

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

“De cima para baixo”, ou “de baixo para cima”? A Proteção de Direitos Humanos entre interpretações descendentes e ascendentes

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/141722> since

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

“De cima para baixo”, ou “de baixo para cima”?

A Proteção de Direitos Humanos entre interpretações descendentes e ascendentes.

Autor: Sergio Dellavalle

Professor de Teoria do Estado na Faculdade de Direito da Universidade de Turino (Itália) e Codiretor do Projeto “Paradigmas da Ordem Pública” no Instituto Max Planck de Direito Público Comparado e Direito Internacional em Heidelberg (Alemanha); E-mail: sergio.dellavalle@unito.it; dellavalle@mpil.de.

Tradutor: Ronaldo Kochem

Aluno de graduação do quarto ano da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e integrante do Grupo de Pesquisa CNPq “Processo Civil e Estado Constitucional”, orientado pelo Professor Adjunto Dr. Daniel Mitidiero; email: r.kochem@gmail.com.

Resumo: O presente estudo trata da fundação dos direitos humanos a partir de dois polos teóricos: a interpretação descendente, na qual os direitos descendem de princípios racionais abstratos, e a interpretação ascendente, que visualiza nos processos sociais e políticos a formação dos direitos humanos. Objetiva apresentar uma concepção sólida de direitos humanos, que necessita de ambas as concepções dentro de um modelo multiníveis de interações sociais.

Palavras-Chave: *direitos humanos; sistema multiníveis de direitos; paradigma comunicativo.*

Abstract: The present study addresses the foundation of human rights between two theoretical poles: the descendent interpretation, on which human rights descent from abstract rational principles, and the ascendant interpretation, which visualizes on the social and political processes the conformation of human rights. The study also presents a solid conception of human rights that admits both conceptions inside a multilevel model of social interactions.

Keywords: *human rights; multilevel system of rights; communicative paradigm.*

A Colocação da Questão.

A história dos direitos humanos não é a história da soberania popular. Mais corretamente, a idéia de que existem direitos que todo ser humano possui pela única razão de ser humano¹

¹ *Direitos Humanos* aqui vão definidos como aqueles direitos dos quais todo ser humano é titular pela simples razão de pertencer à comunidade universal de seres humanos. Em contraste, *direitos dos cidadãos*

surgiu somente após as formas antigas de participação popular no governo da comunidade política terem entrado em uma crise fatal. Ademais, a concepção de que os direitos caracterizam eminentemente o estado dos cidadãos, como o efeito de eles pertencerem à comunidade política e como uma precondição para seus envolvimento na vida política, sempre foi uma ameaça à universalidade dos direitos humanos. A rejeição de uma compreensão abstrata de direitos, que existiriam meramente em um espaço etéreo situado a cima da participação democrática – uma rejeição que é a consequência implícita de fundá-los na soberania popular – suporta, de outro modo, precisamente o enraizamento de direitos no processo político “de baixo para cima”, o qual nós perdemos nas muitas formas do universalismo.²

Por isso, observando a questão a partir do ponto de vista da história das idéias, a fundação de direitos humanos é situada entre os dois polos. A primeira interpretação vê direitos vindos “de cima”, o que garante a não dependência desses aos procedimentos exclusivos de participação popular, mas também corre o risco de levá-los a ofuscar instâncias que clamam possuir a verdade ética. A segunda interpretação situa os direitos dentro de processos sociais e políticos, e pressupõe, por isso, que haja participação, para que se especifique a forma e o conteúdo dos direitos,³ porém, ao custo de uma inclusão limitada. Uma concepção sólida de direitos humanos necessita tanto da inclusão universal como do enraizamento democrático. Entretanto, também deve evitar os perigos contidos nesses conceitos: uma definição abstrata e, às vezes, quase autoritária de direitos substantivos de um lado, e, de outro, a tendência do particularismo. Por essa razão, a compreensão de direitos humanos que seja capaz de lidar com os desafios do século XXI deve superar a rejeição mútua das duas tradições e incorporar alguns elementos derivados de ambos os legados, enquanto evita as deficiências daquelas concepções. O desafio, assim, consistirá em encontrar uma solução teórica capaz de desenhar a figura de um sistema de direitos que contenha, ao mesmo tempo, universalidade e enraizamento social em processos democráticos, ambos dentro de um modelo multiníveis de interações sociais.

A investigação é articulada em três passos. O primeiro *parágrafo* se concentrará na origem da fundação dos direitos humanos “de cima para baixo”, iniciando com o declínio do republicanismo antigo. Enquanto apresentada a inovação dessa abordagem, serão ressaltados também os déficits, como a dificuldade em determinar o conteúdo de direitos sem o envolvimento direto de seus próprios titulares, ou o perigo oriundo das instâncias quase

são aqueles direitos pertencidos somente pelos cidadãos de uma sociedade específica. Transformando princípios filosóficos ou normas legais gerais em normas constitucionais, que ligam as instituições da comunidade política singular, direitos humanos recebem a forma de *direitos fundamentais*. A esse nível, eles se encontram com os direitos dos cidadãos garantidos por aquelas comunidades políticas singulares, algumas vezes causando confusão. Para evitar mal-entendidos, dois elementos devem sempre ser distinguidos no conceito de direitos fundamentais: por um lado, o conteúdo de direitos humanos universais, e, por outro lado, os direitos exclusivamente intitulados por cidadãos.

² Ingeborg Maus, *Menschenrechte als Ermächtigungsnormen internationaler Politik oder: der zerstörte Zusammenhang von Menschenrechten und Demokratie*, in: Hauke Brunkhorst, Wolfgang R. Köhler, Matthias Lutz-Bachmann (eds.), *Recht auf Menschenrechte*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1999, 276; Maus, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1992; Maus, *Liberties and Popular Sovereignty: On Jürgen Habermas's Reconstruction of the System of Rights*, in: 17 Cardozo Law Review (1995–1996) 825.

³ Gret Haller, *Menschenrechte und Volkssouveränität: Mögliche Antworten auf eine 200 Jahre alte offene Frage*, in: Armin Bamber, Gerhart Holzinger, Mathias Vogl, Gregor Wenda (eds.), *Rechtsschutz gestern – heute – morgen*, NWV, Wien 2008, 541.

incontroláveis simulando se autoproclamarem “guardiãs” de uma alegada verdade ética embutida na sociedade (I.). A parte II iniciará com uma troca de paradigma: colocando os indivíduos no centro da sociedade, a filosofia política de Hobbes pavimentou o caminho para a concepção “de baixo para cima” de direitos humanos, agora colocados nas mãos de seus próprios titulares. Na verdade, a partir do ponto de vista de Hobbes, os indivíduos renunciam quase todos os seus direitos, alienando-os para um monarca revestido de soberania absoluta. Ainda assim, a semente foi semeada: nos desenvolvimentos seguintes da teoria do contrato – particularmente nos trabalhos de Locke e Rousseau – a centralidade dos indivíduos na concepção da comunidade política é interligada com a sensibilidade específica da inalienabilidade de seus direitos. Todavia, até mesmo a concepção “de baixo para cima” de direitos humanos da filosofia moderna é caracterizada por dois problemas significativos: primeiro, a concentração exclusiva da proteção de direitos humanos dentro de fronteiras de uma só nação, reduzindo-os a meros direitos dos cidadãos e fazendo-os perder, por isso, a dimensão supranacional; segundo, o perigo de projetar direitos individuais a uma esfera de soberania popular irrestrita, *i.e.* a *volonté générale*, que pode facilmente se degenerar em tirania (II.). Kant indicou o meio para superar ambos os problemas, de um lado pela limitação dos riscos da soberania popular, através de uma divisão adequada de poderes, e, de outro lado, com a postulação de uma concepção multiníveis de direito público, incluindo, pela primeira vez na história do pensamento filosófico, um direito público cosmopolita fundado nas premissas do individualismo moderno. No entanto, a proposta de Kant permanece obscura, devido à ambigüidade de seu paradigma individualista. A partir de suas sugestões, mas indo além de seu horizonte paradigmático, a parte III proporá uma nova abordagem baseada na compreensão comunicativa da interação social (III.).

I. A interpretação descendente dos Direitos Humanos: A fundação “de cima para baixo”.

1. Do Nomoi das comunidades políticas singulares à ideia de uma Nomos universal.

De acordo com a concepção da Antigüidade clássica, a universalidade de seres humanos consistia somente em suas constituições físicas e disposições éticas. Ao contrário, como seres sociais e políticos, eles eram membros de comunidades de extensão limitada. Nem a concepção de Platão sobre “justiça” (δικαιοσύνη),⁴ nem a teoria de Aristóteles sobre a sociabilidade natural dos humanos⁵ foram pensadas para superar as fronteiras da *poleis* individuais. Ao mesmo tempo, a ideia de “isonomia” (ἰσονομία), denominada como “igualdade dentro da extensão do direito”, na qual a prática da liberdade política era baseada na Grécia Antiga,⁶ era aplicada somente para cidadãos livres da comunidade política, deixando claro que a noção de *nomos* não tinha – ao menos, inicialmente – escopo universal. Por isso, a acentuação da igualdade de todos os humanos sob uma *nomos* que abrangesse a todos, oposta à particularidade de serem pertencentes a uma comunidade específica, restou uma total exceção,

⁴ Plato, *Republic*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1980, Livro II, 367e e ss., Livro IV, 432b e ss., Livro V, 469b e ss.

⁵ Aristotle, *Politics*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1967, I, 2, 1252a e ss.

⁶ Hannah Arendt, *On Revolution*, Viking, New York 1963, 23.

tanto na Grécia Antiga quanto na Roma republicana, sem influenciar a prática política, nem o pensamento filosófico.⁷

Para conceber a ideia de pertencimento ilimitado de todos humanos a uma comunidade global, a noção de uma *nomos* universal era de primeira necessidade. Somente com a submissão das *nomoi* das comunidades políticas singulares a um direito de mais alta normatividade e inclusão poderia surgir a atribuição de direitos não apenas aos cidadãos, mas a todos humanos. Esta revolução paradigmática foi introduzida pela filosofia estoica após o final da isonomia clássica e da transição para comunidades políticas mais amplas e cosmopolitas, que eram caracterizadas por uma autoridade centralizada forte e uma desigualdade estrutural perante o direito, como nos Impérios Macedônio de Alexandre e Romano. Na visão estoica, não apenas o mundo físico, mas também o social é regido por somente um princípio fundamental e funcional, o *logos*.⁸ Deste princípio deriva uma regra geral, o *nomos*, que em sua universalidade foi considerada para construir a referência de validade para todos direitos positivos das comunidades políticas singulares. A partir da compreensão estoica da metafísica e da ética evoluiu a ideia de uma *razão natural* comum a todos os seres racionais – e, particularmente, a todos os humanos – e a teoria do *direito natural*, como expressado por Cícero:

A razão reta, conforme à natureza, gravada em todos os corações, imutável, eterna, cuja voz ensina e prescreve o bem, afasta do mal que proíbe e, oracom seus mandados, ora com suas proibições, jamais se dirige inutilmente aos bons, nem fica impotente ante os maus. Essa lei não pode ser contestada, nemderrogada em parte, nem anulada; não podemos ser isentos de seu cumprimento pelo povo nem pelo Senado.⁹

2. Normatividade universal. Dignidade humana e Jus baseado no indivíduo como concepções pré-condicionais para a ideia de uma proteção cosmopolita de direitos humanos.

De acordo com a concepção de direito natural, o critério de validade do direito positivo não consiste – como nas repúblicas antigas – na correta aplicação das regras de participação política, mas sim, situa-se a nível suprapositivo. Em outras palavras, a legitimidade das normas legais não “ascende” da soberania popular, mas “descendem” de princípios puramente racionais e abstratos. Uma primeira condição para o estabelecimento de uma teoria de direitos humanos – qual seja, a superação da identificação contida de *nomos* com o direito em vigência dentro de uma comunidade única e limitada – foi assim preenchida. O horizonte de regras sociais e legais foi ampliado, o que possibilitou sustentar a universalidade e, por consequência, abranger todos humanos. Com o fim de alegar que os princípios “descendentes” do direito

⁷ Otfried Höffe, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, Beck, München 2002 (1st ed. 1999), 234. Na verdade, a única exceção significativa pode ser encontrada em uma frase de Heráclito: Hermann Diels, Walther Kranz (eds.), *Die Fragmente der Vorsokratiker*, Rowohlt, Hamburg 1957, 22 B 14. Ver também Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie. Antike und Mittelalter*, Mohr Siebeck, Tübingen 2002, 40.

⁸ Johannes von Arnim, *Stoicorum veterum fragmenta* (1905).

⁹ Marcus Tullius Cicero, *The Treatise on the Republic*, in: Cicero, *The Political Works*, Spettigue, London 1841, at 123. **Nota do tradutor** – Aqui foi utilizada a tradução de Agostinho da Silva *et al.* Do Texto “Da República”, livro terceiro, XVII, disponível no livro *Antologia de textos / Epicuro. Da natureza / Tito Lucrécio Caro. Da república / Marco Túlio Cícero. Consolação a minha mãe Hélvia; Da tranqüilidade da alma ; Medéia ; Apocoloquintose do divino Cláudio / Lúcio Aneu Sêneca. Meditações / Marco Aurélio*. 3. ed. — São Paulo : Abril Cultural, 1985.

natural podem de fato servir a uma fundação convincente dos direitos humanos, no entanto, mais dois elementos foram exigidos: primeiro, o direito natural deveria ser centrado no ideal da dignidade humana; segundo, o *jus* deveria ser concebido como uma descrição não apenas de um direito “objetivo” ou um conjunto de normas legais, mas também – e preferivelmente – como a definição de um direito (ou um número de direitos) possuído por todos humanos.

Nenhum dos elementos era central para a visão estóica, que era um *Weltanschauung* movido mais pelo interesse na descoberta da essência da ordem do mundo do que na articulação da condição existencial humana. Ainda, alguns dos componentes mais relevantes da filosofia estóica – entre as quais, a concepção de direito natural – foram transferidos para dentro da cristandade. Foi no pensamento cristão que veio à tona, significativamente mais do que antes, a idéia de dignidade humana.¹⁰ Isso aconteceu particularmente a partir da descrição do homem como *imago Dei*:¹¹ como “imagens de Deus”, os humanos poderiam ser vistos como titulares daqueles direitos imediatamente derivados do conteúdo do direito natural. Assim, um segundo passo no estabelecimento de uma teoria de direitos humanos foi empreendido. Na representação mais sofisticada da compreensão católica cristã do sistema legal, na *De legibus* de Suarez,¹² as leis são estruturadas em quatro níveis: do mais alto – a *lex divina* ou *lex aeterna* – ao mais baixo – a *lex civilis* -, passando pela *lex naturalis* e pelo *jus gentium*. Apesar de manter sua especificidade, cada nível é derivado do nível acima (a partir do segundo nível, a contar de cima para baixo), no sentido de que seu conteúdo, para que seja aceito como “lei”, não pode estar em contraste com a essência da lei mais alta. Mas sim, deve ser visto como aplicação parcial do conteúdo do nível superior para um contexto ontológico diferente. Assim, a *lex naturalis* é a dimensão da *lex aeterna* acessível a qualquer ser racional;¹³ o *jus gentium* é a parte da *lex naturalis* que, prevista pelos homens em costumes ou tratados, dá ordem para a interação geral fora das leis das comunidades políticas singulares;¹⁴ e a lei civil (*lex civilis*), finalmente, é a lei que, de acordo com os princípios gerais do *jus gentium*, organiza a vida social e política dentro do contexto específico das comunidades políticas singulares.¹⁵ Como uma consequência da estrutura dedutiva do sistema legal,¹⁶ nenhuma lei civil, se pretende ser respeitada, pode contradizer a lei eterna. Ademais, uma vez que a última é caracterizada como de suma importância para a dignidade humana, a lei civil somente deverá ser considerada legítima se respeitar as condições fundamentais da dignidade humana e, por consequência, os direitos humanos.

Se a condição da centralidade da dignidade humana no direito natural, se bem que através da hipótese metafísica de difícil convencimento da primazia da lei divina, pode ser vista como realizada já nesta fase precoce de desenvolvimento da concepção “descendente” de direitos humanos, o cumprimento da seguinte condição mencionada é ainda substancialmente insuficiente. Na verdade, a idéia de *jus* concebido não somente como um direito “objetivo”, mas sim como um direito atribuído a todos os humanos continua, na interpretação mais

¹⁰ Sobre o recurso ao conceito de “dignidade humana” no discurso jurídico, ver: Christopher McCrudden, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, in: 19 *The European Journal of International Law* (2008) 655–724.

¹¹ Aquinas, *Summa theologiae*, W. Benton-Encyclopedia Britannica, Chicago 1980, I, XXXV.

¹² Francisco Suarez, *De legibus, ac Deo legislatore* (1612), in: Francisco Suarez, *Selections from three Works*, Clarendon Press, Oxford 1944, 1.

¹³ *Id.*, II, V e ss., 178 e ss.

¹⁴ *Id.*, II, XVII e ss., 325 e ss.

¹⁵ *Id.*, III, 361 e ss.

¹⁶ *Id.*, II, IV, 171.

favorável, um produto marginal da tradição cristã; embora alguma antecipação possa ser encontrada nos trabalhos da Escola de Salamanca.¹⁷ Esse resultado é dificilmente surpreendente no legado conceitual no qual, não os indivíduos, mas, a comunidade concebida como um *holon* está no centro do entendimento filosófico de sociedade, política e direito. Durante os séculos seguintes, como consequência da contaminação com o individualismo moderno, a teoria “descendente” de direitos humanos ajustou este déficit dando maior proeminência para a característica individual do direito.¹⁸ Contrariamente, alguns defeitos da compreensão “descendente”, que já haviam emergido na fase inicial da sua formulação, ainda são encontrados em desenvolvimentos posteriores, dando, com isso, boas razões para assumir que os déficits eram inerentes desde o início da fundação de direitos humanos “de cima para baixo”.

3. Déficits do entendimento “de cima para baixo” de Direitos Humanos

a. Preconceito e Discriminação

O primeiro déficit, que pode ser rastreado desde a própria essência da fundação de direitos humanos “de cima para baixo”, é relacionado à postulação da *lei* divina como origem da *lei* natural e, por isso, dos direitos humanos. Este “postulado” caracteriza a doutrina católica cristã desde seu início até o presente. No entanto, se a mensagem de salvação, de acordo com a crença cristã, constrói a base do conteúdo dos direitos humanos, bem como suas relevâncias, surge o problema de o que ocorrerá àqueles que não acreditam nessa mensagem. Em princípio, a doutrina cristã é endereçada a todos os seres humanos; porém, em verdade, pessoas que não crêem na tradição cristã e não estão envolvidas em nenhuma formulação deliberativa do conteúdo dos direitos, por consequência da postulação de direitos “de cima para baixo” ou “da graça celestial”, tendem a ser duramente prejudicadas. Conseqüentemente, a afirmação metafísica que a *lex divina* é a fonte de direitos humanos envolve um alto risco de *discriminação* incorporada no pensamento filosófico e jurídico. Até mesmo os pensadores mais cautelosos e originais que deram forma ao discurso inicial católico cristão no direito internacional e em matéria de direitos humanos dificilmente poderiam escapar à armadilha da utilização de dois pesos e duas medidas.¹⁹

Se a discriminação, na “concepção descendente”, é enraizada primeiramente na postulada origem de direitos humanos a partir da doutrina e de dogmas de uma religião específica, o primeiro passo no caminho para a solução do problema consiste em dissociar a base ontológica

¹⁷ Francisco de Vitoria, *Comentarios a la Secunda secundae de Santo Tomás*, ed. por Vicente Beltrán de Heredia, Salamanca 1932 e ss., II–II, qu. 62, art. 1, no. 5; Suarez, *De legibus, supra* note , I, II, 5, 30; Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie*, *supra* note , 326 e ss.

¹⁸ No entanto, a prioridade ontológica dos direitos individuais no discurso de direitos humanos está largamente faltando em uma das vertentes mais significantes e influentes da concepção descendente, qual seja a doutrina da Igreja Católica. A posição mais avançada da Igreja Católica sobre o assunto pode ser encontrada na encíclica *Pacem in terris*, promulgada por Joannes XXIII em 1963. Documentos posteriores parecem reestabelecer, no entanto, das hipóteses mais extensas contidas na encíclica, a ligação entre direitos humanos, direitos individuais e razão natural; ver: *Redemptoris Missio*, promulgada por Joannes Paulus II em 1990, e *Dominus Jesus*, escrita por Joseph Ratzinger e Tarcisio Bertone em 2000.

¹⁹ Ver, em particular: Francisco de Vitoria, *Relectio prior de Indis recenter inventis* (1538–1539), in: Francisco de Vitoria, *De Indis recenter inventis et de jure belli Hispanorum in Barbaros*, ed. por Walter Schätzel, Mohr Siebeck, Tübingen 1952, 1.

dos direitos humanos das crenças religiosas. Esse passo foi tomado muito cedo na história do discurso de direitos humanos, nomeadamente quando filósofos do direito, influenciados pela Reforma entre o fim do século XVI e início do século XVII, propuseram a dissociação entre a *lex naturalis* da *lex aeterna*. De acordo com a teologia protestante, a *lei* Divina é somente – parcialmente – acessível através da fé e é impenetrável para a razão natural.²⁰ Portanto, a *lei* natural, prevenida da dependência na *lei* divina, teve de procurar por uma nova e puramente secular fundação. Recorrendo novamente a um elemento da filosofia estóica, juristas internacionalistas, inspirados pela abordagem protestante, colocaram a base ontológica do que consideraram ser os princípios essenciais da interação universal entre os humanos em uma postulação ontológica da natureza humana, particularmente em uma alegada disposição natural e universal dos seres humanos à sociabilidade.²¹ Como consequência desta atitude, os direitos humanos poderiam ser compreendidos como regras universais governando interações dentro da sociedade humana global. A hipótese ontológica de uma sociabilidade universal do homem não foi, no entanto, menos discriminatória do que a derivação de regras universais de interação a partir da *lei* do Deus cristão. A essência dos direitos resultantes da sociabilidade foi compreendida, em verdade, não como efeito de processos inclusivos de deliberação, mas como resultado da herança ocidental jurídica e filosófica que conduz ao postulado sobre a ontologia da sociedade humana. Independentemente da suposta natureza puramente racional, esta postulação foi tendenciosa – vindo ela mesmo “de cima para baixo” sendo este “de cima” nada mais do que a cultura ocidental.²²

b. A Falha epistemológica

A suposição de uma comunidade humana universal, na qual os direitos humanos têm de ser baseados como regras fundamentais de interação geral, não só corre o risco de ser considerado como preconceito ocidental. Também é afligido - e com isto chegamos ao segundo defeito da compreensão “descendente” – com um *déficit epistemológico* grave. De fato, a existência de uma comunidade humana universal, da qual o conteúdo dos direitos humanos deverá ser deduzido, aqui apresentada como *factum brutum*,²³ dificilmente pode ser

²⁰ Böckenförde, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie*, *supra* note , 385 e ss. A condenação feita por Martin Luther da razão como “a maior prostituta do diabo” é famigerada (Luther, *Werke. Kritische Gesamtausgabe*, Boehlaus, Weimar 1914, Vol. 51:126, Linha 7 e ss.). Também na tradição calvinista, que em geral era menos adversa, ou até mesmo mais bem disposta, ao racionalismo Deus é alcançável exclusivamente através da graça e da fé. Ver Jean Calvin, 1559, *Institutio christianae religionis*, Genevae 1559. Caso contrário, a razão, excluída do contexto religioso, pode ser alterada a partir do controle pela Igreja e beneficia a sua aplicação ao material secular.

²¹ Alberico Gentili, *De jure belli libri tres* (1612), Clarendon Press, Oxford 1933, I, I, 10, e I, XV, 107; Hugo Grotius, *De Jure Belli ac Pacis* (1646), William S. Hein & Co., Buffalo (New York) 1995, “Prolegomina”, No. 6, 16, e 17.

²² Em viés estruturalmente incorporado ao início do direito internacional ver Antony Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge University Press 2005. O preconceito ocidental foi enfatizado particularmente dentro da abordagem chamada como *Third World Approach to International Law*; ver: Ram Prakash Anand, *Studies in International Law and History*, Nijhoff, Leiden 2004; B. S. Chimni, *Third World Approaches to International Law*, 8 *International Community Law Review* (2006) 3–27.

²³ A hipótese de uma comunidade universal de humanos caracterizou a abordagem ao direito internacional usualmente conhecida como “teoria da comunidade internacional”. Para uma visão por alto de sua história, ver Andreas L. Paulus, *Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht. Eine*

provada. Ao contrário, poderia ser vista como uma perspectiva que pode ser construída pelo diálogo – mas isto é precisamente o que a fundação de direitos humanos “de cima para baixo” não significa: a base dos direitos humanos aparenta ser um fato dado (*given fact*) em sua própria substância, não um mero princípio transcendental para uma abordagem dialogal. Por esta razão, os defensores da abordagem “descendente” de direitos humanos sempre tiveram dificuldades quando se refere à especificação de quais direitos deveriam ser garantidos universalmente, ou à justificação do por que um direito foi incluído na proteção universal enquanto outro foi excluído dessa. Sendo o embasamento epistemológico bastante instável, eles são forçados a recorrer, às vezes, a um tipo de *opinio gentium* hipostático,²⁴ outras à metafísica,²⁵ ou até mesmo à autoridade divina.²⁶ Dessa forma, a concepção “descendente” eventualmente retorna, em um processo cíclico, à principal deficiência de sua origem na tradição escolástica. Entretanto, enquanto (*antes*) esta deficiência havia sido incorporada em um contexto geral de corajosa inovação, agora parece ser uma atitude de retrocesso.

c. *Quis custodiet custodes? – Quem deve nos proteger dos protetores?*

A terceira e última fraqueza da concepção “descendente” de direitos humanos pode ser brevemente descrita como uma pergunta: quem, na verdade, pode garantir os direitos dos indivíduos se eles estão excluídos do processo de formulação desses, em outras palavras, se os indivíduos são meramente os destinatários dos direitos e não são também seus autores? O perigo de abuso pelos poderes em vigor é evidente. Se nós seguimos o princípio de que somente *volenti non fit iniuria*, nenhuma solução pode ser realmente satisfatória. Na história da teoria “descendente”, encontramos muitas tentativas de resolver o problema; nenhuma, livre do risco de manipulação. Na tradição cristã da Idade Média, e, depois, na sua continuação Católica, o *guardião* da mais alta lei de Deus é a Igreja, em particular, o Papa como representante de Cristo na Terra.²⁷ De acordo com esse princípio, *Vitoria* afirmou que uma *lei*

Untersuchung zur Entwicklung des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung, Beck, München 2001. O conteúdo da teoria e sua versão contemporânea é apresentado em: Christian Tomuschat, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century*, “Collected Courses of The Hague Academy of International Law”, Vol. 281, Nijhoff, The Hague 1999.

²⁴ De forma notável, Hugo Grotius eventualmente, na sua obra seminal *De jure belli ac pacis*, deu o caminho dedutivo para fundar o conteúdo do direito internacional, devido a insuperáveis dificuldades deste tipo de argumentação, e mudou a uma apresentação descritiva dos princípios compartilhados do pensamento jurídico e filosófico. Ver: Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, *supra* note , I, I, XII, e I, I, XIV.

²⁵ Ver, por exemplo, a estratégia argumentativa de Alfred Verdross, que, procurando por um conteúdo não somente formal, mas substancial e, assim – aos seus olhos – mais consistente, para o conceito Kelseniano de *Grundnorm*, procura auxílio na metafísica de Platão e Hegel: Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Springer, Wien/Berlin 1926, I, I, § 1, I, e 2 e ss.; I, II, § 7 e ss., e 22 e ss.; I, II, § 9, e 32.

²⁶ Encontramos este recurso já na obra de Grotius (ver Grotius, *supra* note , “Prolegomena”, no. 20), bem como na Escola de Grisez, uma das tentativas mais recentes para revitalizar a doutrina do direito natural; Ver: John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, London 1980, 376, 386 e ss.; Germain Grisez, Joseph Boyle, John Finnis, *Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends* (1987), in Finnis (ed.), *Natural Law*, Dartmouth, Aldershot 1991, Vol. I, 237–289, 279.

²⁷ A mais radical versão que afirma que o Papa é o detentor de toda soberania, tanto espiritual como secular, foi formulada por Henry Hostiensis (*Summa Aurea*, 1250–1261, Servanius, Lugduni 1556). Entretanto, a teoria certamente não foi concebida, ao tempo de sua formulação, com o objetivo de promover direitos universais, mas, ao contrário, para estender a abrangência do poder político da cristandade, desafiando a legitimação dos soberanos não cristãos ou, até mesmo, o direito de existir

civil pode ser anulada pelo Papa se em desacordo com a *lei* divina.²⁸ Semelhantemente, Suarez declarou que o Papa tem “jurisdição para corrigir os reis” e, com isso, também o poder de os depor. A intervenção papal é justificada tanto quando os erros dos monarcas concernem questões espirituais, como quando seus erros graves ou suas ações tirânicas, embora de matéria secular, “constituem pecados” e, por isso, uma violação da mais alta lei da natureza.²⁹

Na interpretação de Suarez, entretanto, achamos também os elementos para uma segunda solução do problema de quem deve garantir os direitos fundamentais. Na sua compreensão, o poder político não é dado de Deus diretamente ao monarca, mas à comunidade.³⁰ Como consequência, a comunidade, como original portadora do poder político, também tem o direito – em face de um abuso grave – de depor um rei tirânico, “atuando conjuntamente e de acordo com deliberações públicas e gerais de suas comunidades e líderes”.³¹ Esses são os fundamentos da ideia de poder popular. Ainda na visão de Suarez, esses fundamentos são frustrados pela referência à autoridade superior de representação de Cristo na Terra. Esse constrangimento já tinha sido superado – antes mesmo que os trabalhos de Suarez fossem publicados – pela teologia política calvinista. De acordo com a abordagem dos monarcas, a comunidade é revestida de poder supremo, que é incontestável por autoridade eclesiástica, pois “não são as pessoas criadas para os magistrados, mas, ao contrário, os magistrados são criados para as pessoas”.³² Althusius, apoiando largamente a mesma concepção, afirmou, alguns anos depois, que “as pessoas, ou os membros associados do reino, tem o poder (*potestas*) de estabelecer esse direito do reino e de se vincularem a ele.”³³ Esse direito “tem como propósito a boa ordem, a disciplina adequada e o fornecimento de provisões na associação universal”.³⁴ O controle sobre o respeito dos direitos humanos parece, com isso, ter sido colocado nas mãos de seus destinatários de novo. No entanto, isto não é completamente verdade – pelo menos não a respeito da teologia política do limite entre os séculos XVI e XVII. Do ponto de vista dos monarcas, existe a ordem social, que é *objetivamente justa*, apesar de derivar sua superioridade de uma qualidade sua inerente e, por isso, independentemente da vontade daqueles que estão sujeitos a ela.³⁵ De forma semelhante, a defesa de Althusius à soberania

comunidades não cristãs. Seguindo uma interpretação mais moderada, um poder meramente espiritual, se bem que o poder universal ainda era atribuído à Igreja pelo antagonista de Hostiensis, Sinibaldo Fieschi, que combinava uma aspiração universal à soberania pela Igreja com o reconhecimento da real legitimação de *regna* não cristãos (1243–1254, *Apparatus super quinque lib[ris] decr[etalium] et super decretalibus*, 1st ed. 1477, Lugduni 1535). A compreensão relativamente temperada de Fieschi do poder do Papa foi posteriormente limitada à autoridade exclusivamente espiritual somente sobre cristãos pelos autores mais influentes da Escola de Salamanca. Sobre a limitação do poder espiritual do Papa somente sobre cristãos, ver Vitoria, *De Indis recenter inventis*, *supra* note , II, 3. Na verdade, na Escola de Salamanca, a teoria era conectada com a tentativa de abordar a questão sobre a proteção de direitos universais, ainda que fossem definidos – como mencionado acima (ver *supra* note) – como uma perspectiva universal inaceitável.

²⁸ Vitoria, *Relectio de potestate ecclesiae prior*, in Vitoria, *Political Writings*, ed. por Anthony Padgen e Jeremy Lawrance, Cambridge University Press 1991, 45.

²⁹ Francisco Suarez, *Defensio fidei catholicae et apostolicae adversus Anglicanae sectae errores* (1613), in: Suarez, *Selections*, *supra* note , VI, IV, 16.

³⁰ Suarez, *De legibus*, *supra* note , III, I, 4; III, III, 2; III, III, 6; III, IV, 2.

³¹ Suarez, *Defensio fidei*, *supra* note , VI, IV, 15.

³² Théodore de Bèze, *Du droit des magistrats sur leur subjects* (1575), EDHIS, Paris 1977, 13.

³³ Johannes Althusius, *Politica methodice digesta* (1614), Harvard University Press 1932, IX.

³⁴ *Id.*

³⁵ de Bèze, *Du droit des magistrats*, *supra* note , 3 e ss.

popular é baseada em uma filosofia social *holística*, na qual a hierarquia é considerada como uma das leis mais essenciais da natureza.³⁶ Nesta compreensão, o consenso do povo é sempre baseado em uma idéia de verdade substancial. Como consequência, a autonomia dos cidadãos é significativamente limitada, e os seus envolvimento no governo da comunidade política, não obstante necessários, não são vistos como uma condição suficiente para legitimação. A justificação e o conteúdo dos direitos fundamentais vêm “de cima para baixo”, nomeadamente “da graça celestial”, e seus guardiões, na medida em que devem aplicar princípios que são pensados como verdades inerentes, não podem ser considerados vinculados a processos deliberativos.

Uma terceira solução à questão que diz respeito à identidade dos guardiões dos direitos foi desenvolvida em conjunção com a elaboração da teoria moderna de soberania. Nos *Six livres de la République*, Jean Bodin afirmou que a “soberania é o poder absoluto e perpétuo de que é investido uma comunidade”.³⁷ Por isso, um príncipe soberano não é vinculado por leis (*legibus solutus*), e as normas civis promulgadas por ele, “mesmo quando fundadas na verdade e na razão real, procedem apenas da sua própria e livre vontade”.³⁸ Bodin concebe que o poder do soberano pode ser limitado pelos Estados, bem como pelas *leis* divina e natural.³⁹ Contudo, ambas as limitação são muito modestas: por um lado, em razão das competências marginais e da submissão estritamente hierárquica dos Estados;⁴⁰ por outro lado – o qual é mais importante para a questão abordada nesta contribuição – porque o príncipe soberano, sendo o *imago* secular do todo-poderoso Deus, tem o direito de interpretar livremente as normas *suprapositivas*, i.e. sem qualquer controle secular ou eclesiástico. Além disso, não é dado nenhum remédio efetivo contra violações. Por isso, colocar a proteção de direitos humanos nas mãos de um poder soberano é colocar ao sabor de sua vontade arbitrária.

Finalmente, a quarta e última solução evoluiu dos processos que levaram à “domesticação” da soberania. Isso aconteceu, por um lado, na arquitetura institucional doméstica, através da divisão de poderes, e, por outro lado, em nível internacional, através da transferência de competências de soberania para organizações internacionais, com um impacto específico nos direitos universais. A respeito da dimensão doméstica, a defesa de direitos fundamentais foi primeiramente atribuída diretamente à assembleia parlamentar,⁴¹ que pavimentou o caminho para a aplicação institucional daqueles princípios de uma fundação “de baixo para cima” de direitos humanos, que será apresentada no próximo parágrafo. A fim de evitar que direitos fundamentais pudessem estar à disposição da “tirania da maioria”, uma segunda resposta foi elaborada, consistindo na fixação dos elementos fundamentais da ordem social em um documento constitucional, acompanhado pelo estabelecimento de uma jurisdição especificamente constitucional. Essa solução foi antecipada, em certa extensão, pela Constituição dos Estados Unidos e, com ainda mais limitações, na Suíça.⁴² Em seguida veio à aplicação plena, após o fim da Segunda Guerra Mundial, com o estabelecimento das cortes

³⁶ Althusius, *Politica*, *supra* note , I.

³⁷ Jean Bodin, *Six livres de la république* (1576), Imprimerie de Jean de Tournes, Lyon 1579, I, VIII, 85.

³⁸ *Id.*, 92.

³⁹ *Id.*, 91 e ss.

⁴⁰ *Id.*, 98 e ss.

⁴¹ Essa solução caracteriza a tradição inglesa desde a *Bill of Rights* de 1689 até o presente.

⁴² A Suprema Corte Federal (*Federal Supreme Court*) não tem competência para rever os atos do Parlamento Federal (*Federal Parliament*).

constitucionais na Alemanha, Itália, Áustria,⁴³ França,⁴⁴ Espanha e Portugal, bem como, após a queda da *cortina de ferro*, em diversos outros países, muitos deles na Europa, mas também fora dela.⁴⁵ Em princípio, a idéia de que os elementos essenciais da ordem social necessitavam de uma proteção maior e qualificada não põe nenhum problema conceitual grave.⁴⁶ As dificuldades surgem, entretanto, no que diz respeito à especificação de o que esses elementos deveriam conter e significar e de quais são as competências das cortes constitucionais e como elas são justificadas.⁴⁷ Particularmente pouco convincente é a interpretação de que o conceito de “elementos essenciais para a ordem social” deveria significar mais do que as garantias de condições para participação social e política,⁴⁸ quer dizer, um tipo de fundação substancial da sociedade enraizada na história⁴⁹ ou em uma incontroversa verdade ética.⁵⁰ Desse ponto de vista, a jurisdição constitucional não pode limitar-se à salvaguardar a estrutura de deliberação; mas sim, tem a tarefa e responsabilidade de “proteger o estado republicano”,⁵¹ ou interpretar a vontade autêntica do povo como *pouvoir constituant*, que estabeleceu os fundamentos éticos da comunidade, mesmo contra deliberações de seus representantes.⁵² Resultados paternalistas dessa atitude são mais comuns de ocorrerem na tradição continental europeia centrada no estado e influenciada pelo direito natural do que no republicanismo americano sobretudo dialógico e orientado à cidadania.⁵³ No entanto, em ambos os casos as cortes constitucionais podem ver a si como guardiãs da verdade fundamental – uma suposta verdade, ainda, que nos remete mais de metafísica do que de democracia.

De forma similar, problemas ainda mais profundos resultam da “domesticação” da soberania em nível internacional. A fim de prevenir a violação de direitos humanos por estados individuais, esses têm sido vinculados progressivamente ao direito internacional. Com isso, cumprindo uma das tarefas constitucionais essenciais, o direito internacional tem sido

⁴³ Na Áustria, a Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) foi reestabelecida em 1946, retomando e extendendo as competências da *Verfassungsgerichtshof* criada em 1920.

⁴⁴ O *Conseil Constitutionnel* francês foi estabelecido em 1958. Sua organização e função são, entretanto, apenas parcialmente comparáveis às cortes constitucionais *stricto sensu*.

⁴⁵ Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Verfassungsgerichtsbarkeit. Strukturfragen, Organisation, Legitimation*, 52 *Neue Juristische Wochenschrift* (1999) 9–17, 9.

⁴⁶ No entanto, a garantia de elementos fundamentais da ordem social também pode ser alcançada sem qualquer proteção judicial, i. e. sem uma Corte Constitucional específica, por exemplo no Reino Unido, na Dinamarca, na Suécia e nos Países Baixos.

⁴⁷ Para uma crítica radical ao princípio de revisão constitucional, ver: Richard Bellamy, *Political Constitutionalism*, Cambridge University Press 2007. Para uma defesa: Alec Walen, *Judicial Review in Review: A Four-Part Defense of Legal Constitutionalism*, in: 7 *International Journal of Constitutional Law* (2009) 329–354.

⁴⁸ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1992, 320.

⁴⁹ Ver, por exemplo, Frank Michelman, *Law's Republic*, 97 *The Yale Law Journal* (1988) 1493–1537.

⁵⁰ Sobre a independência de deliberação da especificação de direitos humanos, ver: Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Ist Demokratie eine notwendige Forderung der Menschenrechte?*, in Stefan Gosepath, Georg Lohmann (eds.), *Philosophie der Menschenrechte*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1998, 233. Nas origens metapolíticas do conceito de “dignidade humana”, ver Böckenförde, *Menschenwürde und Lebensrecht am Anfang und Ende del Lebens*, *Stimmen der Zeit* (2008), 245–258. Ainda: Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1991.

⁵¹ Michelman, *Law's Republic*, *supra* note , 1532.

⁵² Böckenförde, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, *supra* note , 11 e ss.

⁵³ Sobre a tendência da judicialização de processos políticos nos Estados Unidos e na Alemanha – e nos perigos que podem surgir daí – ver Russell A. Miller, *Lords of Democracy: The Judicialization of “Pure Politics” in the United States and Germany*, 61 *Washington and Lee Law Review* (2004) 587–662.

interpretado como uma “constituição para a humanidade”.⁵⁴ Porém, dado os modestos *standards* de legitimação de organizações internacionais, cada decisão executiva tomada por instituições supra-estatais, com o fim de manter ou executar a paz e o respeito aos direitos humanos sempre corre o risco de ser compreendido como – ou até mesmo sendo, em realidade – à serviço dos atores mais poderosos na arena internacional. De outro modo, apesar de o papel desempenhado pelas cortes internacionais (em garantir uma referência para a proteção de direitos humanos) poder ser dificilmente superestimado, o judiciário não pode substituir uma corrente de legitimação consistente (*consistent legitimation-chain*) na definição de o que se espera que sejam direitos humanos.

II. A Interpretação Ascendente de Direitos Humanos: a Fundação “De baixo para cima”

1. Justiça “Objetiva” e Direitos Individuais

De acordo com a compreensão descendente de direitos humanos, o conhecimento de direitos individuais sempre foi concebido como uma concessão feita dentro do âmbito da ordem social. A qualidade ontológica e ética desta pretendia ir muito além da vontade, dos interesses e da razão dos indivíduos. Dessa perspectiva, a sociedade não era vista como sendo fundada para a proteção de direitos dos indivíduos, mas sim para realizar o ideal de um *objetivo*, i.e. justiça supra-individual. Na interpretação descendente de direitos humanos, a proteção de certos direitos individuais era, por isso, um elemento importante e até mesmo inevitável na implantação de uma ordem social objetivamente justa, mas não era nunca o centro de gravidade da construção conceitual da sociedade. Devido ao horizonte holístico dessa concepção, os primeiros documentos jurídicos declarando direitos individuais – como a Magna Carta (*Magna Charta Libertatum* – 1215), o Compromisso do Povo (*Agreement of the People* – 1647)⁵⁵ e o Instrumento de Governo (*Instrument of Government* – 1653)⁵⁶ adotado pelo Protetorado (*Commonwealth*) da Inglaterra, Escócia e Irlanda., e os documentos constitucionais das Colônias da Nova Inglaterra⁵⁷ – sempre compreenderam os direitos individuais sob a luz dos interesses superiores da sociedade como um todo, dotado de uma verdade ética maior. Analogicamente, as bases iniciais da filosofia dos direitos subjetivos, tanto no Período Medieval tardio⁵⁸ como no início da Modernidade⁵⁹, nunca desafiaram a interpretação orgânica da vida social.

⁵⁴ Stefan Kadelbach, Thomas Kleinlein, *International Law – A Constitution for Mankind?*, 50 (2008) German Yearbook of International Law 303–347. Sobre a função constitucional da Carta das Nações Unidas, ver: James Crawford, *The Charter of the United Nations as a Constitution*, in: Hazel Fox (ed.), *The Changing Constitution of the United Nations*, British Institute of International and Comparative Law, London 1997, 3; Bardo Fassbender, Bardo, *UN Security Council Reform and the Right of Veto. A Constitutional Perspective*, Kluwer, The Hague 1998.

⁵⁵ *Agreement of the People*, in: Samuel R. Gardiner, *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution 1625–1660*, Clarendon, Oxford 1979 (1st ed. 1906), 359.

⁵⁶ *Instrument of Government*, in: Gardiner, *The Constitutional Documents*, *supra* note , 405.

⁵⁷ *Massachusetts Body of Liberties* (1641), in: William H. Whitmore (ed.), *The Colonial Laws of Massachusetts*, Rockwell & Churchill, Boston 1890; *Fundamental Orders of Connecticut* (1637), in: Adolf Rock (ed.), *Dokumente der amerikanischen Demokratie*, Limes, Wiesbaden 1947.

⁵⁸ William of Ockham, *Dialogus* (1332 –1348), ed. por John Kilcullen, George Knysh, Volker Leppin, John Scott e Jan Ballweg, 3.2, Livro 2, Cap. 25 e ss., <http://www.britac.ac.uk/pubs/dialogus/ockdial.html>.

A reviravolta veio como consequência da transição do paradigma de ordem social holístico para individualista e foi introduzida por Thomas Hobbes no meio do Século XVII.⁶⁰ Hobbes inverteu, pela primeira vez na história, a hierarquia tradicional entre o indivíduo e a comunidade, colocando os indivíduos, como detentores de direitos fundamentais e ponto de partida de qualquer legitimação de autoridade, na cena principal da vida política. A questão inicial da sua filosofia política não era, em verdade, a sociedade como *factum brutum*, baseada na sociabilidade natural dos humanos e organizada em uma estrutura orgânica hierárquica,⁶¹ mas sim, os indivíduos, dotados de direitos, interesses e razão.⁶² Nesse estado natural original – uma condição fictícia apresentada por Hobbes para concentrar a atenção não no início histórico da sociedade, mas na fundação ontológica, bem como, nas precondições conceituais de uma ordem justa –, os indivíduos são livres e iguais.⁶³ Entretanto, eles estão, também, constantemente em perigo de ser atacados e feridos por companheiros humanos na procura – a que todo indivíduo sempre está no estado de natureza – de mais recursos para aprimorar as suas condições de vida.⁶⁴ Por isso, a razão natural comanda deixar o estado de natureza e construir a sociedade (*societas civilis*), na qual a vida, a segurança e a propriedade são protegidas.⁶⁵ Assim, na visão *hobbesiana*, a comunidade não é mais a entidade original e axiologicamente maior no mundo ético – a mais alta axiologicamente do mundo ético, mas sim uma ferramenta que os humanos dão a si mesmos com o fim de atingir a estabilidade social.

O entendimento de Hobbes de uma ordem social baseada no livre-arbítrio dos indivíduos dotados de direitos essenciais estabelece os fundamentos conceituais para uma interpretação *ascendente* de direitos humanos. Esses não são mais vistos como a expressão de uma comunidade orgânica dependendo de *leis* de Deus ou da natureza. Ao contrário, eles são confiados aos sujeitos individuais concretos como seus detentores e preservadores. Dessa perspectiva, instituições sociais e políticas são estabelecidas pelos portadores dos direitos, com o fim de garantir, na base de uma legitimidade vindo de baixo para cima, uma proteção adequada dos direitos subjetivos. As instituições são legitimadas somente se elas salvaguardam direitos fundamentais e são fundadas no consenso livre e explícito do povo – na esteira do pensamento político iniciado por Hobbes, em particular, por meio de um contrato (*pactum unionis*).

2. Insuficiências na Concepção Ascendente de Direitos Humanos

a. A Transferência de Direitos

⁵⁹ Ver *supra* note . Sobre a compreensão orgânica, dentro da Escola de Salamanca, da hierarquia social e política como quase-natural e dada por Deus, ver: Vitoria, *Relectio de potestate civili* (1528), Akademie Verlag, Berlin 1992, 8, 58 e ss.; Suarez, *Defensio fidei*, *supra* note , VI, IV, 17, 719.

⁶⁰ Uma antecipação parcial da virada individualista, ainda em um horizonte conceitual profundamente influenciado pela abordagem filosófica e política da escolástica, pode ser encontrada na obra de Bartolomé de Las Casas, particularmente no *De imperatoria seu regia potestate* (1571); ver: *id.*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid 1984, 17 e ss.

⁶¹ Thomas Hobbes, *De Cive* (1642), Royston, London 1651, I, I, II.

⁶² *Id.*, I, I, I.

⁶³ *Id.*, I, I, III.

⁶⁴ *Id.*, I, I, X e ss.; Thomas Hobbes, *Leviathan, of the Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*, Crooke, London 1651, XIII.

⁶⁵ Hobbes, *Leviathan*, *supra* note , XIV; Hobbes, *De Cive*, *supra* note ,, I, II, II.

Não obstante tendo delineado a importância essencial da virada individualista da filosofia política para a formulação de uma teoria de direitos humanos centrada nos portadores concretos dos direitos, dois problemas permanecem: o primeiro afeta as formas e extensão da transferência de direitos para as instituições estabelecidas através do *pactum unionis*; a segunda se refere à questão de se a proteção dos direitos deve envolver somente os cidadãos da comunidade política ou, ao contrário, todos os seres humanos, em outras palavras, a questão entre particularismo e universalismo na proteção de direitos. Iniciando com o primeiro problema, a deficiência de uma teoria de direitos fundamentais dependendo do paradigma individualista fundado por Hobbes parece surgir da hipótese que, pelo estabelecimento de um poder público dotado com autoridade suficiente, os cidadãos teriam de renunciar quase completamente seus direitos originais. Os únicos direitos mantidos a eles, na comunidade de Hobbes, são o direito à proteção da vida e – muito parcialmente – o direito à liberdade negativa, i.e. à procura de atividades econômicas com o fim de atingir a “felicidade”, ainda, somente na medida em que isso não coloca em perigo a garantia da paz e ordem social.⁶⁶

No entanto, a radical solução de Hobbes a respeito da renúncia dos direitos mais originários, através da entrada dos indivíduos em um estado de sociedade, é mais exceção do que regra entre os teóricos do contratualismo. Na maioria das propostas feitas por outros filósofos políticos, os indivíduos, agora tornados cidadãos, após terem assentido com o *pactum unionis*, mantêm muito mais direitos do que na comunidade à semelhança do Leviatã de Hobbes.⁶⁷ Até mesmo a abordagem do contratualismo mais favorável ao cidadão, que surgiu com intuição seminal de Hobbes, não soluciona a questão. Isto pode ser claramente visto na teoria de “contrato social” de Jean-Jacques Rousseau. Aqui, o resultado do contrato é, em muitos sentidos, precisamente oposto à idéia de Hobbes de um quase absolutista Leviatã: dentro do *état civil*, o objetivo do estabelecimento da comunidade política consiste na realização da liberdade positiva dos cidadãos, como autonomia.⁶⁸ Ainda, a liberdade política destacada no contrato social de Rousseau também é implementada por meio de uma alienação de direitos – uma alienação que é, ao menos à primeira vista, ainda mais intransigente que na visão de Hobbes. O contrato social de Rousseau prevê uma alienação de *todos* os direitos naturais, sem exceção.⁶⁹ A diferença, que caracteriza a atitude mais favorável ao cidadão do filósofo francês, é composta pelo fato de que, enquanto que na construção de Hobbes os cidadãos alienam seus direitos a um monarca, transformando seus estados para o de súditos de novo, para Rousseau, os cidadãos alienam seus direitos para si mesmos, agora constituídos como uma comunidade política soberana, como uma *volonté générale*.⁷⁰ Não obstante, uma vez que o corpo político criado pelo contrato social de Rousseau é uma entidade coletiva – ela mesmo, um indivíduo, aduz Rousseau -⁷¹ caracterizada por uma unidade doméstica alta e por uma articulação institucional interna insuficiente,⁷² e que o poder soberano não está obrigado a dar nenhuma garantia aos seus “súditos”, que podem até mesmo ser “forçados a serem

⁶⁶ Hobbes, *Leviathan*, *supra* note, XVII; Hobbes, *De Cive*, *supra* note, II, XIII, II e ss.

⁶⁷ Para uma comparação de propostas ver: Norberto Bobbio, *Il modello giusnaturalistico*, in N. Bobbio, Michelangelo Bovero, *Società e stato nella filosofia politica moderna*, Il Saggiatore, Milano 1979, 68.

⁶⁸ Jean-Jacques Rousseau, *Du contract social, ou principes du droit politique* (1762), Garnier-Flammarion, Paris 1966, I, 8, 55.

⁶⁹ *Id.*, I, 6, 51.

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ *Id.*, I, 7, 53.

⁷² *Id.*, I, 6, 52.

livres”,⁷³ a proteção dos direitos fundamentais pela *volonté générale* resulta ficar em um terreno que dificilmente pode ser visto como menos duvidoso que no caso do Leviatã de Hobbes.

b. Direitos dos Cidadãos ou Direitos Humanos?

A segunda pergunta que – como mencionado a cima – permanece não resolvida na compreensão ascendente de direitos humanos baseada no paradigma individualista consiste na limitação da proteção dos direitos a comunidades políticas singulares. A filosofia política do contratualismo foi concebida com um meio teórico para *re-fundar* a legitimidade dentro do âmbito de um corpo político individual. Por esta razão, a teoria do contrato, por um século e meio desde a sua primeira formulação, demonstrou pouco interesse na questão da ordem além das fronteiras nacionais e, na medida em que o problema era apresentado, os expoentes mais importantes do contratualismo eram bastante céticos quanto à possibilidade de garantir uma interação pacífica em escala global através de uma ordem jurídica cosmopolita.⁷⁴ Outra vez, sem algum tipo de ordem jurídica cosmopolita, nenhuma salvaguarda de direitos humanos em nível global é possível. Portanto, por um longo tempo, a abordagem individualista à filosofia social e política parecia ser capaz de substanciar unicamente uma *teoria ascendente de direitos dos cidadãos*, estabelecida com base na legitimidade do poder público pelas pessoas, mas não uma *teoria universalista de direitos humanos em um nível cosmopolita*. Ainda, nenhuma razão conceitual permanecia contra a possibilidade de se aplicar o contratualismo ao sistema de proteção global de direitos. Na verdade, apoiadores do paradigma individualista da filosofia política e da interpretação ascendente de direitos afirmaram desde o princípio que o centro de gravidade de qualquer ordem social tem de ser fundado nos simples indivíduos, todos eles dotados com direitos essenciais e poderes, em particular, com a capacidade de agir de acordo com os princípios da razão. Portanto, nenhum obstáculo intransponível, ao menos não em nível teórico, iria estar pelo caminho para a construção de uma ordem jurídica cosmopolita que objetivasse a defesa destes direitos essenciais que pertencem a *todos* os seres humanos e para garantir que eles interajam pacificamente entre si. A fim de atingir este objetivo, no entanto, profundos ajustes conceituais eram necessários.

III. Perspectivas para uma Fundação Teórica da Proteção de Direitos Humanos “De baixo para cima” em um Sistema Jurídico Multiníveis.

O paradigma individualista da filosofia política colocou, pela primeira vez na história, os direitos humanos na mão de seus próprios detentores, quais sejam os indivíduos concretos, criando as condições para uma proteção de direitos diretamente pelos beneficiários dos direitos, sem qualquer apelo a instâncias supraindividuais supostamente confiadas com a mais alta verdade ética. Não obstante, a solução proposta pelos fundadores da compreensão individualista de direitos ainda foi sobrecarregada de deficiências, que tornou particularmente

⁷³ *Id.*, I, 7, 54.

⁷⁴ Hobbes, *Leviathan*, *supra* note , XXX; Baruch de Spinoza, *Tractatus politicus* (1677), in: Spinoza, *Opera*, Winters, Heidelberg 1924, Vol. 3, III; Spinoza, *Tractatus theologico-politicus* (1670), in: Spinoza, *Opera*, Vol. 3, XVI; John Locke, *Two Treatises of Government* (1690), Awnsham-Churchill, London 1698, II, 2, § 14; II, 12, § 145; II, 16, § 183.

difícil a sua aplicação a uma teoria universalista de direitos humanos. Com o intuito de superar os déficits, duas correções tiveram de ser introduzidas:

a) os indivíduos devem se manter portadores dos direitos, no sentido de que a entrada deles na sociedade civil não implica na alienação de direitos e a conseqüente perda de controle de suas aplicações. Na medida em que os indivíduos transferem seus direitos a um poder público, a ele é confiado uma tarefa primária de os proteger e aprimorar. A limitação de um direito somente é aceitável se pode ser provada como indispensável para a proteção essencial de outro direito e exclusivamente na extensão necessária para esse fim. A fim de garantir que as autoridades públicas não abusem de seus poderes para a realização de fins egoístas, as instituições que exercem poder público necessitam ser adequadamente controladas por assembléias parlamentares, protetores institucionais próprios de minorias sociais, políticas, religiosas e éticas e um sistema sadio de freios e contrapesos (*checks and balances*).

b) Direitos fundamentais devem ser entendidos não somente como direitos dos cidadãos, mas também – na medida em que seus conteúdos são aplicáveis ao fim de garantir uma interação universal pacífica e justa entre humanos – nas suas dimensões de direitos humanos em sentido cosmopolita.

1. A Proposta de Kant e a sua Inadequação parcial.

O caminho para estas duas correções foi pavimentado já nos trabalhos de Immanuel Kant.⁷⁵ Quanto ao primeiro ajuste, Kant mantém o ideal de Rousseau de autonomia como o objetivo da vida moral⁷⁶ e política.⁷⁷ Ainda, ele previne os perigos para liberdade implícita na hipóstase ontológica da *volonté générale* através da proposta da necessidade de uma constituição como a garantia da supremacia do direito (*rule of law*) para todos os cidadãos,⁷⁸ através de uma rigorosa divisão de poderes,⁷⁹ e através da atribuição de competências centrais para a assembléia representativa - detentora incontestável de poder legislativo.⁸⁰ A solução proposta por Kant pode ser considerada até hoje como os pilares fundamentais da arquitetura institucional doméstica que respeita propriamente os direitos dos indivíduos.

⁷⁵ Sobre a primeira “correção”, encoramos uma antecipação ainda antes, já na filosofia política de John Locke, em particular na sua limitação à alinação de direitos como também nas competências atribuídas à assembléia parlamentar. Ver John Locke, 1690, *Two Treatises of Government*, *supra* note **Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.**, II, 7, § 90; II, 11, § 134; II, 12, § 143 ; II, 13, § 150.

⁷⁶ Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785), in: Kant, *Werkausgabe*, ed. por Wilhelm Weischedel, Suhrkamp, Frankfurt/M 1977, Vol. VII, 65.

⁷⁷ Immanuel Kant, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf* (1795), in: Kant, *Werkausgabe*, *supra* note **Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.**, Vol. XI, 204; Kant, *Der Streit der Fakultäten* (1798), in: Kant, *Werkausgabe*, *supra* note **Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.**, Vol. XI, 364.

⁷⁸ Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), in: Kant, *Werkausgabe*, *supra* note **Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.**, Vol. VIII, § 43, at 429; Kant, *Zum ewigen Frieden*, *supra* note **Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.**, 204.

⁷⁹ Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, *supra* note **Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.**, § 45, 431; Kant, *Zum ewigen Frieden*, *supra* note **Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.**, 206.

⁸⁰ Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, *supra* note **Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.**, § 46, 432; Kant, 1793, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (1793), in: Kant, *Werkausgabe*, *supra* note **Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.**, Vol. XI, II, 150.

Mais problemas são colocados com a proposta feita por Kant no que diz respeito à segunda insuficiência da teoria individualista original de direitos, qual seja a restrição de direitos somente – ou ao menos primariamente – na esfera doméstica.⁸¹ Sem dúvida, Kant tem o mérito de introduzir pela primeira vez uma construção de direito público de três níveis – direito doméstico, internacional e cosmopolita –⁸² que compreende explicitamente, no seu terceiro nível, um *corpus juris* endereçado à especificação de direitos pertencentes a todos os seres humanos, para além de suas afiliações como cidadãos e indiferente a essas. Em outras palavras, enquanto o direito público doméstico define as regras de interação dentro da comunidade política singular e o direito internacional ordena as relações entre estados, o direito cosmopolita – o qual deve ser, na visão de Kant, direito *positivo* e não só *natural* – especifica os direitos de todos os seres humanos frente a qualquer estado do qual ele não seja cidadão, ou frente qualquer outro humano que não seja cidadão da mesma comunidade política. O problema surge quando se trata de questões sobre o conteúdo que este direito cosmopolita deve ter e sobre qual forma institucional deve ter a implementação concreta do direito cosmopolita.

Na verdade, é surpreendente, ao menos à primeira vista, e, de alguma forma, perturbador notar como os direitos que devem ser garantidos pelo direito cosmopolita são “estritos”. Eles compreendem, na proposta de Kant, somente as “condições de hospitalidade universal”, nomeadamente “os direitos de um estrangeiro não ser tratado como um inimigo quando ele alcança a terra de outro”.⁸³ O direito cosmopolita de Kant antecipa, assim, já no seu próprio conceito, a ideia de direitos humanos universais reguladores das interações globais entre humanos; porém é – se focamos nas previsões concretas nele contidas – dificilmente comparável a um catálogo universal de direitos humanos no nosso entendimento comum.

Um outro déficit diz respeito à especificação da instituição confiada com a implementação da dimensão cosmopolita de ordem, particularmente com a salvaguarda da paz. De fato, encontramos na obra de Kant duas diferentes soluções para a realização institucional de uma ordem mundial: em algumas passagens ele sugere uma “república mundial” (*Weltrepublik*) como um tipo de Superestado global;⁸⁴ em outras, ao contrário, propõe a bastante despretensiosa ideia de uma “liga de nações” (*Völkerbund*).⁸⁵ Em princípio, a *Weltrepublik* é apresentada como a melhor perspectiva já que seria a única estrutura capaz de garantir direitos iguais e regras vinculantes para todos os agentes afetados na organização internacional.⁸⁶ Entretanto, Kant admite que a solução favorecida em princípio é, na verdade, infável, não obstante tenha sublinhado que a hipótese de uma “liga de nações” não pode cumprir realmente a tarefa de estabelecer um sistema de paz, segurança e proteção de direitos humanos vinculante mundialmente.

Procurar pelas razões conceituais das falhas contidas na proposta de Kant, i.e. indo além da mera contextualização com o clima cultural de seu tempo, pode ser útil para tratar a

⁸¹ Par uma reconstrução da abordagem cosmopolita na filosofia do Iluminismo, ver: Francis Cheneval, *Philosophie in weltbürgerlicher Absicht. Über die Entstehung und die philosophischen Grundlagen des supranationalen und kosmopolitischen Denkens der Moderne*, Schwabe, Basel 2002.

⁸² Kant, *Zum ewigen Frieden*, *supra* note **Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.**, 203.

⁸³ *Id.*, 213; Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, *supra* note **Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.**, § 62, 475.

⁸⁴ Kant, *Zum ewigen Frieden*, *supra* note **Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.**, 212.

⁸⁵ *Id.*, 213; Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, *supra* note **Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.**, § 54, 467, § 61, 475.

⁸⁶ Kant, *Zum ewigen Frieden*, *supra* note **Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.**, 212.

questão de se ambos os déficits – o conteúdo “estrito” do direito cosmopolita, como também a indeterminação em especificar o quadro institucional – podem remontar ao próprio cerne da filosofia política de Kant, qual seja o paradigma no qual ele fundou sua análise e suas propostas. Como mencionado acima, Kant baseou a sua ideia de ordem social e política – e, portanto, também sua concepção de direito cosmopolita – no paradigma individualista da modernidade. De acordo com esse entendimento, conhecimento e sociedade são concebidos como fundados em uma concepção unitária de subjetividade: somente a presunção de uniformidade e coerência interna dos processos mentais de cada indivíduo pode garantir, do ponto de vista do pensamento moderno ocidental, que o uso da razão teórica leve à verdade, à implementação da razão prática na justiça e, finalmente, que o mundo social, político e legal seja bem ordenado.

Entretanto, a modernidade ocidental atingiu esse importante resultado a altos custos. O primeiro problema consiste na compreensão solipsista dos indivíduos, em razão da afirmação de que processos teóricos e práticos poderiam ser realizados por cada indivíduo por si mesmo, independente de qualquer contextualização social. O segundo problema é a rigidez do sistema: da mesma maneira que os indivíduos somente podem ser vistos como personalidades bem formadas se suas afirmações teóricas e comportamentos práticos forem coerentes, isto é, não contraditórios, também o conhecimento, a ética, a sociedade e o direito somente podem ser considerados verdadeiros, justos, bem organizados ou normativamente sólidos se eles forem estruturados de uma forma unitária e piramidal. Uma das mais negativas consequências da ideia ocidental moderna de conhecimento e ação, bem como de sociedade e direito, é, assim, a falta de flexibilidade. Na medida em que a teoria e a prática são baseadas na integridade monológica da subjetividade, concebida como uma mônoda construída coerente e hierarquicamente. Não há lugar à pluralidade horizontal. Assim como a própria subjetividade é compreendida como unitária em si mesma, também são as instituições políticas, que são estabelecidas por um acordo entre indivíduos, também para serem concebidas como unitárias. Conseqüentemente, soberania não pode ser dividida,⁸⁷ de forma que os estados são vistos como “mesas de bilhar” impermeáveis, e a organização responsável pela ordem global deve ser moldada, para que seja efetiva, como um tipo de “Estado Mundial” dotado de soberania. A estrutura política e legal criada com o fim de implementar a ordem social e para garantir o respeito a direitos fundamentais não pode ser, de acordo com a abordagem individualista de Kant, nada, mas uma unidade soberana: ou o próprio estado, que pode ser capaz de garantir direitos fundamentais à nível doméstico, mas com a consequência de que uma *Völkerbund* de estados soberanos pode apenas escassamente implementar uma proteção universal efetiva de direitos humanos; ou, ainda, uma *Weltrepublik* irrealizável e de certa maneira ameaçadora.

Pelo contrário, somente um sistema multiníveis legal e político, que supera a ideia tradicional de soberania indivisível, pode criar as condições para uma proteção legítima e possível de direitos fundamentais, tanto em nível doméstico, como direitos dos cidadãos, como também em uma arena global. O nível doméstico garante os procedimentos de participação popular na especificação, via deliberação, do conteúdo de direitos fundamentais, que seriam dificilmente realizáveis em uma escala global. De outro lado, o nível cosmopolita define direitos universais estabelecendo instituições adequadas confiadas com a proteção destes.

2. Em Direção a um Sistema Multiníveis de Direito com base no Paradigma Comunicativo

⁸⁷ Habermas, *Eine politische Verfassung für die pluralistische Weltgesellschaft?*, 38 *Kritische Justiz* (2005) 222, 224.

Para substanciar conceitualmente esta construção, um novo paradigma de ordem social é necessário, que, indo além das falhas do individualismo moderno, articula a ideia de sujeitos caracterizados por pertences plurais, ao mesmo tempo sendo parte de uma comunidade política singular e da comunidade global e conservando direitos que derivam de cada situação social. Esta tarefa pode ser cumprida com o paradigma *comunicativo*, como desenvolvido por Karl-Otto Apel⁸⁸ e Jürgen Habermas.⁸⁹

Os arquitetos do paradigma comunicativo lidam com os problemas da subjetividade moderna (no singular) não pela desestruturação e divisão “em pequenas partes” – como pensadores pós-modernos fazem – mas, assim dizer, pela multiplicação desta a uma pluralidade de subjetividades (no plural). A preservação de uma ideia abrangente da razão teórica e prática é alcançada pela concepção de diversas formas de lógicas de interação, cada uma distinguida por um contexto específico de implementação. A dialética é garantida pelo substrato comum da razão comunicativa, compartilhada por qualquer interação. A partir de uma ideia de subjetividade singular, mas universalmente válida, o legado da modernidade ocidental está, assim, movendo-se a uma pluralidade de indivíduos agindo entre si e, desta forma, constituindo um fundamento mais flexível para a razão teórica e prática. A ampliação da subjetividade para uma pluralidade de indivíduos concretos comunicando entre si, o conhecimento⁹⁰ e a ética podem evitar o formalismo pela manutenção da reivindicação pela verdade e universalidade, da responsabilidade pessoal e social, bem como, da referência aos indivíduos como instâncias fixadoras de *Standards* de legitimação.

De acordo com o paradigma comunicativo, os indivíduos são ao mesmo tempo cidadãos de uma comunidade política singular e seres humanos envolvidos em interações que os afetam nas suas dimensões puras e essenciais de humanos, independente de pertencerem a uma comunidade política e, muitas vezes, dentro de um âmbito que vai além dessa esfera.⁹¹ Incidentalmente, deve ser assinalado que este duplo pertencimento – a uma comunidade política e a uma comunidade global de humanos –, a consciência sobre ele é ainda fraca, deve

⁸⁸ Karl-Otto Apel, *Transformation der Philosophie*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1973; Apel, *Diskurs und Verantwortung. Das Problem des Übergangs zur postkonventionellen Moral*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1990; Apel, *Das Anliegen des anglo-amerikanischen “Kommunitarismus“ in der Sicht der Diskursethik. Worin liegen die “kommunitären“ Bedingungen der Möglichkeit einer post-konventionellen Identität der Vernunftperson?*, in: Micha Brumlik, Hauke Brunkhorst (eds.), *Gemeinschaft und Gerechtigkeit*, Fischer, Frankfurt/M. 1993, 149; Apel, *Discourse Ethics, Democracy, and International Law. Toward a Globalization of Practical Reason*, 66 *American Journal of Economics and Sociology* (2007) 49.

⁸⁹ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1981; Habermas, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1983; Habermas, *Der philosophische Diskurs der Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1985; Habermas, *Faktizität und Geltung*, *supra* note 48; Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1996; Habermas, *Die postnationale Konstellation*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1998; Habermas, *Der gespaltene Westen*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 2004; Habermas, *Eine politische Verfassung für die pluralistische Weltgesellschaft?*, *supra* note **Errore. Il segnalibro non è definito.**

⁹⁰ Sobre as implicações epistemológicas do paradigma comunicativo, ver: Habermas, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1984; Habermas, *Wahrheit und Rechtfertigung*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1999.

⁹¹ “Cidadãos continuam tendo conexões profundas com seus próprios governos e eles também tem relacionamentos que transcender as fronteiras estatais. Cada vez mais, cidadãos tem o direito de esperar mais de seus governos do que simplesmente mantendo a casa em ordem e administrando ameaças além fronteiras” (Helen M. Stacy, *Human Rights for the 21st Century: Sovereignty, Civil Society, Culture*, Stanford University Press 2009, 31).

ser tratado com um esforço cultural, e até mesmo pedagógico, despendido tanto pelos governos como por organizações internacionais. Ambas as formas de interação – dentro de uma comunidade política singular como também no contexto de uma interação potencialmente mundial de humanos – necessitam de regras para o funcionamento adequado: se expressas de forma jurídica, essas regras correspondem, no primeiro caso, ao que definimos como “direitos dos cidadãos”, em segundo caso, como direitos humanos mais gerais e universalmente válidos.

Na compreensão comunicativa, todos os tipos de direitos – i.e. não somente os direitos dos cidadãos, mas também direitos humanos -, estando centrados nos indivíduos, são concebidos “de baixo para cima”, como resultado de processos inclusivos de deliberação. Entretanto, no que se referem à densidade normativa, as formas jurídicas, nas quais as normas garantem interação, são previstas em níveis distintos: por um lado, em constituições – ou documentos análogos de relevância constitucional -, como textos especificadores de regras fundamentais que protegem a interação entre cidadãos em uma comunidade política singular;⁹² por outro, partes do direito internacional que reivindicam relevância geral e validade universal, como o núcleo do que pode ser interpretado como “direito comum da humanidade”.⁹³ Também são diferentes, em estrutura e competências, as instituições jurisdicionais confiadas, respectivamente em nível de cidadania e em nível cosmopolita, à tarefa de proteção de regras fundamentais, como condições essenciais de interação, bem como de participação em processos sociais e políticos: cortes constitucionais de alcance nacional; cortes internacionais de direitos humanos para além disso.

Duas questões principais surgem desta construção, particularmente no que se refere às regras cosmopolitas de direitos humanos: o primeiro concerne à forma que as instituições comprometidas a proteger direitos humanos em nível cosmopolita devem tomar; a segunda concerne à forma de participação popular nos procedimentos de determinação de regras globais, i.e. no contexto que parece ser, ao menos à primeira vista, simplesmente muito distante dos indivíduos para fazer possível a influência e o controle. Considerando as formas institucionais de proteção de direitos humanos, apoiadores do paradigma comunicativo geralmente negam a hipótese que somente um “Estado Mundial” Federal, uma *Weltrepublik*, poderia com sucesso assumir esta tarefa, como parte de um mais forte engajamento com a governança global mais largo.⁹⁴ Entretanto, a rejeição de soluções políticas “duras” não implica na retirada da teoria comunicativa a uma torre de marfim fundada na estéril – ao que se refere a consequências práticas – equalização entre normas de direitos humanos e “deveres” (*Sollen*) meramente morais. Uma saída do impasse pode ser procurada por meio de arquitetura

⁹² Sobre isso, deve se ter em mente que a proteção constitucional de *direitos fundamentais* dentro de comunidades políticas singulares – como já mencionado a cima (*supra*, note 1) – protege não somente as regras de interação entre os *cidadãos* da comunidade política mas, na medida em que direitos fundamentais devem ser entendidos também como a codificação de *direitos humanos* pelos estados individuais, também aquelas regras inclusivas de interação que os cidadãos da comunidade política singular compartilham com todos os seres humanos em razão de sua humanidade.

⁹³ Johann Caspar Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten*, Beck, Nördlingen 1878, 56, No. 7; Christian Tomuschat, *Die internationale Gemeinschaft*, in: 33 *Archiv des Völkerrechts* 1 (1995); Tomuschat, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind*, *supra* note 23.

⁹⁴ Para um discurso em favor da *Weltrepublik* ver: Otfried Höffe, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, *supra* note 7. Para uma discussão da proposta de Höffe ver: Stefan Gosepath, Jean-Christophe Merle (eds.), *Weltrepublik. Globalisierung und Demokratie*, Beck, München 2002.

institucional “leve” que combina elementos políticos e jurisdicionais.⁹⁵ Dentro deste equilíbrio entre instituições políticas e cortes institucionais, a dimensão política, na medida em que podem ser caracterizadas como de mais alta legitimidade democrática, alcançada por procedimentos inclusivos de deliberação, ainda permanece a mais importante do ponto de vista do paradigma comunicativo. A arquitetura institucional “supra estado” – i.e. a dimensão política da arquitetura institucional global – iria tomar, basicamente, a forma de uma organização mundial dotada de competências esboçadas pela transferência de soberania por estados-nações para a realização, limitada, mas efetiva, de duas funções: a proteção da paz e da segurança global, e a salvaguarda de direitos humanos fundamentais.⁹⁶ Consistiria, fundamentalmente, em uma ONU com um Conselho de Segurança substancialmente reformado.⁹⁷

A idéia de uma inevitabilidade normativa e, também, da possibilidade concreta de participação dos indivíduos – mesmo a nível cosmopolita – nos processos deliberativos pretende especificar o conteúdo de seus direitos essenciais baseados no conceito de uma “comunidade universal de comunicação”.⁹⁸ Tendo em vista que a participação política, não obstante, acontece primariamente dentro de comunidades políticas individuais, a legitimação democrática também deve surgir na especificação de direitos humanos universais, principalmente por processos deliberativos dentro dos estados, agentes principais da arena internacional.⁹⁹ No entanto, a fonte de legitimidade, ainda que essencial, não é suficiente. Desde que direitos humanos, a partir de uma perspectiva comunicativa, devem ser definidos e protegidos de uma maneira “ascendente”, i.e. “de baixo para cima”, as suas formulações e proteções, na medida em que reclamam validade e aplicação além das fronteiras dos estados,

⁹⁵ No equilíbrio entre a proteção de direitos humanos por instituições políticas e o papel desempenhado por cortes internacionais, ver: Stacy, *Human Rights for the 21st Century*, *supra* note **Errore. Il segnalibro non è definito.**

⁹⁶ Tal organização cosmopolita mundial deve ser tão inclusiva quanto possível, o que – em um mundo no qual democracias convivem com estados autocráticos ou até tirânicos – coloca problemas significantes. Sobre a questão, ver o controverso *The Law of Peoples* by John Rawls (Cambridge University Press 1999). Para uma crítica: Apel, *Discourse Ethics, Democracy, and International Law*, *supra* note **Errore. Il segnalibro non è definito.**

⁹⁷ Habermas, *Der gespaltene Westen*, *supra* note **Errore. Il segnalibro non è definito.**, 133; Habermas, *Eine politische Verfassung für die pluralistische Weltgesellschaft?*, *supra* note **Errore. Il segnalibro non è definito.**, 228. Para uma discussão da proposta de Habermas, ver: Peter Niesen, Benjamin Herborth (eds.), *Anarchie der kommunikativen Freiheit*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 2007.

⁹⁸ Apel, *Transformation der Philosophie*, *supra* note **Errore. Il segnalibro non è definito.** (1976), vol. II, 358; Apel, *Diskurs und Verantwortung*, *supra* note **Errore. Il segnalibro non è definito.**; Apel, *Discourse Ethics, Democracy, and International Law*, *supra* note **Errore. Il segnalibro non è definito.**, at 50. Uma forma de significar o conceito dentro da teoria das relações internacionais pode ser encontrada na idéia de uma “comunidade política” global; ver: Andrew Linklater, *The Transformation of Political Community*, Polity, Cambridge 1998. Ver também: David Held, *Global Covenant*, Polity, Cambridge 2004. Elementos de uma compreensão “dialógica” do direito internacional e relações internacionais podem ser encontrados, no entanto, também na obra de autores que não compartilham das premissas teóricas da Teoria do Discurso; ver, por exemplo: Anthony Carty, *Philosophy of International Law*, Edinburgh University Press 2007; Andrew Hurrell, *On Global Order. Power, Values, and the Constitution of International Society*, Oxford University Press 2007.

⁹⁹ Habermas, *Die postnationale Konstellation*, *supra* note **Errore. Il segnalibro non è definito.**, 161; Habermas, *Der gespaltene Westen*, *supra* note **Errore. Il segnalibro non è definito.**, 137; Habermas, *Eine politische Verfassung für die pluralistische Weltgesellschaft?*, *supra* note **Errore. Il segnalibro non è definito.**, 229.

devem envolver, também, uma dimensão que é colocada fora das fronteiras da comunidade política singular. Em outras palavras, se o direito público de nível supra estatal – quer dizer, normas e instituições de direito público internacional interessadas na proteção da paz e dos direitos humanos – deve ser dotado de poder normativo autônomo,¹⁰⁰ então este nível também necessita, ao menos parcialmente, de sua própria fonte de legitimidade. Em um mundo de repúblicas *kantianas*, esse requisito normativo não causaria qualquer problema: uma corrente ininterrupta transferiria legitimidade dos processos democráticos das comunidades políticas singulares para a arena supra estatal.¹⁰¹ Em tal mundo, até mesmo a perspectiva de uma assembleia parlamentar de membros de parlamentos nacionais não iria mais ser quimérica.¹⁰² Mas, infelizmente, não vivemos em um mundo de repúblicas *kantianas* (ainda! - deixe-me dizer). Assim, devemos acomodar, como um substituto putativo à assembléia parlamentar global, um papel adequado a ser atribuído à representação estática das organizações não governamentais na ONU, com o fim de dar voz – ao menos, uma fraca voz – à sociedade civil internacional, i.e. à sociedade de cidadãos do mundo.¹⁰³

¹⁰⁰ A investidura de instituições de direito público supra-estatal com poder autônomo, ou mesmo com uma competência normativa maior, não implica que elas também possuam, como no caso de instituições de um estado mundial, um tipo de soberania federal autônoma.

¹⁰¹ Mortimer N. S. Sellers, *Republican Principles in International Law. The Fundamental Requirements of a Just World Order*, Palgrave, New York 2006.

¹⁰² Habermas, *Konstitutionalisierung des Völkerrechts und die Legitimationsprobleme einer verfassten Weltgesellschaft*, in: Winfried Brugger, Ulfrid Neumann, Stephan Kirste (eds.), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 2008, 360. Sobre democracia global, ver também: David Held, *Democracy and the Global Order*, Stanford University Press 1995; Daniele Archibugi, *The Global Commonwealth of Citizens*, Princeton University Press 2008.

¹⁰³ Habermas, *Die postnationale Konstellation*, *supra* note **Errore. Il segnalibro non è definito.**, 165; Habermas, *Der gespaltene Westen*, *supra* note **Errore. Il segnalibro non è definito.**, 141; Habermas, *Eine politische Verfassung für die pluralistische Weltgesellschaft?*, *supra* note **Errore. Il segnalibro non è definito.**, 228.