

AS DEFINIÇÕES TEÓRICAS DE DIREITOS HUMANOS DE JÜRGEN HABERMAS – O PRINCÍPIO LEGAL E AS CORREÇÕES MORAIS

Georg Lohmann¹

RESUMO: No entendimento de Habermas, “direito”, na expressão “direitos humanos”, é um conceito jurídico, donde direitos humanos, para ele, serem direitos jurídicos, normas legais declaradas em atos de fundações do Estado ou anunciadas em convenções do direito internacional e/ou constituições estatais. Ao conceber assim os direitos e tematizar os direitos humanos numa abordagem tríplice (focando-os entre moral, direito e política), ele fornece diferentes definições teóricas dos direitos humanos. O texto apresenta uma exposição sistemática dessas definições e focaliza os diferentes problemas que motivaram Habermas a alterar e ampliar suas concepções de direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Jürgen Habermas. Direitos humanos. Direito. Moral. Política.

I INTRODUÇÃO

Jürgen Habermas, há muito tempo, ocupa-se teoricamente com os direitos humanos. No artigo “Direito natural e revolução”², de 1963, ele trata das diferentes declarações dos direitos humanos, na América (Constituição da Virgínia, primeiro “Bill of Rights”, em 12.6.1776) e na França (primeira “Declaração dos direitos do homem e do cidadão”, em 26.8.1789). Em primeiro lugar, não lhe interessam muito os direitos humanos como tais, mas o papel deles entre moral, direito e política. Desde a tradição do direito natural de Locke e da tradição republicana de Rousseau, de modos diferentes,

¹ Otto von Guericke Universität Magdeburg – Institut f. Philosophie, PF 4120, D- 39016 Magdeburg. E-mail: georg.lohmann@ovgu.de

² Ver HABERMAS, J. Naturrecht und Revolution. In: *Theorie und Praxis*. 4. ed. Frankfurt am Main.: Suhrkamp, 1971, p. 93 ss.

uma fundamentação moral (isto é, jusnaturalista) dos direitos humanos foi vinculada aos princípios constitucionais-políticos do direito e aos atos revolucionários de instituição do Estado. Habermas mostra também como, em relação à crítica de Marx aos direitos humanos liberais, eles se modificam na passagem para o Estado social. Mesmo os direitos liberais subjetivos “precisam ser interpretados” como “direitos políticos”³ e ser completados pelos direitos de participação social e de participação política. Em todos os seus trabalhos teóricos posteriores, Habermas preserva essa perspectiva legal-política da tematização dos direitos humanos e expõe esse princípio de tematização também conceitualmente, acentuando que o conceito “direito”, na expressão “direitos humanos”, deve ser entendido como conceito jurídico. Direitos humanos são, segundo seu pleno significado, direitos jurídicos, e não direitos pré-jurídicos, puros moralmente; eles são normas legais, que foram declarados em atos de fundações revolucionárias do Estado ou, como após a Segunda Guerra mundial, anunciados nas convenções de direito internacional (Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948) ou em documentos constitucionais de Estados novamente fundados (p. ex., Lei fundamental da República Federal da Alemanha, 1949).

Existe uma grande diferença na compreensão dos direitos humanos, se são concebidos como direitos pré-estatais, direitos puramente morais ou como direitos jurídicos.⁴ Como direitos morais, eles são apenas direitos *fracos*, pelos quais você não pode processar diante de um tribunal e que não podem ser protegidos e impostos com o apoio do poder estatal legal em casos de necessidade, mas cujo respeito se pode reclamar e moralizar (só) na esfera pública.⁵ Com isso, todos os homens são diretamente destinatários dos respectivos deveres. Por isso, para essa compreensão dos direitos humanos, temos amiúde no primeiro plano só as questões de fundamentação dos deveres morais, enquanto o direito e a política são tratados apenas como meios ou objetos de sustentação dos mandamentos morais. Essa interpretação retoma a tradição liberal, na qual os direitos humanos são concebidos como direitos pré-estatais fundamentados no direito natural ou no direito racional.

³ Ver HABERMAS, J. *Naturrecht und Revolution*. In: *Theorie und Praxis*. 4. ed. Frankfurt am Main.: Suhrkamp, 1971, p. 121.

⁴ Ver, para isso: LOHMANN, G. Zur moralischen, juristischen und politischen Dimension der Menschenrechte. In: SANDKÜHLER, H. J. (Ed.). *Recht und Moral*. Hamburg, 2010a, p. 135-150.

⁵ O que pode constituir livremente sua ideia política.

Ao contrário, os direitos humanos, se entendidos como direitos jurídicos, são desde o princípio situados em um sistema, no mínimo, público do direito. Eles são direitos *fortes* no sentido de que se pode processar por intermédio deles, diante de um Tribunal, e pode-se impor e protegê-los com a ajuda do poder estatal. Mas destinatários dos correspondentes deveres são, primeiramente, o respectivo Estado e, quando este não cumpre seus deveres, são todos os Estados e, por fim, com a mediação de um “terceiro efeito <Drittwirkung>”, são todos os homens. Também direitos jurídicos têm a pretensão de ser fundamentados ou fundamentáveis moralmente, mas eles entram em vigor apenas se são positivados como direitos por um legislador legitimado para isso. Para tanto e por isso, frequentemente, essa interpretação jurídica dos direitos humanos liga-se a uma posição política republicana, que, às vezes, provavelmente devido a sua pretensão à soberania, pode entrar em conflito com a pretensão universal e igualitária dos direitos humanos.

Na sequência dessa tríplice abordagem – moral, direito e política –, Habermas tematiza os direitos humanos em tentativas consecutivas e a cada vez corrigidas. Ele se diferencia ao mesmo tempo das posições do simples direito natural (ou do direito racional e da moral), uma vez que, na tradição de Locke e também de Kant, são posições puramente liberais, mas também das concepções com significado genuinamente político, na tradição de Rousseau e de Hannah Arendt, posições que progressivamente não o convencem. A seguir, não quero apenas reproduzir o desenvolvimento dessas definições teóricas dos direitos humanos em Habermas, mas tratar de problemas diferenciados, sistemáticos, que sempre têm motivado Habermas a modificar ou ampliar suas concepções. Nessas concepções, das quais ele tem se distanciado, por razões de tempo, adentrarei apenas de modo indicativo.

II O PRIMEIRO PRINCÍPIO EM *FATICIDADE E VALIDADE*: DIREITOS HUMANOS COMO DIREITOS JURÍDICOS⁶

Em sua obra, Habermas empreendeu a discussão mais importante sobre direitos humanos, em *Faticidade e validade* (1992). Primeiramente, contra as interpretações jusnaturalistas, ele acentua que direitos legais não são

⁶ Eu reescrevi aqui partes do texto: LOHMANN, G. Menschenrechte zwischen Moral und Recht. In: GOSEPATH, S.; LOHMANN, G. (Ed.). *Philosophie der Menschenrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998a, p. 62-95.

subordinados à moral. Direito e moral devem permanecer separados⁷; eles se distinguem em suas “características formais” e complementam-se só em suas diferentes funções para integração de uma sociedade. Por isso, Habermas tem apenas *um* conceito de direito e entende sobre ele “[...] o moderno direito normativo, que se apresenta com a pretensão à fundamentação sistemática, à interpretação obrigatória e à imposição”.⁸ Em decorrência direta dessa posição básica, ele tematiza os direitos humanos “[...] de antemão como direitos no sentido jurídico”⁹, isto é, só na forma de direitos legais fundamentais. Não obstante Habermas tentar considerar o conteúdo normativo dos direitos humanos *como* direitos *morais*, é questionável se lhe é possível a fundamentação de um entendimento somente jurídico dos direitos humanos.

Por Habermas entender os direitos humanos como direitos fundamentais legais, sua legitimidade se alimenta da legitimidade dos processos de positivação legal <Rechtssetzungsprozesses> de uma sociedade concreta democrática de direito. Isso é determinado pela sua opinião de que os “[...] direitos humanos e a soberania do povo se pressupõem mutuamente”¹⁰.

Esse princípio leva a um catálogo de direitos fundamentais, que são importantes de modo especial.¹¹ Uma primeira classe, os direitos liberais à liberdade (“direitos fundamentais de 1 a 3”), especifica as condições em que as pessoas individuais se reconhecem como sujeitos de direitos e destinatários das leis. Sobre isso, Habermas entende (1.) o direito na maior medida possível de igual liberdade subjetiva de ação, (2.) os direitos civis políticos de membro e (3.) os direitos de recorrer aos tribunais, isto é, direitos à reclamação e proteção jurídica. A segunda classe é referida aos direitos positivos de determinação

⁷ Habermas tem definido em vários textos, com poucas diferenças, a relação entre direito e moral; tais alterações específicas não posso expor aqui. Ver, primeiramente, as “Tanner Lectures”, de 1986, reimpressas em: HABERMAS, J. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, p. 541ss.; ou em HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992, p. 135ss.; alterações e precisões contêm também o Posfácio da quarta edição, de 1994, de *Faktizität und Geltung*, p. 661ss.; e HABERMAS, J. Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie. In: PREUSS, U. K. (Ed.). *Zum Begriff der Verfassung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994a, p. 84ss.

⁸ HABERMAS, J. 1992, p.106; t. v. I, p. 110. As referências das citações da obra *Faktizität und Geltung* são seguidas da letra “t”, relativa à tradução, e depois o volume e a página na versão em português (*Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, 2 vols).

⁹ HABERMAS, J., 1992, p.136; t. v. I, p. 140.

¹⁰ HABERMAS, J. 1992, p.112; t. v. I, p. 116. Ver abaixo sobre isso.

¹¹ Ver, a seguir: op.cit., p.155 ss; t. v. I p. 159 ss.

recíproca das pessoas singulares, que definem seu “papel como *autores* de sua ordem jurídica”,¹² e contém (4.) os direitos de chances iguais à participação política. Implicitamente, estão os direitos de participação social (como 5ª categoria de direitos fundamentais), os quais asseguram a “garantia” às “condições de vida” para um “aproveitamento em igualdade de chances”¹³ dos direitos inicialmente denominados fundamentais.

Decerto, as classes particulares de direitos fundamentais têm peso diferenciado na reconstrução habermasiana: os direitos à liberdade *possibilitam* o processo de positivação do direito, sem regulá-lo, segundo Habermas. Os direitos de determinação recíproca *regulam* o processo de positivação do direito e têm peso decisivo como condições constitutivas. Os direitos sociais de participação, ao contrário, têm só um peso condicionado. Eles são direitos “só relativamente fundamentados”¹⁴, as implicações desses direitos desenvolvem-se e se tornam relevantes, quando o estado de direito se transforma em estado social.

Uma obscuridade inicial surge pela definição de Habermas da institucionalização do direito. Em primeiro lugar, o conteúdo neutro da universalidade de regras legais-formais supõe uma intuição moral, a saber, o respeito igual a todos. Habermas afirma que o *medium* do direito precisa *supor* intuições morais já nos sujeitos de direito e, por isso, o direito “[...] é levado a explorar fontes de legitimação das quais ele não pode dispor”.¹⁵ Essa ideia é mantida em todo o livro, na medida em que o “poder comunicativo” (H. Arendt), do qual, segundo Habermas, se alimentam a sociedade civil e a opinião pública, em sua função de uma crítica externa moralmente legitimada dos processos de formação institucionalizada da vontade política, valoriza um conteúdo, ainda que sempre pressuposto apenas como moral. O jogo recíproco entre momentos internos implantados moralmente da formação institucionalizada democrática da vontade e as convicções externas recíprocas supostamente morais aproveita-se, pois, do conceito de procedimento de uma democracia deliberativa (ver abaixo).

Essas reflexões tornam explícito que Habermas, para poder inscrever o conteúdo universal e igualitário dos direitos humanos em sua concepção, precisa conceder ao significado moral dos direitos humanos ainda um

¹²HABERMAS, J., 1992, p.156; t. v. I p. 159.

¹³ op.cit., p. 156 s.; t. v. I p. 160.

¹⁴ op. cit., p. 157; t. v. I p. 160.

¹⁵ op.cit., p.165; t. v. I p. 168.

peso forte diante de um entendimento puramente legalista. Devido a isso, Habermas, a partir da perspectiva do direito positivo muito estreito, tenta corrigir a interpretação particularista dos direitos humanos por meio de uma moral interna e externa efetiva e universal.

III QUEM É O PORTADOR DOS DIREITOS HUMANOS?

O exposto até aqui deixa evidente a questão: em princípio, quem é portador dos direitos humanos? Em virtude de Habermas entender o conceito de direito no sentido jurídico, apenas em relação ele só pode explicar a necessidade de o homem ter direitos relativamente a um sistema legal. Em primeiro lugar, é a lógica interna da função do direito positivo que exige que os indivíduos se reconheçam como sujeitos de direito, isto é, como pessoas jurídicas que podem ser portadoras de direitos. Essa percepção obtida e reciprocamente reconhecida da liberdade subjetiva de ação, porém, é só um direito subjetivo reconhecido, se a ela estiverem ligados tanto o pertencimento a uma determinada coletividade legal quanto as respectivas garantias de recorrer aos tribunais. Nessa perspectiva, para ele, os direitos liberais de defesa não têm um valor específico fundamental, mas secundário.¹⁶ Donde, de modo consequente, Habermas precisa ligar a detenção de direitos à cidadania.¹⁷ Por isso, também os direitos políticos de participação, que regulam os “[...] procedimentos da formação discursiva da opinião e da vontade, institucionalizados juridicamente”,¹⁸ assumem a responsabilidade de fundamentação de todo o arcabouço.

O risco de uma redução do conteúdo normativo dos direitos humanos existe em razão de Habermas tematizar os direitos humanos apenas como direitos fundamentais constitucionais. Evidentemente, aqui existem problemas com a pretensão universal dos direitos humanos, desde que, segundo nossas intuições comuns, eles devem valer para cada homem, isto é, para todos.¹⁹ De acordo com o conceito positivo de direito de Habermas, podem ser definidos como homens que dispõem de direitos fundamentais apenas aqueles que são cidadãos em uma comunidade democrática. A essa consequência, porém,

¹⁶ Ver: HABERMAS, 1994, p. 673.

¹⁷ Ver: HABERMAS, 1992, p.158

¹⁸ Op. cit., p. 165; t. v. I p. 168.

¹⁹ Um tal pensamento expressa também O. Höffe em: *Eine Konversion der Kritischen Theorie?* *Rechtshistorisches Journal*, Nr.12, 1993.

Habermas não quer chegar, porque ele pensa, com Kant, que o “conteúdo semântico” dos direitos fundamentais contém uma pretensão global.²⁰ O mal-estar <Unbehagen>, que Habermas mesmo sente, contudo, ele só pode corrigi-lo ao introduzir uma idealização obscura em seu *status*. Conforme sua linguagem frequente, esse problema é uma questão moral, para a qual, assim salienta ele com uma ambiguidade característica, “[...] a humanidade *ou* (!) uma suposta república de cidadãos forma o sistema de referência.”²¹ Habermas pode admitir o universalismo dos direitos humanos somente de modo conceitual, quando ele: 1) *ou* quer suprimir a diferença entre direitos humanos e direitos civis, entre “todos” em sentido moral e em sentido legal-político, e refere-se ao ideal de uma república mundial, a qual, ele mesmo enfatiza, é “[...] uma esperança — nascida do desespero”^{22,23} 2) *ou* limita o “sentido universalista” dos direitos humanos aos “direitos clássicos de liberdade”, ou seja, aos direitos negativos. Só então fica evidente que os direitos fundamentais “[...] se estendem a todas as pessoas, na medida em que se detêm no campo de validade da ordem do direito: nesta medida todos gozam da proteção da constituição.”²⁴ Já os direitos políticos de colaboração e precisamente os direitos sociais de participação representam os direitos positivos, em cujo usufruto nem todos os homens percebem que são direitos constitucionais, em uma comunidade.

Todavia, Habermas não pode, como, por exemplo, Hannah Arendt²⁵, sustentar que há um direito humano incondicional à cidadania <Staatsangehörigkeit>, que possibilita então portar todos os outros direitos. Um tal direito humano incondicional seria um direito pré-estatal, moralmente interpretado, e justamente essa possibilidade é excluída em termos conceituais.²⁶

²⁰ Ver: HABERMAS,⁴1994, p. 671 s.

²¹ HABERMAS 1992, p. 139; t. v. I p. 143.

²² Op. cit., p. 535; t. v. II p. 143.

²³ De resto, essa suposição é concomitante a um momento da não declarada filosofia da história da teoria habermasiana; ver, para isso: Iohmann, G. *Kritische Gesellschaftstheorie ohne Geschichtsphilosophie? Zu Jürgen Habermas' verabschiedeter und uneingestandener Geschichtsphilosophie*. In: WEISENBACHER, U.; WELZ, F. (Ed.). *Soziologie und Geschichte. Zur Bedeutung der Geschichte für die soziologische Theorie*. Opladen, 1997.

²⁴ HABERMAS,⁴1994, p. 671; t. v. II p. 317.

²⁵ ARENDT, H. Es gibt nur ein einziges Menschenrecht. In: STERNBERGER, D. (Ed.). *Die Wandlung*, Jg. IV, Heidelberg 1949; reimpresso em: HÖFFE, O. et al. (Ed.). *Praktische Philosophie/Ethik*. Reader zum Funk-Kolleg, Band 2. Frankfurt am Main 1981, p.152 ss.

²⁶ Eu interpreto a alusão de H. Arendt de “direito a [ter] direitos” assim: com o primeiro “direito”, somente a dignidade humana após 1948 pode ser pensada, que cronometra uma “força legal

Muito embora Habermas queira corrigir essa situação, é preciso, para isso, fazer duas reflexões, as quais ultimamente tornam válida uma interpretação moral dos direitos humanos. Por um lado, ele constata que a “[...] Arquitetônica da constituição (da República Federal da Alemanha, G.L.) é definida pela ideia de direitos humanos”, e por isso consta em nossa constituição, por exemplo, que “[...] estrangeiros têm o mesmo *status* de deveres e direitos que os cidadãos nativos”.²⁷ A constituição da República Federal Alemã, no entanto, opera exatamente com uma interpretação moral-jusnaturalista dos direitos humanos,²⁸ que não é compatível com a concepção habermasiana. A outra reflexão aceita a tese histórico-filosófica acima exposta; nisso Habermas – com bons fundamentos, penso eu – mostra que o aperfeiçoamento político de uma “[...] cidadania democrática, que não se fecha num sentido particularista, pode preparar o caminho para um status de *cidadão do mundo*”, tanto que ultimamente formam “um *continuum*” a “[...] cidadania em nível nacional e a cidadania em nível mundial”.²⁹ Contudo, nesse contínuo, ficam obscuras a interpretação moral e a jurídica dos direitos. Apenas com o apoio de uma perspectiva moral dos direitos humanos, Habermas pode pretender que a todos os homens os direitos fundamentais sejam conferidos, de sorte a corrigir o particularismo de uma consideração puramente jurídica dos direitos humanos.

Porém, com isso, os direitos humanos seriam novamente retomados na perspectiva de sua fundamentação moral, e o direito coloca só a forma na qual a política efetiva o conteúdo moral. Daí Habermas tentar definir de outro modo o novo jogo conjunto entre direito e moral.

IV A COORIGINARIEDADE ENTRE SOBERANIA POPULAR E DIREITOS HUMANOS

Desde o começo, Habermas defendeu a opinião de que aos direitos humanos não compete precedência diante da democracia; em *Faticidade e validade* (1992), emerge daí a tese da “cooriginariedade”. Como frisei, ele parte da tese de que direito e moral têm características formais diferenciadas. O direito positivo desliga-se da moral e complementa funcionalmente a moral

garantida”, a qual coloca em uma práxis republicana os direitos humanos. Cf.: LOHMANN, G. Die rechtsverbürgende Kraft der Menschenwürde. Zum menschenrechtlichen Würdeverständnis nach 1945. *Zeitschrift für Menschenrechte*, Jg.4., Nr. 1, p. 46- 63, 2010b.

²⁷ HABERMAS, J., 1992, p. 653; t. v. II, p. 298.

²⁸ Ver: BÖCKENFÖRDE, E. W. Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation. In: *Staat, Gesellschaft, Freiheit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1976.

²⁹ HABERMAS, J., 1992, p. 659 s.; t. v. II p. 304-5.

autônoma (ele compensa a fraqueza organizacional, cognitiva e motivacional da moral). No entanto, o que é correto moralmente, se for mantido por meio do direito formal, “está sujeito” a exigências formais e abstratas do direito. Posteriormente, em um artigo,³⁰ Habermas precisa a permanente ligação entre direito e moral: o direito permanece internamente ligado à moral, na medida em que a moral é uma condição necessária em um processo legítimo de institucionalização do direito e em um discurso legal legítimo.

A tese de Habermas agora é que soberania popular e direitos humanos são mediados um ao outro por uma “conexão interna”. A reconstrução dessa limitação, em cujos pormenores não quero adentrar aqui, leva a um “princípio de democracia”, o qual se depreende da delimitação do “princípio do discurso” e da “forma do direito”.³¹ Com isso, é pensada uma definição recíproca: só a institucionalização legal-formal do princípio do discurso – segundo o qual normas de ação são válidas se “[...] todos os possíveis atingidos [possam] dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”³² – leva a cabo o princípio de democracia, e unicamente o respeito ao princípio de democracia proporciona legitimidade ao direito estabelecido: “A exigência de institucionalização jurídica de uma praxis civil do uso público da liberdade comunicativa é atendida justamente por meio dos direitos humanos mesmo”³³. A partir disso – e essa é a diferença de uma interpretação liberal – ele prossegue: “[...] direitos humanos, que *possibilitam* o exercício da soberania popular, não podem impor esta práxis como limitação externa.”³⁴ Logo, a distinção está em que a posição liberal entende os direitos humanos como condição necessária de democracia legítima, portanto limitante, enquanto Habermas remete a condições *possibilitadoras*.³⁵ Mas essa tese de Habermas concerne unicamente aos direitos de participação política, que asseguram a autonomia política, enquanto, em sua opinião, os direitos liberais subjetivos (e os direitos sociais de participação) são direitos secundários, dependentes da institucionalização política do direito.

³⁰ Refiro-me aqui ao artigo: HABERMAS, J. Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie. In: PREUSS, U. K. (Ed.). *Zum Begriff der Verfassung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994a.

³¹ HABERMAS, J., 1992, p.154; t. v. I p. 157.

³² op.cit., p.138; t. v. I p. 142.

³³ op. cit., p. 89.

³⁴ op. cit., p. 89.

³⁵ Para a crítica da referência a “condições possibilitantes”, que não devem ser simultaneamente condições “limitantes”, ver GOSEPATH, S. Das Verhältnis von Demokratie und Menschenrecht. In: BRUNKHORST, H. (Ed.). *Demokratischer Experimentalismus*. Frankfurt am Main: Suhrkamp 1998, p. 215 ss.

Devido ao fato de a ideia democrática da autolegislação *precisar* se servir do *medium* direito, o direito precisa pressupor a autonomia privada das pessoas de direito, de maneira que, se

[...] não existissem direitos fundamentais, que asseguram a autonomia privada dos cidadãos, também não [existiria] o *medium* para a institucionalização jurídica daquelas condições, sob as quais o cidadão, em seu papel como cidadão do Estado, pode fazer uso de sua autonomia pública. Por isso autonomia privada e pública supõem-se reciprocamente, sem que possam reivindicar um primado diante da soberania popular ou esta diante deles.³⁶

Entretanto, com isso, a tese original de uma “cooriginariedade”³⁷ é definida aqui só negativamente: A é “cooriginário” com B significa que A não precede B e B não precede A. Isso deixa aberta a possibilidade de ambos, democracia e direitos humanos, não se fundamentarem reciprocamente, mas de serem fundamentados em um terceiro princípio. Esse terceiro princípio fundante parece ser vinculado à moral do respeito universal e igual a todos.³⁸ Efetivamente, Habermas chegou muito perto dessa interpretação, todavia, seu entendimento (somente) jurídico do caráter dos *direitos* humanos o afasta de tal solução.

É preciso então ver por que Habermas se apega ao conceito jurídico de direitos humanos. Por exemplo, por ser contra uma rápida e unilateral moralização da política mundial fundamentada nos direitos humanos, ele reporta-se ao direito. Se a possibilidade de reação contra a violação dos direitos humanos fosse apenas uma instável indignação moral, seria recusada e minada a tarefa da paz e da segurança e a produção do direito (internacional). Se a violação dos direitos humanos no âmbito global ou em outras regiões do mundo deve ser reclamada judicialmente, para tanto, é preciso ser possível um processo efetivo, ou seja, criar um tribunal global de direitos humanos. E isso deve ocorrer no mínimo ligado ao Tribunal Internacional de Justiça,

³⁶ HABERMAS, J., 1992, p. 91.

³⁷ O conceito mesmo surge também com Heidegger, em *Ser e Tempo*.

³⁸ Esta crítica a Habermas e também uma sugestão, como exatamente o “terceiro princípio”, precisa ser compreendida para a fundamentação dos direitos humanos e da democracia, em: GOSEPATH, S., 1998, p. 218 ss. Rainer Forst recorre também a um terceiro princípio, a saber, um “direito” discursivo-teórico moral à justificação: Die Rechtfertigung der Menschenrechte und das grundlegende Recht auf Rechtfertigung. Eine reflexive Argumentation. In: ERNST, G. SELLMAYER, S. (Ed.). *Universelle Menschenrechte und partikuläre Moral*. Stuttgart: Kohlhammer, 2010, p. 63-96.

em Haag, e a tribunais regionais de direitos humanos. Tão somente por esse caminho se previne um “fundamentalismo” moralizante dos “direitos humanos”, que apenas pode ser “evitado pela transformação mundial civil do estado de natureza entre os Estados em um Estado de direito”,³⁹ como Kant já o projetou em *À paz perpétua*.

Porém, esse afrouxamento orientado legalmente de uma política de direitos humanos na produção do direito não implica, de modo algum, contrariamente ao que entende Habermas, não ter os direitos humanos uma primazia moralmente fundamentada perante a democracia. Os direitos humanos *possibilitam* os direitos políticos de participação, a formação democrática da vontade, mas eles também simultaneamente *limitam-nos*. Possibilidade e limitação não estão, como sugere o antagonismo inicial entre interpretação liberal e republicana, uma contra a outra, mas ligadas uma à outra. Essa ligação torna-se mais clara, se a entendemos como autoligação constitucional da democracia em respeito aos direitos humanos.

V AUTOLIGAÇÃO ENTRE DEMOCRACIA E DIREITOS HUMANOS: JUSTIÇA CONSTITUCIONAL, DEMOCRACIA DELIBERATIVA E DIGNIDADE HUMANA

Robert Alexy⁴⁰ sugere como modelo de uma tal autoligação um *Estado democrático constitucional* com uma justiça constitucional. Enquanto um *Estado de direito formal*, definido pelo sistema do direito e a separação dos poderes, é apenas uma condição necessária mas não suficiente para a garantia dos direitos humanos, e um *Estado democrático de direito* respeita os direitos humanos como direitos fundamentais, mas decide sozinho sobre a violação dos direitos fundamentais da soberania democrática, no *Estado democrático constitucional* são regulados os conflitos entre direitos fundamentais e democracia, os quais podem ser diluídos em qualquer democracia *real*, por meio de uma concretização dessa autoligação: uma justiça constitucional controla e ordena-a. “Quando se estabiliza duradouramente (o) ... processo de reflexão entre esfera pública, legislativo e tribunal constitucional, pode-se falar de uma institucionalização dos direitos humanos no Estado democrático constitucional”.⁴¹

³⁹ HABERMAS, J., 1992, p.56.

⁴⁰ ALEXY, R. Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat. In: GOSEPATH, S.; LOHMANN, G. (Ed.). *Philosophie der Menschenrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998a.

⁴¹ HABERMAS, J., 1992, p. 264.

Em *Fatigade e validade*, Habermas pesquisou criticamente as ações e os efeitos de uma justiça constitucional.⁴² Contra uma interpretação liberal, ele discute uma interpretação republicana da linguagem jurídica constitucional⁴³ e, em uma crítica ao republicanismo comunitarista, desenvolve um “[...] conseqüente entendimento proceduralista constitucional”. Aqui, as “[...] condições procedimentais..., intrinsecamente racionais, apoiam a suposição de que o processo democrático, em sua totalidade, propicia resultados racionais”.⁴⁴ Nesse sentido, Habermas desenvolve uma compreensão política deliberativa e constitucional, na qual a teoria do discurso agora fundamenta um modelo de mediação entre a moral universal, a institucionalização limitada do direito e a revisão constitucional. Com isso, ele procura expor teoricamente sua intenção básica, segundo a qual os direitos humanos universalizados não atuam externamente como normas morais, mas internamente como regras formais de procedimento da legislação e controle constitucional, de sorte que a tese da “cooriginariedade” dos direitos humanos e da democracia é resgatada num modelo deliberativo de formação democrática da opinião e da vontade. Habermas precisou defender essa solução deliberativa na sequência contra objeções que criticavam o caráter puramente formal do modelo. Por outro lado, ele foi forçado a enriquecer o conteúdo moral dos processos formais. Esse universalismo interno alimenta-se de conteúdos morais de formas de vida transigentes, as quais o direito formal, ainda que com meios técnicos próprios, não pode criar e nem reparar. A institucionalização progressiva da instituição, fundamentação e aplicação *imparcial* do direito, ocorre sem racionalidade completa no procedimento,⁴⁵ porém, o ideal do direito de “que não é aceitável uma ordem legal na qual nem todos podem ser entendidos como destinatários e autores do direito” não aparece como esperança vazia.

Esse ideal normativo é igualmente garantido pelo conceito de “dignidade humana”,⁴⁶ que recebe, desde 1948, nos documentos sobre direitos humanos, um significado novo, progressivamente internacional. Em um recente artigo, Habermas defende a tese de que no início, histórica e sistematicamente, existia

⁴² HABERMAS, 1992, p. 292 ss.

⁴³ op. cit., p. 324 ss.

⁴⁴ op. cit., p. 347, t. p. 354, v. I.

⁴⁵ op. cit., p. 563 ss.

⁴⁶ Ver LOHMANN, Georg: Die rechtsverbürgende Kraft der Menschenwürde. Zum menschenrechtlichen Würdeverständnis nach 1945. *Zeitschrift für Menschenrechte*, Jg. 4., Nr. 1, p. 46 ss, 2010a.

uma estreita relação entre dignidade humana e direitos humanos,⁴⁷ porque se compreendiam os direitos humanos como proteção perante as violações específicas à dignidade humana. Desse modo, ele dá agora à sua fala de “formas de vida transigentes” uma versão negativista. Para ele, “a experiência da dignidade humana violada” tem “uma função de descoberta”, que conduziu e pode conduzir à fundamentação dos direitos e “construção de *novos* direitos fundamentais”. A dignidade humana torna-se “[...] a fonte moral, da qual se nutrem os conteúdos de todos os direitos fundamentais”⁴⁸, isto é, agora também dos direitos sociais básicos. “As experiências de exclusão, miséria e discriminação ensinam que os direitos fundamentais clássicos mantêm o valor igual (Rawls) para todos os cidadãos, apenas quando *aproximam-se dos* direitos sociais e culturais.”⁴⁹ Com esse artigo, segundo o qual a “dignidade humana” fundamenta “a *indivisibilidade* dos direitos fundamentais”,⁵⁰ Habermas argumenta contra as interpretações unilaterais e estreitas de direitos humanos, como são observadas frequentemente nos dias atuais.⁵¹ E novamente ele corrige o conteúdo universal, moral, implícito no conceito de dignidade humana, de certa estreiteza do princípio jurídico.

VI COSMOPOLITISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS

A pretensão universal da dignidade humana e dos direitos humanos minaram o particularismo de comunidades civis específicas. Um Estado democrático obrigado a reconhecer a dignidade humana e os direitos humanos também precisa reconhecer, primeiro internamente, como portadores de direitos humanos, todos os homens em seu âmbito estatal, sejam estes estrangeiros, sem nacionalidade <Staatenlose> ou só pessoas em estadia temporária ou ilegal.⁵² Esse “universalismo interno” “dos direitos humanos corresponde, em segundo lugar, a um “universalismo externo”, no qual em especial a democracia é obrigada a respeitar nos seus direitos humanos a todos os homens que vivem fora do Estado. Em princípio, parece clara essa dupla universalização de uma democracia específica, embora sua forma concreta permaneça certamente

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen: Das Konzept der Menschenwürde und die realistische Utopie der Menschenrechte. *DZPh.*, Akademie Verlag, 58 (3), p. 343-357, aqui: p. 344s, 2010.

⁴⁸ HABERMAS, 2010, p. 345.

⁴⁹ op. cit., p. 346.

⁵⁰ op. cit., p. 347.

⁵¹ op. cit., p. 353 ss.

⁵² Ver BENHABIB, 2008.

difícil e complexa;⁵³ de sorte que a força dos direitos humanos universais para a constituição da cidadania mundial é muito menos clara. De fato, o Art. 28 da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* indica que “[...] cada um... tem direito a uma ordem social e internacional, na qual os direitos e as liberdades anunciados nesta declaração possam ser completamente efetivados”, todavia, essa exigência expressa unicamente o que significa a força garantidora legal da dignidade humana. Uma questão aberta e veementemente discutida, porém, diz respeito ao modo como deve ocorrer, num nível transnacional, a realização do conteúdo normativo da dignidade humana.

Nessa discussão, Habermas tem-se dedicado a trabalhos consideráveis. Ele aproveitou a discussão levada a cabo desde Kant, pela qual diferentes modelos (de estado mundial, federação de estados, sistema federal de nível mais amplo, “[...] constitucionalização dos direitos dos povos”, “República da humanidade”) foram colocados,⁵⁴ e desenvolveu sua sugestão de uma “constitucionalização dos direitos dos povos”. Sobre isso, não posso entrar aqui em detalhes. Ao espírito republicano da dignidade humana estão relacionados os modelos nos quais os homens não são apenas portadores passivos de direitos humanos, mas os próprios autores do regime internacional dos direitos humanos. Eles formam o nível diferenciado da esfera pública política, na qual são discutidos e disputados o conteúdo e a concepção dos direitos humanos. Nesse processo de deliberação e institucionalização política, valem novamente os argumentos e motivos, que devem ser distinguidos conforme as várias dimensões (morais, legais, político-históricas) da dignidade humana e dos direitos humanos. Em acréscimo, se visto metodologicamente, com as sempre supostas razões *morais* e a partir da suposição da dignidade igual dos homens, pode ser justificada e reclamada toda a universalidade dos direitos humanos; na realidade, como de modo convicto Habermas mostra, estes são processos deliberativos nos quais argumentos históricos, avaliativos, legais e políticos, praxis e institucionalizações podem concretizar, só passo a passo, com reveses e deslocamentos, a ideia de direitos humanos universais.

Não se deve acusar Habermas de permanecer confiante em seu princípio. Suas várias tentativas para mostrar, a partir da perspectiva do direito, o universalismo igualitário dos direitos humanos como imanente às esferas do direito e da política refletem as íntimas convicções de esboços puramente morais superadas pelo realismo e a complexidade. Só poderíamos acusá-lo por deixar

⁵³ Para o tema de direitos humanos sociais, ver: LOHMANN, 2000, p. 362 ss.

⁵⁴ Uma visão geral, em: HABERMAS, 2004; ver também BOHMAN, 2010.

abertos os problemas de fundamentação e de identificação dos direitos humanos universais, se quiséssemos aceitar soluções autoritárias ou metafísicas.

(Trad.: Clélia Ap. Martins /UNESP-Marília

Revisão: André Berten)

LOHMANN, Georg. The theoretical definitions of human rights of Jürgen Habermas: legal principle and moral corrections. *Trans/Form/Ação*, Marília, v. 36, p. 87-102, 2013. Edição Especial.

ABSTRACT: In the understanding of Habermas, “right” in the phrase “human rights” is a legal concept, where human rights are legal rights, i.e., legal norms declared in acts of foundations of the State or announced conventions of international law and/or State constitutions. By conceiving of rights in this way and by treating human rights in a threefold approach (placing them between morals, law and politics), he presents different theoretical definitions of human rights. This paper presents a systematic exposition of these definitions, and focuses on the different problems that motivated Habermas to change and expand his conceptions of human rights.

KEYWORDS: Jürgen Habermas. Human rights. Law. Morals. Politics.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat. In: GOSEPATH, S.; LOHMANN, G. (Ed.). *Philosophie der Menschenrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 244- 264 .

ARENDT, H. Es gibt nur ein einziges Menschenrecht. In: STERNBERGER, D. (Ed.). *Die Wandlung*, Jg. IV. Heidelberg, 1949; reimpresso em: HÖFFE, O. et al. (Ed.). *Praktische Philosophie/Ethik*. Reader zum Funk-Kolleg, Band 2, Frankfurt am Main: Fischer, 1981, p. 152-167.

BENHABIB, S. *Kosmopolitismus und Demokratie: eine Debatte*. Frankfurt am Main: Campus, 2008.

BÖCKENFÖRDE, E.W. Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation. In: *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1976, p. 221-252.

BOHMAN, J. Die Republik der Menschheit. Nicht-Beherrschung und transnationale Demokratie. In: LUTZ-BACHMANN, M.; NIEDERBERGER, A.; SCHINK, P. (Ed.). *Kosmopolitanismus*. Zur Geschichte und Zukunft eines umstrittenen Ideals. Weilerswist: Velbrück Wissenschaft, 2010.

FORST, R. Die Rechtfertigung der Menschenrechte und das grundlegende Recht auf Rechtfertigung. Eine reflexive Argumentation. In: ERNST, G.; SELLMAIR, S. (Ed.). *Universelle Menschenrechte und partikuläre Moral*. Stuttgart: Kohlhammer, 2010, p. 63-96.

GOSEPATH, S. Das Verhältnis von Demokratie und Menschenrecht. In: BRUNKHORST, H. (Ed.). *Demokratischer Experimentalismus*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 201-240.

HABERMAS, J. Das Konzept der Menschenwürde und die realistische Utopie der Menschenrechte. *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*. Berlin: Akademie Verlag, 58, p. 343-357, (2010) 3.

HABERMAS, J. Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance? In: *Der gespaltene Westen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2004, p.113-193.

HABERMAS, J. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992 e 4. ed.,1994 (*Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, 2 vols).

HABERMAS, J. Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie. In: PREUSS, U. K. (Ed.). *Zum Begriff der Verfassung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994a.

HABERMAS, J. Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie. In: *Die Einbeziehung des Anderen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp,1996, p. 293-305.

HABERMAS, J. Naturrecht und Revolution. In: *Theorie und Praxis*. 4. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1971.

HÖFFE, Ö. Eine Konversion der Kritischen Theorie? *Rechtshistorisches Journal*, Nr.12, p. 70-88, 1993.

LOHMANN, G. Zur moralischen, juristischen und politischen Dimension der Menschenrechte. In: SANDKÜHLER, H. J. (Ed.). *Recht und Moral*. Hamburg: Meiner, 2010a, p. 135-150.

LOHMANN, G. Die rechtsverbürgende Kraft der Menschenwürde. Zum menschenrechtlichen Würdeverständnis nach 1945. In: *Zeitschrift für Menschenrechte*, Jg.4., n.º. 1, p. 46- 63, 2010b.

LOHMANN, G. Soziale Menschenrechte und die Grenzen des Sozialstaats. In: KERSTING, W. (Ed.). *Politische Philosophie des Sozialstaats*. Weilerwist: Velbrück Wissenschaft, 2000, p. 351-371.

LOHMANN, G. Menschenrechte zwischen Moral und Recht. In: GOSEPATH, S.; LOHMANN, G. (Ed.). *Philosophie der Menschenrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998a, p. 62-95.

LOHMANN, G. Kritische Gesellschaftstheorie ohne Geschichtsphilosophie? Zu Jürgen Habermas' verabschiedeter und uneingestandener Geschichtsphilosophie. In: WEISENBACHER, U.; WELZ, F. (Ed.). *Soziologie und Geschichte*. Zur Bedeutung der Geschichte für die soziologische Theorie. Opladen: Westdeutscher, 1998b, p. 197-217.