre crítica da razão pura e crítica da razão prática, só existe uma razão. Sua construção objetiva um fundamento independente de influências sensíveis. Kant interpreta o sujeito como dotado de uma faculdade de agir que possui como parâmetro a razão prática, que é moralmente neutra. A ação do sujeito inicia-se com o querer que possui a vontade boa que é a capacidade de distanciar-se dos impulsos naturais; os conceitos morais advindos deste movimento possuem sua origem na razão prática sendo a priori.

O sistema filosófico de Kant não se resume a uma mera moralidade ou a um “dever ser”, a vontade boa é a única que possui o ilimitadamente bom, com isto Kant se distancia dos princípios utilitaristas ou materiais como o interesse egoísta dos indivíduos no pensamento de Hobbes, pois vê nisto uma ação condicionada a uma contingência externa, não podendo ser ilimitadamente boa.

Tanto a vontade boa quanto o querer do sujeito não são resultados do simples querer, mas da razão que examina as conseqüências de sua ação no mundo. A moralidade surge em harmonia com a legalidade, a moral surge como um desenvolvimento e sobrepujamento da

legalidade. Disto surge o imperativo categórico que serve como critério supremo de ajuizamento e reformulação da moralidade, serve também como consumação da racionalidade prática. O imperativo serve como teste para a universalização da ação, isto é o que caracteriza a moral kantiana como procedimental, sua moral é formal e não material.

Percebe-se que o imperativo categórico não é um simples princípio moral, pois nomeia uma lei advinda da autonomia da vontade do sujeito.

Sua fundamentação moral procura as condições a priori da construção moral, toda a influência empírica é deixada de lado. Sua ética procura estabelecer máximas para a ação moral que não se referem imediatamente ao princípio moral, pois não são subordinadas ao contingente. Por fim, estabelece o factum da razão que não significa nenhum fato empírico, mas auto-experiência moral, que não deriva de nenhuma afirmação do dever-ser, o imperativo categórico não deriva do factum da razão, mas do conceito do irrestritamente bom e a moral se fundamenta em conceitos da razão pura, ou seja, em conceitos a priori.

Diferentemente de Hobbes, o Estado surgiria como garantia da liberdade externa, o contrato social seria o resultado da idéia da razão prática pura a priori que requer uma constituição republicana que garanta as leis jurídicas advindas da razão prática, independente de contingências ou experiência; em suma, é a idéia racional do Estado de direito.

Curiosamente as relações entre Estado seguem-se pela ausência de justiça pública e como solução Kant estabelece, semelhantemente ao contrato originário, uma federação das nações que deveria garantir a liberdade de cada Estado no qual as particularidades seriam respeitadas. Vislumbra ainda um direito cosmopolita ao lado do direito político das gentes, que se torna referência para a defesa dos direitos humanos como superiores ao direito positivo. Com isto, surpreendentemente, surgem as fragilidades de algumas críticas que resumem a teoria kantiana a uma mera subordinação da moral ou a uma hipermoralização e de como a crítica de Habermas peca por sua simplicidade.

Por fim, foram apresentados alguns pontos críticos que não são citados por Habermas, como a crítica de Hegel aos contratualistas. Hegel interpreta Kant como um teórico da sociedade burguesa que teria fundamentado o egoísmo de uns em relação aos outros e de ter defendido a propriedade privada. Sua crítica aos contratualistas é que estes não perceberam que os contratos privados possuíam um outro fim, ao passo que o Estado é um fim em si mesmo.

O ponto enigmático da teoria hegeliana é que mesmo criticando Hobbes e Kant por legitimarem a ordem burguesa, sua filosofia pactua com as contradições da sociedade existente, mesmo com a objeção que no sistema hegeliano a filosofia do direito representa o

espírito objetivo, não tratando da verdade absoluta, não se pode deixar de considerar este paradoxo. Em síntese, Hegel entrega a liberdade do indivíduo à necessidade da propriedade, a sociedade à natureza e a razão ao capricho e, por fim, rejeita o direito internacional, estabelecendo uma soberania ilimitada e “jogando” os Estados em uma arena de relações semelhante ao “estado natural”.

Mais curioso ainda é que ao confrontar aos posicionamentos dos filósofos acima, percebe-se que todos se preocuparam em fundamentar a propriedade, o contrato, a segurança jurídica e a soberania estatal e todos estes conceitos eram necessários à consolidação da classe emergente que era a burguesia. Assim, os filósofos citados nesta parte do trabalho, embora se possa fazer uma rica defesa filosófica pautada em seus contextos histórico-filosóficos, ainda assim, seus pensamentos acabaram por pactuarem com a ordem estabelecida. As desigualdades, o estabelecimento de um poder irracional e ilimitado, passaram a ser justificados racionalmente.

Já o segundo capítulo foi destinado à apresentação de como a idéia de ser humano enquanto “valor” fonte do Direito foi se diluindo a partir do início do século XX. Isto se torna mais evidente quando se pensa um conceito para os direitos do homem e outro para os direitos do cidadão. Este pensamento muito bem feito por Arendt demonstra a inexatidão do conceito de direitos humanos, o que se verifica é que a perda da comunidade, do campo de ação do indivíduo em uma época em que todos os cantos da terra estão habitados equivale à expulsão do indivíduo da humanidade. Neste sentido, a autora defende que a perda e expulsão do indivíduo de sua comunidade é a maior perda de direitos que uma pessoa pode sofrer. Não é a privação da vida ou liberdade como se acredita comumente, a lesão a estes dois direitos ocorre em um último estágio da “banalização do mal”. Nada mais incoerente, o homem que se vê privado de seu status político e que deveria ser o Homem ideal da Declaração de 1879, encontra-se privado de todos os seus direitos elementares que eram tidos como inalienáveis e independentes.

Arendt percebe que a expulsão do indivíduo de sua comunidade é a maior privação de direitos que o homem pode sofrer em um mundo completamente civilizado, por isso procura repensar conceitos como da esfera pública e privada para fornecer os alicerces ao exercício da ação humana e estatal. Não foi analisada esta construção, o que importa nesta parte do trabalho é de como a fragilidade do ser humano se intensificou no Estado nacional-socialista representando o momento de ruptura entre o passado e o futuro produzido pelo esfacelamento dos direitos humanos. Apesar de reconhecer que Arendt faz um estudo do Estado totalitário nazista e stalinista, a ênfase dada neste trabalho foi com relação ao Estado

nazista, principalmente por sua influência nos países democráticos do mundo ocidental e por um recorte metodológico que procura estabelecer um diálogo complementar com o pensamento de Marcuse sobre este período.

Além disso, para compreender o esfacelamento dos direitos humanos foram utilizados como “pano de fundo” os modelos de paradigmas que estruturam a reflexão jurídica do mundo moderno apresentados por Lafer e após contextualizar o paradigma clássico do Direito Natural eficazmente utilizado durante o século XII e XVIII, foi citada sua substituição pela Filosofia do Direito.

No paradigma do Direito Natural o que se percebe são idéias como a imutabilidade de princípios que escampam ao tempo e espaço; a base de sua fundamentação que é a razão e não mais a revelação divina, assim como e a função do Direito que é a de qualificar ações como boas ou más, justa ou injusta. Embora este paradigma tenha algo de novo como a fundamentação do Direito independente de Deus, agora os homens podem mediante o uso da razão pactuarem a sociedade na qual desejam viver. É neste contexto que surge a Declaração de 1789, que se demonstra frágil no início do século XX frente ao surgimento dos refugiados e apátridas.

O interessante é notar que dos problemas surgidos no interior do paradigma do Direito Natural chegou-se ao paradigma da Filosofia do Direito que procurou respostas aos problemas do antigo paradigma. Os teóricos passaram a se preocupar com a forma do Direito e não mais com o seu conteúdo desembocando na Teoria Geral do Direito; da preocupação em se relacionar fato e Direito surge o campo da fenomenologia jurídica caracterizado pelo antiformalismo no processo de determinação do que seja o Direito e dos problemas entre Valor e Direito surge a deontologia como um campo independente da análise da validade formal da norma e de sua efetividade. Em suma, estas preocupações procuram diante da crise do formalismo jurídico transcender aos dados formais que se exprime do Direito Positivo objetivando sanar suas insuficiências.

Esta apresentação teve por objetivo apresentar os paradigmas que nortearam a fundamentação jurídica. O Direito Natural fundamentava-se no uso da razão, que revelaria as normas que deveriam guiar a vida em sociedade. A razão era o fundamento do Direito, já na Filosofia do Direito era a lógica do razoável que norteava a investigação, esta lógica está mais próxima da razão prática e do sentido do aceitável e variável em um determinado local, não se opondo necessariamente ao racional. Esta lógica aos poucos vai substituindo a lógica do racional que procurava fundamentar o Direito lógica e racionalmente; surge, dentre outros motivos, pelo fato da impossibilidade de fundamentação do Direito pelo seu conteúdo e da

impossibilidade de um único método para a variedade de direitos existentes, além dos constantes descompassos entre as normas comportamentais e a realidade social.

A lógica do razoável serviu para fundamentação e solução de problemas dos diferentes campos de atuação do paradigma da Filosofia do Direito, os defensores desta lógica acreditavam que por ela implicar em conteúdos variáveis, os indivíduos de uma comunidade mediante o diálogo poderiam encontrar standards quanto ações aceitáveis ou não, o que proporcionaria uma comunidade que garantisse os direitos elementares do Homem. Mas com a experiência totalitária, principalmente a nazista, a lógica do razoável não deu mais conta dos problemas surgidos no interior do positivismo jurídico, chegando a ponto de haver um ressurgimento do Direito Natural como limitação do poder soberano. Arendt defende o totalitarismo como uma experiência que não oferece acesso à racionalidade ou razoabilidade do mundo, mas sim a sua ruptura.

Para evidenciar este posicionamento, foi apresentado como o nacional-socialismo surgiu como uma “nova visão” do mundo ao combater as idéias liberais, entretanto, este combate se deu de forma periférica mediante asserções isentas de qualquer conteúdo histórico, não questionando a estrutura herdada do liberalismo. Os ataques às idéias liberais se davam de forma que a ordem estabelecida não fosse atingida. De fato, o nacional-socialismo manteve certas idéias do liberalismo como o equilíbrio das forças econômicas e do direito natural, contudo, a ênfase do direito natural não diz respeito ao indivíduo, mas sim ao povo. O direito natural deixa de ser fundamentado na razão e passa a ser fundamentado a partir do irracionalismo da natureza, do sangue, da terra e do povo, cabendo ao Homem apenas a tarefa de interpretar o mundo que o cerca.

Estes são alguns elementos da teoria liberal que se encontram no nacional-socialismo, sendo a partir da antiga estrutura que se ergue o nacional-socialismo que reinterpreta alguns conceitos da antiga teoria que não se adequam mais à realidade da época que necessitava de um Estado forte e mobilizador dos meios de poder que garantisse a estabilidade das relações sociais e a conquista de novos mercados para os empresários. O possível combate desta teoria frente ao liberalismo se deu apenas como uma luta de “visões do mundo” com asserções genéricas e abstratas isentas de conteúdo histórico e de forma alguma questionou a “ordem existente”. O que ocorreu foi que em certa medida o liberalismo gerou a partir de si o Estado totalitário; este foi também um estágio “evolutivo” do capitalismo, não que isto implique em um simples desdobramento do liberalismo, esta “nova ordem” possui elementos próprios que golpeiam o liberalismo, representadas no universalismo, naturalismo e existencialismo.

Este três elementos são organizados de tal forma na sociedade que leva o indivíduo a perpetuar e a amar a ordem existente a qual pertence. Revoluções ou questionamentos passam a não mais fazerem sentidos. Após a interpretação organicista e natural da sociedade, o Estado passa através de sua teoria “existencial” a comandar os instintos dos indivíduos; por fim, este suposto combate ao liberalismo joga os indivíduo a forças irracionais detentoras de um imenso aparato opressor, no qual o indivíduo é disciplinado a amar e a perpetuar a ordem existente.

Pode-se dizer que em certa medida o nacional-socialismo aprimorou a herança herdada do liberalismo e em outros estabeleceu características próprias, como o fim da distinção entre o campo de atuação estatal e social, o que levou a uma indeterminação dos limites do poder estatal. O nacional socialismo aboliu a divisão racional do poder herdada do liberalismo e transferiu ao poder a indústria ao exército e ao partido, assim diferentemente do que se pensa não é o Estado que é totalitário, mas sim o nacional-socialismo representado na figura do fuher que harmoniza qualquer choque de poder.

Outra medida interessante de se observar é a canalização dos instintos e pulsões dos indivíduos; a relação por excelência se dava frente ao inimigo, assim qualquer um que não concordasse com a ordem existente ou não pertencesse ao grupo deveria ser tratado com opressão e desprezo, todo o ódio do indivíduo tinha uma direção. Não obstante a esta medida, a “quebra de tabus” que parecia ser uma conquista de liberdade na verdade serviu para oprimir e disciplinar ainda mais o indivíduo. Esta forma de governo, diferentemente do liberalismo, conseguiu alcançar lugares antes intocados, disciplinando e canalizando os instintos individuais segundo o seu interesse e, assim, qualquer revolução fica distante.

Com estas políticas o nacional-socialismo pôde implementar sua “solução final” ao problema da “questão judaica”, este é o momento que caracteriza a ruptura com a tradição defendida por Arendt, apesar de não ter exposto a forma que se deu este extermínio: expulsar, concentrar e matar, o ponto que é mais relevante para esta investigação são as críticas ao julgamento de Eichmann que demonstram a inexatidão dos paradigmas do Direito para lidar com um crime sem precedentes.

O julgamento de Eichmann é fortemente influenciado pelos ideais de justiça do Tribunal de Nüremberg. Neste Tribunal tentou-se em vão identificar o genocídio como um crime contra a humanidade. Arendt ao analisar o julgamento de Eichmann se concentra nos três princípios do Direito Internacional Público invocados na sentença do julgamento que denotam a ruptura e inexatidão do julgamento.

O primeiro princípio refere-se à personalidade passiva criticado pela autora por entender que a finalidade e preocupação de um julgamento é referente à Justiça, no entanto, o julgamento foi pautado em nome das vítimas semelhante a um direito de vingança. A incoerência ainda é maior se hipoteticamente se imaginasse uma situação semelhante na qual as vítimas perdoassem o criminoso, o que poderia levá-lo à absolvição, ora, a autora é clara no seu posicionamento de que o crime de genocídio é um crime contra a humanidade que não admite a disponibilidade por parte das vítimas.

A competência universal e territorial do julgamento baseou-se numa possível semelhança com o crime de pirataria no qual o criminoso não obedece nenhuma bandeira e o crime é cometido em alto mar, que é terra de ninguém. Contudo, Eichmann estava sendo acusado de crimes contra os judeus, realizado no interior do Estado nazista, este é um ponto enigmático posto pelo nacional-socialismo, pois o genocídio é uma prática criminosa que só pode ser cometida a partir de uma lei criminosa num Estado criminoso.

Arendt defende que Israel poderia ou ter instaurado um tribunal internacional ou ter reformulado o conceito de territorialidade como um conceito político legal, a ausência disto implicou em irregularidades no julgamento. Eichmann não foi devidamente extraditado, na verdade foi raptado para um local em que não praticou crime algum, isto poderia levar a perigosos precedentes e até mesmo um pedido de extradição feito para a Argentina careceria de efeito já que a lei Argentina sobre os crimes ligados à última guerra tinham a limitação de quinze anos depois do final da II Guerra e, em 7 de maio de 1960, Eichmann não poderia mais ser extraditado.

Além disso, o acusado estava sendo julgado pela prática de crimes contra o povo judeu no diapasão das perseguições históricas que se abatiam sobre eles, ora, os próprios judeus não se consideraram diante de algo novo sem precedentes na História. Este ponto, segundo Arendt seria a raiz dos equívocos que se abateram neste julgamento. A expulsão, concentração e extermínio dos judeus não formam uma linha reta, são atitudes com particularidades que os diferenciam em grau e essência. A discriminação e expulsão de determinadas raças tinham precedentes históricos, no entanto, a discriminação é feita no interior da ordem estatal, como preconizou as leis de Nüremberg em 1935. Já a expulsão é um crime que atinge as nações irmãs e, por fim, o genocídio é um crime contra a humanidade. Apesar do senso crítico da autora, estas e outras argumentações favoráveis a um Tribunal Internacional sucumbiram diante do desejo de Israel condenar seu algoz.

Se a alegação de um Tribunal Internacional prosperasse, transpareceria a contradição entre a lei que Eichmann estava sendo julgado, Lei (punitivas) dos Nazistas e Colaboradores



dos Nazistas de 1950 e, conseqüentemente, seria o mesmo que dizer que esta lei estava errada. Este posicionamento chega a ser defendido por Arendt que se enquadra dentro da afirmação de que o crime de genocídio era algo novo e não semelhante a um crime de assassinato.

A superação destas limitações se daria mediante uma predefinição da justiça na corte dos vitoriosos que não permitiu testemunhas de defesas no julgamento de Eichmann, quanto a definição do genocídio como crime contra a humanidade, por ser pautado no crime contra um povo o judeu. Houve avanços em relação ao julgamento de Nüremberg, no entanto, em nenhum momento cogitou-se a hipótese de crime contra a humanidade; por fim, um ponto que chama a atenção de Arendt é o tipo de acusado que não era um monstro como poderia se imaginar, mas uma pessoa normal, cumpridora das ordens de um Estado totalitário, que em nenhum momento do julgamento afirmou querer o mau aos judeus e, principalmente, que foram expressões vagas que acabaram por condenar Eichmann à morte.

Após apresentar a ruptura de paradigma, no terceiro capítulo foi apresentado o paradigma comunicativo de Habermas. Foi lembrada em um primeiro momento a concorrência entre os direitos humanos e o princípio da soberania ao longo da história do direito moderno, o primeiro princípio fundamentado em questões morais e o segundo fundamentado em questões éticas. Segundo Habermas esta concorrência nos é encoberta pela dogmática jurídica e seria uma herança do pensamento de Hobbes e Kant. Assim, os princípios da soberania, dos direitos humanos e da democracia, que são tidos como fundamentais para o desenvolvimento do direito moderno acabaram por serem pensados por inúmeros pensadores, mas nenhum se atendo a esta contradição, ou seja, à concorrência entre a vontade particular e a vontade pública.

Uma solução para esta concorrência se daria dentro da fundamentação teórica que Habermas faz, especialmente com sua teoria do discurso e do agir comunicativo, que estabelece um nexos interno entre a soberania do povo e os direitos humanos, entre vontade particular e pública.

Neste diapasão foi apresentada a fundamentação do sistema do direito feita por Habermas (ano) que objetiva harmonizar tanto a autonomia privada dos cidadãos quanto a pública. Para tanto, a partir das críticas feitas ao direito racional clássico, o autor inicia sua fundamentação defendendo uma relação entre direito e moral, em que o direito se diferencia da moral enquanto medium e é talhado segundo a liberdade de cada um somado a uma coordenação de ação intermediada por leis coercitivas. Em seu pensamento o princípio da democracia interligaria o princípio do discurso e a forma jurídica e isto se daria por meio da aplicação do princípio do discurso ao direito à liberdade subjetiva de ação, no qual a

construção do código do direito e do direito legítimo se daria por um processo circular, constituindo mutuamente a autonomia privada e o princípio da democracia.

Esse tipo de interpretação é estruturado devido a Habermas visar uma compatibilidade entre a autonomia pública e privada, segundo um caminho em que os destinatários do direito também são seus autores. A idéia dele é que o princípio da democracia resultaria da interligação entre princípio do discurso e forma jurídica e, assim, o princípio do discurso tornaria possível o exame da legitimidade das normas de ação em geral.

Com base nisso, o autor retira do princípio do discurso quatro categorias do direito que implicam nas condições de formalização jurídica de uma socialização horizontal e geral, que, apesar de similar, se diferencia da linha liberal. O objetivo disto é esclarecer a relação interna entre direitos humanos e soberania do povo e, por conseguinte, resolver o paradoxo da legitimidade que surge da legalidade.

É interessante notar que as três primeiras categorias do direito se referem aos direitos fundamentais singulares e representam o princípio jurídico que orienta o legislador, o qual, não obstante, sua soberania se orienta pelos princípios arrolados na medida em que se serve do *medium* do direito. Neste ponto o princípio do discurso está sendo concebido pela perspectiva do teórico; em um segundo momento, Habermas muda a perspectiva para a do sujeito do direito que ao mesmo tempo é destinatário e autor dos seus direitos.

Para tanto, os sujeitos de direito só serão autônomos se entenderem e agirem como autores do direito que desejam submeter-se a ele. Muda-se a perspectiva da visão do sujeito, que agora reflete e decide no papel de legislador constitucional sobre quais direitos devem ser conferidos e, de acordo com o princípio do discurso, pretende dar validade às normas que encontram assentimento dos potenciais atingidos. Nada surge antes da autodeterminação dos cidadãos, tendo por um lado o princípio do discurso e por outro o *medium* do direito.

O sistema de direito de Habermas visa assegurar tanto a autonomia pública quanto a privada, operacionalizando também a tensão entre a facticidade e validade e, destarte, entre positividade e legitimidade do direito, estes momentos se unem e o direito volta-se aos seus autores e destinatários.

Com isto o surgimento da legitimidade a partir da legalidade não é paradoxal a não ser para quem defende que o direito tem que ser um sistema que se fecha em si mesmo. Habermas recoloca o conteúdo moral no direito, negando assim um positivismo isento de moral. Esta compreensão discursiva do sistema do direito possui, de um lado, a legitimação da normalização jurídica das qualificações dos cidadãos que desligam-se para o procedimento da formação discursiva da opinião e vontade, institucionalizada juridicamente e, de outro,

juridicamente o das liberdades de comunicação, que implica o direito a explorar fontes de legitimação das quais não podem dispor.

Foi tratado também da constituição co-originária entre direito e poder político que resulta também da necessidade de legitimação do poder. Esta relação é necessária para a própria idéia do Estado de direito. Inicialmente foi verificado o surgimento do Estado como um poder de organização, sanção e execução do sistema do direito, sendo que o poder político se desenvolveu por meio de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais. Entretanto, isto acabou causando um “curto circuito” entre direitos à liberdade e poder de organização do Estado.

Como a teoria do discurso visa esclarecer o nexos interno entre autonomia privada e pública, Habermas critica o aspecto formal da norma geral e abstrata que acaba retirando sua legitimidade da legalidade. Seu posicionamento é que já no nível pós-convencional os direitos legítimos deveriam possuir a aceitação racional por parte de todos os membros do direito numa forma discursiva de opinião e vontade, para tanto, os cidadãos têm que exercer sua autonomia política. Habermas crê assim interligar soberania popular e liberdades subjetivas e, neste paradigma, o complexo normativo, formado pelos costumes, moral e pelo direito encontram-se interligados e, com base nisto, se faz a defesa da constituição co-originária de direito político e poder político.

Sua teoria abre uma nova perspectiva ao conceito de autoridade para produção do direito legítimo que necessita da mobilização das liberdades comunicativas dos cidadãos. O modelo de poder segue o pensamento de Arendt: “ninguém possui [o poder] verdadeiramente, e igualmente surge quando os homens se unem, e desaparece quando se separam”. Com isto o direito e o poder comunicativo surgem co-originariamente.

A partir disso, é esclarecida a forma do uso público da liberdade comunicativa, bem como a relação entre poder e violência. Mas Habermas visa mesmo é esclarecer como se deve dar a formação do poder comunicativo, o que implicaria no poder político e que, conseqüentemente, resultaria em uma produção do direito legítimo. Para tanto, impõe-se uma diferenciação entre os conceitos de poder político e poder comunicativo: o primeiro refere-se a uma forma de autorização que manifesta a criação do direito legítimo e na fundação das instituições, o poder passa a se situar ao lado do direito, fato que não ocorria no direito racional. Seguindo a linha do pensamento arentiano, a oposição entre o poder e a violência é eliminada, o direito liga-se ao poder comunicativo capaz de produzir o direito legítimo, descartando o direito natural.

Por sua vez, ao se analisar as relações entre direito e moral, parte-se da premissa de que o caráter do direito é mais concreto que as regras morais e, assim constata-se uma diferenciação em três pontos. No primeiro, quanto ao conteúdo, as normas jurídicas são seguidas por se tratarem de questões de justiça que orientam conflitos de ações, nesta perspectiva, o direito visa uma justificativa absoluta localizada, já os mandamentos morais são seguidos porque os achamos certos e não porque procuramos certos fins, sua validade se dá para todos e cada um incorporando valores e interesses, mas somente generalizáveis levando em conta sua respectiva matéria. Por outro lado, no campo da fundamentação e aplicação das normas do direito, estas possuem o mesmo nível de abstração das normas morais, neste ponto Habermas defende que o discurso fundamental e sua aplicação precisam se abrir para o uso pragmático, a vontade rompe as fronteiras dos discursos da justiça e incluem problemas de auto-entendimento e compensação de interesses.

Isto não prejudica a semelhança estrutural que o sistema do direito estabelece com a moral, ambas são gerais na medida em que se dirigem a muitos destinatários, não permitindo exceções e porque excluem privilégios ou discriminações na aplicação dando a igualdade de aplicação do direito. Apesar das normas morais dirigirem-se a todos e as normas jurídicas aos membros da comunidade, ambas regulam interesses de todos os atingidos gerando a segurança jurídica.

Habermas crê com sua teoria, interligar a formação discursivamente estruturada da opinião e da vontade do legislador político com a normatização jurídica e a formação do poder comunicativo, já que ele parte dos questionamentos pragmáticos, passa pela formação de compromissos e discursos éticos, atingindo a clarificação de questões morais e alcançando o controle jurídico. Este processo de auto-entendimento se dá pela argumentação dos participantes que não estão fora da forma da vida na qual se encontram. A vontade autônoma neste sistema só pode se impor com motivos racionais e, com isto, tanto a razão como a vontade dos participantes se modificam conforme se mudam os aspectos pragmáticos, éticos e morais da matéria tratada.

Habermas crê dar uma resposta satisfatória à tensão entre autonomia privada e pública dos cidadãos, crê harmonizar interesse privado e público. Sua tese é que o princípio da soberania e dos direitos humanos, após passar pelo “filtro” do discurso, retirará sua fundamentação normativa, não impondo a autonomia privada sobre a pública ou vice-versa. Seu sistema de direito não se resume a uma interpretação simplesmente moral ou ética, já que a autonomia privada dos cidadãos não é sobreposta e nem subordinada à autonomia pública. A autonomia privada e pública se origina juntamente quando decifrado o modelo da

autolegislação por meio da teoria do discurso, que demonstra aos destinatários serem eles também seus atores de direito.

Obviamente que esta teoria apresenta problemas. Habermas ao querer universalizar a linguagem parece crer que todo o problema se resume na linguagem e, mais especificamente, na linguagem do direito. Mesmo para as situações relativas ao âmbito jurídico, vale sua teorização de uma “situação ideal de fala”, que em termos concretos dificilmente ocorrerá ou, então, supõe uma sociedade organizada de maneira tal que parece dificilmente se realizará. Contudo, estas observações não serão aprofundadas aqui, dado os limites da pesquisa.

O quarto capítulo foi destinado a algumas considerações sobre o pensamento de Rawls. Sua teoria surge diante de sua rejeição ao utilitarismo, teoria dominante no círculo de pensamento inglês. Inicialmente, foram apresentadas as idéias fundamentais de sua Teoria da Justiça. Primeiro a idéia de uma sociedade como um sistema eqüitativo de cooperação que se perpetua de uma geração para outra, interpretada como uma idéia central em sua Teoria que desenvolve uma concepção política de justiça em um regime democrático. Esta idéia se relaciona com outras duas idéias centrais que são a de pessoas livres e iguais e a de uma sociedade bem ordenada. Depois foi demonstrada a cooperação social que seria diferente da cooperação advinda de uma autoridade central, pois parte de uma idéia de cooperação em termos eqüitativos que inclui reciprocidade, vantagem ou algum bem racional para cada pessoa. O pano de fundo desta construção teórica tem a posição original na qual as condições para um acordo justo estão dadas. Por fim, foi apresentada a função dos princípios de justiça que seriam o de definirem os termos eqüitativos de cooperação social que especificariam os direitos e deveres básicos que serão garantidos pelas instituições sociais e políticas no qual cada cidadão reconhece e aceita tanto o seu sistema de direitos quanto o dos outros.

O ponto interessante ao nosso trabalho se refere ao Direito dos Povos e, particularmente, em sua concepção de guerra justa como forma de proteção aos direitos humanos. Seguindo a linha da Paz perpétua de Kant e seu *foedus pacificum*, Rawls parte da idéia de um contrato social à Sociedade dos Povos, contrato este hipotético e ahistórico, que define princípios a serem seguidos por sociedades liberais ou não, como padrão para regulamentar as condutas humanas. Em especial, traça a distinção entre direitos humanos básicos e os direitos de cada cidadão de uma democracia constitucional liberal, definindo também em quais casos tal sociedade pode adequadamente guerrear contra outra. Rawls visa com isto impedir ações que justifiquem a escravidão, o genocídio ou impeçam o uso das liberdades subjetivas.

Rawls pretende com esta teoria elaborar os ideais e princípios da política exterior de um povo razoavelmente justo mediante uma concepção razoável e funcional de direito político e da justiça que se aplique às relações entre os povos, objetiva uma reinstauração do Direito internacional Público carecedor de bases sólidas, principalmente no que se refere à proteção dos direitos humanos. Os direitos humanos nesta teoria têm o papel de impor limites à autonomia interna dos regimes estatais, restringindo as razões que justificam a guerra.

Em síntese, a sociedade dos povos se estabelece pela associação de povos bem ordenados, em torno a formas amplas de cooperação política, econômica e social, regulada por organizações como as Nações Unidas “idealmente concebida”. Logo, determinadas organizações podem ter o poder e devem condenar instituições injustas de outros povos que violem os direitos humanos, aplicando em determinados casos sanções econômicas e militares. Em especial, deve-se salientar que os direitos humanos nesta teoria do Direito dos Povos desempenham um papel especial, pois são estes direitos que restringem as razões justificadoras da guerra e põem limites à autonomia interna de um regime, ocasionando, portanto, duas mudanças históricas na justificação da guerra: a primeira mudança implica em uma limitação dos poderes da soberania, que desde a Segunda Guerra Mundial é um meio admissível de expansão política governamental; a guerra passa a ser justificada só em defesa dos direitos humanos e em autodefesa do Estado, a segunda mudança implica na limitação interna da soberania estatal pelos direitos humanos.

Os direitos humanos são postos como direitos universais e intrínsecos ao Direito dos Povos, na qual a violação de tais direitos em casos graves possa justificar a intervenção militar através da ONU idealmente concebida. Mesmo defendendo este posicionamento, o Direito dos Povos não objetiva a imposição de sua teoria a todas as sociedades, fato que o liberalismo político repudia e ligado à idéia de intervenção está a de ajuda econômica às sociedades existentes rumo à democracia constitucional, sempre buscando a auto-determinação dos povos.

Apesar desta teoria defender um direito à guerra, a justificativa muda da visão tradicional de soberania, para uma defesa que Estados sozinhos não possuem razões suficientes para guerrearem. Por meio de sua política democrática os povos liberais mediante o uso da razão pública e dos poderes morais e senso de justiça e concepção do bem criaram um ambiente justo para a política exterior, defendendo regimes, que mesmo não liberais, respeitem e garantam os direitos humanos. O Direito dos Povos serviria como guia para o confronto com Estados fora da lei justificando ou não sanções econômicas ou militares.

Além disso, a própria conduta da guerra deve-se pautar em limites próprios que garantam a proteção dos direitos humanos. Diante disso, o Direito dos Povos visa servir de guia para as relações internacionais, embora nossa realidade ainda se pautar nos velhos conceitos que justificam a guerra. Em vista disto, o direito à independência e à autodeterminação é mantido apenas dentro de certos limites, mesmo em que pesem o art. 1º da carta das nações Unidas. Como salienta o próprio Rawls, as relações internacionais são ainda assinaladas pelos conflitos dos Estados por poder, prestígio e riqueza, numa condição de anarquia global. Por isso Rawls defende a idéia de que os Estados devem negar estes direitos tradicionais à guerra e à autonomia interna irrestrita e que o direito de intervenção é admissível em casos de violação de direitos humanos, ou ainda, em hipóteses como a “ofensa à integridade ambiental da terra” e ao “crescimento demográfico descontrolado”.

A partir desta apresentação, o quinto capítulo foi destinado à crítica ao pensamento de Rawls como um modelo hipotético que tentando superar o utilitarismo e o intuicionismo, acaba ora por supor a experiência histórica da tradição liberal progressista norte-americana, ora por recair no próprio utilitarismo que ele próprio critica.

Sua Teoria, como ele próprio afirma, trata-se de uma filosofia moral política formal procedimental que supõe um modelo contratualista em que as pessoas tomariam decisões, em uma posição original, sem nenhuma determinação material e, desta forma, este autor sempre recorre a modelos hipotéticos insolúveis que negam a materialidade na origem, ora é o véu da ignorância, ora a própria posição original e que “de repente” o caráter material insere-se na sociedade. Seu erro é confundir incerteza com imparcialidade, a Justiça deve considerar e lidar com a existência individual e para tanto tem-se que conhecer os fatos, razões e valores que norteiam a conduta humana.

Sua Teoria apresenta-se sempre como um conteúdo formal no qual em uma posição original, os participantes de um acordo, encobertos pelo véu da ignorância, tomariam decisões nas quais estabeleceriam princípios que norteariam um sistema de sociedade cooperativo. Assim, como os participantes não conhecem seus posicionamentos na sociedade, ao decidirem sobre os princípios que deveriam regular a sociedade, aqueles necessariamente seriam justos para todos, admitindo as desigualdades apenas quando vantajosas aos menos favorecidos, contudo, foi demonstrado que nem sempre os princípios resultantes da posição original serão justos e válidos universalmente e que não há como responsabilizar os indivíduos reais pelas escolhas feitas na posição original.

Obviamente, que o véu da ignorância, a posição original e o acordo que daí resulta são condições hipotéticas de impossível verificação, sendo que parte dos críticos desta Teoria

vê nela um modo de fundamentação do liberalismo americano e das desigualdades sociais, já que o autor interpreta as desigualdades como naturais e não como construções históricas.

Habermas não diferencia muito o tom de suas críticas; afirma que Rawls não consegue supor sujeitos autônomos na posição original, pois os indivíduos nesta posição são privados do uso de suas capacidades, sendo norteados pelo seu egoísmo racional e, no entanto, é esta condição que estabelece os princípios da justiça.

Em sua teoria os bens fundamentais são vistos como direitos fundamentais e, conseqüentemente, seu conceito de justiça se desenvolve vinculado mais à ética utilitarista que ele pretendia negar.

Quanto à relação entre autonomia privada e pública, inicialmente, Habermas diferencia a liberdade dos antigos, defendida pelos republicanos que implica no direito de participação popular e comunicação, possibilitando a autodeterminação dos cidadãos e a liberdade dos modernos, defendida pelos liberais e que se referem aos direitos civis subjetivos.

A partir disso, critica não só Rawls, mas também Kant e Rousseau, pelo engano de tentarem estabelecer este dois elementos de uma mesma raiz. Na teoria de Rawls é nítida a prevalência dos fundamentos liberais sobre o processo democrático, conseqüentemente, os cidadãos na posição original são dotados de uma autonomia política que não se pode perpetuar no corpo da sociedade existente. Assim, quanto mais os indivíduos reais vão surgindo menos eles podem questionar as sociedades existentes. A Teoria da Justiça surge, neste sentido, como um artifício para a manutenção pacífica da ordem existente. Rawls ao estabelecer um princípio a priori entre autonomia privada e pública não só contradiz a tradição republicana como fragiliza sua teoria.

É neste sentido que Habermas defende uma distinção mediante a regulamentação jurídica do direito positivo e coercitivo de maneira legítima sobre o convívio social. Para tanto, prega uma relação dialética entre autonomia privada e pública mediante um processo democrático no qual os sujeitos serão autônomos na medida em que se compreendam como autores e destinatários das leis que prescrevem, destarte, a autonomia pública e privada se presume reciprocamente.

No âmbito internacional de proteção aos direitos humanos, Habermas é também influenciado pela Paz perpétua de Kant na medida em que após reinterpretar como esta idéia se apresenta após duzentos anos opta por uma releitura, concordando que a idéia kantiana de uma condição cosmopolita tem que ser reformulada e não negada diante de uma situação mundial que se alterou radicalmente. Sua revisão concentra-se na revisão do conceito de



soberania externa dos Estados e no caráter das relações internacionais; na revisão do conceito de soberania interna dos Estados e nas restrições normativas da política clássica do poder; e na estratificação da sociedade mundial e numa globalização dos riscos necessária à paz.

Quanto ao primeiro ponto, diferentemente de Kant, Habermas não crê em uma paz duradoura entre os Estados, capaz de respeitar tanto os direitos humanos quanto a soberania estatal, seu direito cosmopolita defende sanções aos governos estatais que não respeitem os direitos humanos. Ocorre que, paradoxalmente, a ONU proíbe guerras de agressão e ao mesmo tempo proíbe a intervenção em assuntos internos de cada Estado. Além disso, Habermas (2002) prega um direito cosmopolita que considere o cidadão enquanto cidadão do mundo e de seu Estado em particular.

Apesar de reconhecer que é nesta direção que caminhamos, não deixa de considerar que ainda estamos à sombra dos Tribunais de Nuremberg e Tóquio e distantes de um Tribunal Internacional Penal capaz de efetivamente defender os direitos humanos. Por isso, defende uma reinterpretação sobre o direito de intervenção previsto no direito internacional. Além disso, ressalta a necessidade de uma revisão conceitual diante das mudanças ocorridas no cenário mundial, acreditando na transição ente o direito internacional para o direito cosmopolita.

Para tanto, defende uma melhoria institucional na defesa dos direitos humanos que desemboca na reformulação da ONU e na ampliação das forças capazes de atuar em nível supranacional. Esta reformulação se dá em três pontos: na instalação de um Parlamento Mundial; na ampliação da estrutura jurídica mundial e na reorganização do Conselho de Segurança.

O Parlamento Mundial reformularia a Assembléia Geral se tornando um Senado Federal, representando os povos em sua totalidade como cidadãos do mundo, não apenas por governos; o Conselho de Segurança passaria a ser representado por Estados nacionais com mais membros permanentes e com voto privilegiado como na União Européia. E o voto unânime cederia lugar ao voto da maioria.

Estas reformulações se preocupam em rebater as críticas que vêm da teoria de Carl Schmitt que via na imposição universal dos direitos humanos uma pancriminalização e perversão dos próprios objetivos que pregavam. Os direitos humanos serviriam como justificativas para guerras disfarçadas de ações policiais.

Contudo, Habermas aponta a fragilidade da argumentação que vê a imposição dos direitos humanos como parte de uma moral universalista. Ao contrário, Habermas não crê que os direitos humanos estejam entre direito positivo e a moral ou que se apresentam tanto na

moral quanto na forma positiva. Sua interpretação confere aos direitos humanos uma origem moral, mas com manifestação conceitual jurídica, mas não é o conteúdo ou estrutura que confere a característica de direito moral, mas sim o seu sentido validativo para além das ordens jurídicas estatais.

Os direitos humanos, neste sentido, conservam sua juridicidade mediante sua estrutura ausente de conteúdo moral, os direitos fundamentais desvinculam as pessoas do direito de mandamentos morais. Esta condução dos direitos fundamentais como o direito moral se deve em parte a sua pretensão universal que somente nas ordens jurídicas do Estado foi que assumiram figura positiva, já no âmbito internacional a fragilidade se mostra maior e mais obscura.

Assim, como é equivocada a premissa de que os direitos humanos sejam direitos morais, é equivocado pensar que a imposição global desses direitos justificaria intervenções disfarçadas de ações policiais. Habermas vê nestas ações uma situação cosmopolita dentro de uma ordem jurídica estatal com procedimentos jurídicos institucionalizados. São estas as preocupações que norteiam a teoria de Habermas, que procura dar respostas às críticas de Schmitt.

Schmitt via a guerra como um instrumento de política internacional e interpretava o universalismo moral da humanidade, iniciado com Kant, como o fundamento da “guerra contra a guerra”. Habermas, ao contrário, defende o Estado de direito dotado do direito legítimo e coercivo com poder tanto externo quanto interno em sintonia com as proposições morais já fundamentadas e reconhecidas, na qual o direito cosmopolita seria consequência do Estado de direito capaz de construir um ordenamento jurídico interno capaz de ir além de suas fronteiras.

A imposição dos direitos humanos não implica em uma moralização do direito internacional, por isso Habermas se preocupa em diferenciar os direitos humanos dos direitos morais, sendo que a diferença reside não em seu conteúdo, mas nas suas qualidades formais de legalidade. Destarte à resposta a Schmitt, não é de isentar a política da moral, mas de transformar a moral, pela via democrática, num sistema de direito positivo capaz de procedimentos jurídicos para sua garantia e aplicação. E para tanto, é necessária a transformação cosmopolita da condição natural entre os Estados para a condição jurídica entre eles.

Diante de todo exposto, torna-se evidente que a tensão entre direitos humanos e soberania popular, ainda que tratada somente por um enfoque filosófico, é algo problemático que enseja inúmeras discussões que muitas vezes se demonstram contraditórias ao confrontar-

se com outros pensamentos ou até mesmo no interior de sua construção teórica. O que importa é que o problema está posto: como relacionar autonomia privada e pública na sociedade?

Este problema não enseja mais uma resposta no interior de um ordenamento estatal, a proteção dos direitos humanos, diante de um mundo globalizado no qual as fronteiras “se encurtaram” após as revoluções tecnológicas do século passado, faz-se necessária no âmbito internacional. Por isso, procurou-se ressaltar a preocupação da proteção dos direitos humanos no âmbito internacional e, neste sentido, se a proteção dos direitos humanos, por um lado, desde o Tribunal de Nüremberg e Tóquio caminhou a largos passos rumo à positivação de sua proteção em tratados internacionais e no interior dos ordenamentos estatais, por outro, nunca os direitos humanos foram tão violados e, por isso, caminha-se num “vai e vem”. Assim, mesmo após este período, a proteção dos direitos humanos requer não só a criação de tratados ou a positivação de normas, mas também enseja a reformulação da ONU e do conceito de soberania estatal, nunca perdendo de vista sua fundamentação histórica e filosófica e, ainda assim, no decorrer histórico, outros problemas surgirão e outras respostas serão necessárias.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arendt, Hannah. *A dignidade da Política*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993.
- \_\_\_\_\_ *A condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- \_\_\_\_\_ *Entre o Passado e o Futuro*. São Paulo: Perspectiva, 2000.
- \_\_\_\_\_ *Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- \_\_\_\_\_ *Eichaman em Jerusalém*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de Filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Doutrinas e Filosofias Políticas*. São Paulo: Atlas, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.
- \_\_\_\_\_ *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: Edipro, 2005.
- \_\_\_\_\_ *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: UNB, 1999.
- \_\_\_\_\_ *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2004.
- \_\_\_\_\_ *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2003.
- \_\_\_\_\_ *O Futuro da Democracia*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- CELSON, Lafer. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia da Letras, 2006.
- CENCI, Elve Miguel. A relação entre direito e moral nas Tanner Lectures de Habermas. In: CENCI, E. M.; MÜLLER, M. C. (orgs). *Ética, política e linguagem: confluências*. Londrina: edições CEFIL, 2004, p. 99-113.
- DOMINIQUE, Folscheid. *Metodologia filosófica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DUSSEL, Henrique. *Ética da Libertação – na idade da globalização*. São Paulo: Ed. Vozes, 2000.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FOLSCHEID, Dominique. *Metodologia filosófica*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do Outro: Estudos de teoria política*. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. 2ª ed. Vol. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Icone, 2000.

HÖFFE, Otfried. *Justiça Política*. Petrópolis: Vozes, 1987.

\_\_\_\_\_. *Immanuel Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KANT, Immanuel. *Idéia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Kelsen, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. *O que é Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LOIS, Cecília Caballero (Org.). *Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo: a contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna teoria da Justiça*. São Paulo: Landy Editora, 2005.

LUDWING, Celso Luis. Apostila: Paradigmas filosóficos. Curitiba: 2000.

MARCUSE, Hebert. *Razão e Revolução*. Rio de Janeiro: Saga, 1969.

\_\_\_\_\_ *Cultura e sociedade*. Vol 1, 2. SP: ed. Paz e Terra: 1997.

\_\_\_\_\_ *Tecnologia, Guerra e Facismo*, SP: ed. Unesp, 1999.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEUMANN, Franz. *Estado Democrático e Estado Autoritário*. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1969.

RAWLS, Jonh. *Justiça como Equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_ *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_ *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_ *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

*História da filosofia moral*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_

ROANET, Luiz Paulo. *Rawls e o enigma da Justiça*. São Paulo: Unimarco Editora, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Jean-Jacques Rousseau*. Col. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

TERRA, Ricardo. *Kant e o Direito*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.