

REVISTA DE DIREITO
CONSTITUCIONAL
E
INTERNACIONAL

43

Ano 11 • abril-junho de 2003

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Direito Constitucional - IBDC

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

UFRO3
FACULDADE DE DIREITO
BIBLIOTECA

5

7

31

49

57

73

82

38

10

18

8

9

3

2. DIREITO CONSTITUCIONAL

2.2

50 ANOS DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS: o significado dos direitos fundamentais*

ANDRÉS OLLERO TASSARA

SUMÁRIO: 1. Saudação – 2. A radicalidade da Filosofia – 3. A queda do Muro de Berlim e o cenário dos direitos humanos – 4. “Guerra de civilizações” – 5. O fundamento dos direitos humanos – 6. Os direitos humanos entre o jurídico e o moral.

1. Saudação

Gostaria de agradecer aos organizadores deste Congresso a imerecida honra que me concedem, ao me presentear com esta oportunidade de me dirigir a todos os senhores, em razão desse triplo aniversário. Triplo porque, aos cinquenta anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas e aos dez anos da Constituição brasileira se une também, na minha condição de espanhol, outro aniversário interessante, uma vez que, em dezembro deste mesmo ano, 1998, a Constituição espanhola também estará comemorando o seu aniversário, de vinte anos. Pode-se ver que os anos terminados em oito são bons para os direitos humanos.

2. A radicalidade da Filosofia

Imagino que devido a minha condição de catedrático de Filosofia do Direito se espere de mim que aborde a questão que me propuseram com radicalização, uma vez que a Filosofia é sempre, obrigatoriamente, uma atividade que convida a ir até a raiz dos problemas, convida a ressaltar problemas ocultos, inclusive aqueles que, em ocasiões, foram prematuramente considerados como resolvidos. Por isso, começarei fazendo uma citação de um conterrâneo meu, sevilhano, Antonio Machado, que com frequência costumou lembrar aos alunos da Faculdade de Direito de Granada, ao começar um curso.

(*) Palestra proferida na abertura do Congresso sobre Direitos Fundamentais, realizado em Curitiba, em agosto de 1998, para celebrar os 50 anos da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Ea frase de Machado, que ele põe na boca do seu personagem Juan de Mairena, é a seguinte: "Há homens que nunca se cansam de saber. Nenhum dia, dizem, deitam-se sem ter aprendido algo novo. Há outros, ao contrário, que nunca se cansam de ignorar, não dormem tranqüilos sem averiguar que ignoram profundamente algo que acreditam saber". Acredito que os segundos sejam os filósofos e espero que essa intervenção me proporcione a satisfação de comprovar uma vez mais minha sábia ignorância, e em que medida minhas tentativas de avançar no conhecimento dessas questões continuam sendo muito limitadas. Minhas palavras não poderão ir muito além de um inevitável catálogo de problemas pendentes (cinquenta anos depois), embora eu as vá alimentar, como obriga a Filosofia, com o diálogo. Para isso, nessa primeira fase (porque depois eu adoraria ter a possibilidade de dialogar com todos os senhores), busquei um interlocutor, uma espécie de voz em *off* que me ajude a ir desenvolvendo o raciocínio acerca dos problemas pendentes sobre os direitos humanos. Talvez, pouco a pouco, os senhores o acabem identificando. É um pensador, de língua inglesa, muito popular hoje em dia. Pode nos servir, em boa medida, como ponto de referência.

3. A queda do Muro de Berlim e o cenário dos direitos humanos

Uma primeira questão que devemos suscitar, cinquenta anos depois, é: em que medida a queda do Muro (tenham em mente, por exemplo, a imagem dos jovens em cima do Muro de Berlim e pensem no nascimento de uma nova Europa) vai realmente mudar, de maneira efetiva, o cenário dos direitos humanos?

Não podemos esquecer que a Declaração Universal dos Direitos Humanos surge num momento em que a comunidade internacional está dividida em dois blocos, os quais, até há poucos anos, pareciam destinados a durar eternamente. E essa imprevisível queda do Muro (não se esperava que se produzisse nesse ritmo tão rápido) parece ter eliminado alguns dos principais obstáculos que se opunham à elaboração dessa Declaração. Declaração que, no entender de um dos seus protagonistas, concretizou-se graças ao fato de que se estava de acordo com certos conteúdos, pelo simples procedimento de não se discutir sobre eles. A Declaração Universal foi, na verdade, uma demonstração de um certo voluntarismo. Todos os estados que a assinaram acabam assegurando que estão de acordo em não se sabe o quê, já que, no momento decisivo, o conteúdo não era, de maneira alguma, um conteúdo compartilhado. E uma boa prova disso é que, quando se avança na pesquisa (como é obrigatório nas tentativas de proteção efetiva desses direitos), não encontramos apenas um pacto que sirva de instrumento para a realização prática desses direitos, mas sim dois, numa grande incoerência. Dois pactos assinados em Nova Iorque, um de Direitos Cívicos e Políticos e outro de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. E se poderia pensar que a única coisa que se fez foi dividir em duas partes a Declaração e distribuir de maneira sistemática os direitos. Porém, se lermos os pactos, comprovaremos que não é bem assim. Comprovamos, surpreendentemente, que vamos encontrar, em muitos casos, os mesmos direitos no Pacto de Direitos Cívicos e Políticos

e no Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, porque no fundo cada pacto está deixando em aberto um instrumento de proteção prática para duas maneiras absolutamente contraditórias e irreconciliáveis de entender os mesmos direitos. Essa espécie de dualismo congênito da Declaração poderia, talvez, ser entendida como felizmente superada e a dualidade de documentos (e não de concepção) abriria toda uma gama de possibilidades práticas, até agora inimagináveis, para os direitos humanos. Entretanto, essa não é a realidade.

4. "Guerra de civilizações"

Há hoje, nas palavras de um autor americano, uma "guerra de civilizações", que substituiu ou deslocou a chamada "luta de classes" (que parece ter passado a um segundo plano, ou ter quase desaparecido, pelo menos teoricamente, do planeta). E, sobretudo na Europa, isso está sendo experimentado de uma maneira particularmente aguda, porque países que até agora tinham uma unidade cultural claríssima estão sofrendo problemas até agora inéditos para eles, que surgiram à medida que foram crescendo minorias, minorias estrangeiras, mas já estabilizadas nesses países. Problemas que tinham sido vividos anteriormente nos Estados Unidos da América do Norte, por exemplo, e problemas que na sociedade brasileira se experimentam com uma exemplar naturalidade. Se me permitem a menção de uma curiosidade, gostaria de comentar, já que sou muito apaixonado pelo futebol, a mudança que se produziu há já algum tempo em algumas seleções européias e seus componentes: passou a ser difícil encontrar alguma que responda às características raciais tradicionalmente européias. Fenômeno semelhante só acontecia na seleção do Brasil, onde se encontram um jogador loiro e outro negro jogando juntos. Hoje, trata-se de uma realidade estendida à Europa, mas, infelizmente, muito mais conflitante fora dos campos de futebol do que quando se trata de jogar bola. E essa guerra de civilizações, esse entendimento, sem dúvida, enormemente diferente da realidade, continua aí, vigente, mesmo após a queda do Muro de Berlim e nos obriga a suscitar novas e sucessivas questões. Questões óbvias, como costumam ser as questões dos filósofos, dado que o filósofo deve se perguntar sobre o que todo mundo tem como certo e deve tentar compartilhar com os demais a convicção de ignorância que ele mesmo, filósofo, vive.

As duas novas perguntas que vou formular aqui são: em primeiro lugar, se vamos falar em direitos humanos, devemos nos interrogar se existe "o humano", porque se não existir "o humano", não sei por que vamos ter que chamar alguns direitos de humanos e outros não. Deve haver algo, real, objetivo, cognoscível, transmissível pela argumentação aos demais, que possamos definir como "humano". E uma segunda pergunta, não menos óbvia que a anterior, é saber se esses direitos humanos são jurídicos. Porque, se chegarmos à conclusão de que, para que esses direitos humanos possam de fato ser levados a sério (recorrendo ao título de uma obra bem conhecida), é preciso que o legislador os reconheça como tal, identifique-os, lhes dê forma em um texto legal, positivo,

então, o que estamos realmente querendo dizer é que esses supostos direitos humanos são simplesmente exortações morais dirigidas ao legislador ou, em todo caso, ao juiz, no âmbito de sua competência, para que os converta, de fato, em direito, porque até esse momento teriam sido simplesmente um bom desejo, um mero convite a que se os leve à prática. E essa questão nos leva ao dever de denunciar em que medida podemos acabar envolvidos em uma linguagem dupla. Hoje em dia, há poucas coisas mais politicamente incorretas do que negar os direitos humanos, ou tentar limitar o seu desenvolvimento. Como vocês talvez saibam, exerço também uma atividade política há doze anos (sou deputado do Congresso espanhol, representando minha província) e tenho observado em que medida, na retórica política, a presença dos direitos humanos é contínua. Mas, ao mesmo tempo, como catedrático da Universidade, não posso ignorar que hoje em dia é academicamente incorreto falar dos direitos humanos como algo com fundamento. E que aqueles que pretendem assegurar que existe um fundamento objetivo dos direitos humanos (que lhes permita serem jurídicos antes, inclusive, que o legislador os reconheça como tal) não merecem uma especial consideração dentro da comunidade acadêmica. Predomina nas faculdades de Direito um positivismo normativista (difícilmente conciliável com o que esses direitos humanos, quando tomados a sério, levam consigo) que não admite que existam realidades jurídicas não-positivadas e que reduzem o direito a um sistema de normas, negando-se a reconhecer que o direito seja algo mais, onde os princípios (que não são normas peculiares, são outra coisa) têm um papel de uma enorme importância. Acho que esse é o quadro, portanto, em que devem ir se desenvolvendo minhas reflexões.

5. O fundamento dos direitos humanos

A declaração cujo aniversário vamos celebrar agora (cinquenta anos; bodas de ouro, diríamos) era bastante ambiciosa, porque não se conformou com ser uma declaração internacional. Foi proposta como uma declaração universal, ou seja, como se se antecipasse (estávamos, talvez, ainda muito longe das viagens à lua) aos descobrimentos planetários e reconhecesse, já de antemão, direitos humanos a esses possíveis iguais que surgissem, inclusive, muito além da Terra. No fim das contas, esses direitos seriam, pelo menos de um ponto de vista geográfico, universais. Entretanto, o balanço dessa Declaração, como vimos, acaba lembrando que ela tem, congenitamente, algo parecido a um dualismo interno que não é fácil de superar.

O multiculturalismo e suas implicações

Já aludi antes (e logicamente estarei muito condicionado pela minha própria experiência) às dificuldades que, hoje em dia, se experimentam no âmbito europeu na hora de tornar realidade os direitos humanos (e não universais, porque, no fim das contas, o universo ainda não parece ser totalmente humano) ou, pelo menos, os direitos internacionais. Mas aqui o conceito de nacionalidade

acaba tendo um papel claramente perturbador. No momento decisivo, o conceito de nacionalidade surge para legitimar o "estrangeirismo" (perdoem-me o neologismo), ou seja, essa condição de se ser estrangeiro em um país. E o "estrangeirismo" não é senão um modo de evitar que o homem e o cidadão se identifiquem. Recordemos que a declaração da Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos Humanos, as primeiras, falavam da declaração de direitos do homem e do cidadão, como se o cidadão e o homem fossem o mesmo, como se todos os homens fossem realmente cidadãos. E isso é o que, sem dúvida, o conceito de "estrangeirismo" acaba colocando em questão, sobretudo quando divide países de níveis social, cultural e econômico muito diferentes.

Hoje em dia, por exemplo, o problema sem dúvida mais flagrante que experimentamos na Espanha, do ponto de vista dos direitos humanos, é contemplar, ou melhor, apenas ver rapidamente pela televisão (não há propriamente contemplação, porque acabamos sendo educados numa estranha habilidade de olhar para o outro lado, quando os direitos humanos estão em jogo; por isso, o espanhol não chega a contemplar totalmente), o fenômeno das chamadas "bateas", umas embarcações de madeira nas quais os marroquinos, após pagarem uma alta quantia, tentam se introduzir ilegalmente na União Européia através da fronteira espanhola.

Essa falta de identificação entre homem e cidadão, essa possibilidade de que, no momento decisivo, nem todo homem seja reconhecido como um cidadão nem, portanto, veja reconhecidos direitos fundamentais é, sem dúvida, um dos problemas mais graves com os quais deparamos hoje em dia. E é aí onde surge essa dificuldade que, nos seus dias, esteve marcada pela luta de classes e, hoje, parece, no âmbito internacional, estar marcada pelo conflito de civilizações. O multiculturalismo e suas exigências, por um lado, vão pôr em questão esse cosmocentrismo típico do pensamento ocidental, que sempre se autoconsiderou como a expressão perfeita do "humano" e, dessa perspectiva, avalia as culturas que lhe parecem estranhas. E esta multicultura está pondo em questão um elemento que até agora tinha sido enormemente útil como recurso: refiro-me ao consenso.

O fim do consenso como recurso para fundamentar os direitos humanos

Na medida em que as teorias da justiça (sobre as quais, sem dúvida, vão repousar os conceitos de direitos humanos) tornavam-se mais discutíveis, mais questionáveis, menos compartilhadas, aludia-se em seguida, como fórmula mágica, ao consenso. O consenso era reconhecido como um recurso que permitia estabelecer convicções compartilhadas por todos, sobre as quais se pudesse edificar, por exemplo, esse sentido do "humano". E é aqui onde eu começaria o diálogo com aquela voz em *off* que nos irá transmitindo algumas de suas inquietações e experiências.

E essa voz nos dirá que uma sociedade democrática moderna (e todos admiramos esse tipo de sociedade) se caracteriza por uma pluralidade de doutrinas compreensivas: religiosas, filosóficas e morais. Nenhuma dessas doutrinas é

abraçada pelos cidadãos de um modo geral, nem se deve esperar que num futuro previsível uma dessas doutrinas chegue a ser abraçada por todos (a tal ponto, dirá esse autor, que se trata de doutrinas sobre as quais sequer devemos tentar convencer os demais até conseguir um consenso). Um pouco antes, ouvimos, nas palavras inaugurais, menção à integração. Essa é a fórmula típica do consenso: não discriminemos ninguém, integremos os que são diferentes de nós em nosso modo de entender. Ora, parece evidente que essa é uma formulação *monocultural*. O problema aqui é que a nossa voz em *off* nos diz que isso é algo que devemos esquecer.

O liberalismo político parte do pressuposto de que para efeitos políticos, a existência de uma pluralidade de doutrinas compreensivas, razoáveis, mas incompatíveis, é o resultado normal do exercício da razão humana no quadro das instituições livres. Portanto, precisamos nos despedir do consenso. Não haverá consenso, se estivermos de verdade numa sociedade democrática, se houver instituições livres de verdade. Assim, o politeísmo dos valores, de que se falou há pouco, que até agora era facilmente inteligível a nível internacional (cada um tem sua cultura, cada um tem suas propostas), deve agora, na linha de pensamento de nosso autor em *off*, ser “interiorizado”, isto é, admitido como normal dentro das próprias fronteiras nacionais; passa a ser imperativo admitir diversas propostas culturais dentro de um mesmo país. Imaginem, por exemplo, uma nação como a Alemanha, com essa tradição cultural tão impressionante, que passa a ter de conviver com a presença de minorias muito significativas, pelo seu número, de turcos, que têm uma mentalidade e uma maneira de entender a vida absolutamente diferente e que exigem, logicamente, ser educados em sua própria cultura e que não têm especial interesse em se integrar numa cultura alheia, nem do ponto de vista religioso, nem do ponto de vista sócio-cultural.

Encontramo-nos, portanto, com um problema bastante diferente do habitual, já que parece, por outra parte, ilusório – mais do que utópico (porque o utópico é algo que a gente deseja conseguir e é alcançável e o ilusório não tem nenhum fundamento) – chegar a pensar numa sociedade onde cada qual possa, sem problemas, praticar seu estilo de vida. Isaías Berlín, recentemente falecido, dizia que “não há mundo social sem perda, não há mundo social que não exclua alguns estilos de vida que realizam determinados valores fundamentais. Os valores se chocam entre si. O leque de valores é amplo demais para caber num só mundo social”.

Por isso dá a sensação de que não é tão fácil admitir e conviver com uma verdadeira pluralidade de culturas. É curioso contemplar nos dias de hoje como uma mesma cidade, como Berlim, possa estar realmente animada por duas culturas totalmente diferentes. O problema na Alemanha é que o muro físico caiu, mas o muro mental não. E, portanto, a maneira de entender a vida, as virtudes socialmente exercidas e compartilhadas são muito diferentes e isso não se concerta com a assinatura de um tratado.

O problema com o qual nos encontramos nessa situação é que, diferentemente de alguns séculos atrás (há cinco séculos em alguns casos, em outros menos),

não podemos mais contar com um elemento doutrinário que nos sirva como fundamento para nos colocarmos de acordo sobre o que é o “humano”. Por exemplo, a escolástica tardia espanhola (sua visão do direito de gentes) ofereceu, há cinco séculos atrás, essa possibilidade. Por essa mesma época, um holandês, Hugo Grotius, nos propunha uma versão secularizada do direito natural, na qual se colocava Deus entre parênteses, como pura hipótese (Grotius, por ser crente, entendia que seria uma blasfêmia fazer isso seriamente) para oferecer um direito natural acima das divergências que geraram as guerras de religião. Posteriormente, o legado ético da Ilustração serviu também para oferecer umas propostas que, tanto na Revolução Francesa quanto na Revolução Norte-americana, permitiram chegar, igualmente, a um fundamento do “humano”.

Porém, hoje, a situação não é essa. Hoje, inclusive, o legado ético da modernidade está submetido a questionamentos. Estamos inseridos na chamada pós-modernidade, e aqui o que vamos entender como exigência do “humano” se converte em algo bastante problemático. As doutrinas compreensivas que durante séculos serviram para nos oferecer um denominador comum e a possibilidade de um consenso sobre o humano parece que já não cumprem essa função. E, ao mesmo tempo, curiosamente nossa voz em *off* nos propõe o pluralismo, esse pluralismo multicultural, como algo absolutamente inevitável. A diversidade de doutrinas compreensivas, religiosas, filosóficas e morais, presente nas sociedades democráticas modernas, não é um mero episódio histórico passageiro, não é algo que se pode superar indo em direção a uma integração, através de uma argumentação adequada. É uma característica permanente da cultura pública democrática. Sob as condições políticas e sociais amparadas pelos direitos e liberdades básicos das instituições livres tem que aparecer, se é que já não apareceu, e perdurar uma diversidade de doutrinas compreensivas irreconciliáveis e, ainda assim, razoáveis. Poderemos refletir sobre elas, mas, na hora da verdade, continuarão sendo irreconciliáveis. Desse modo, se já não houver aparecido esse multiculturalismo, será preciso entender que não se formou o contexto adequado do ponto de vista dos direitos e liberdades, que nossa sociedade não é ainda suficientemente democrática. Um entendimento contínuo e compartilhado sobre uma doutrina compreensiva (religiosa, filosófica ou moral) só poderia ser mantido mediante o uso opressivo do poder estatal, como se deu, por exemplo, no modelo soviético (a imposição pelo estado de um modo de entender a vida; de uma ideologia). Sob essa ótica, chega-se a estabelecer que, se uma sociedade integrada nos desse um consenso efetivo sobre certos valores unanimemente compartilhados, isso só poderia ser fruto da opressão.

Como se vê, todo esse nosso tema se complica bastante. Porque, assim como antes o consenso, esse consenso integrado, servia de fundamento para os direitos humanos, agora se converte em denúncia de sua negação. Se esse consenso existir é porque não foram respeitados os direitos humanos, porque o estado atuou de uma maneira opressiva. É uma mudança bastante notável na forma de entender o mundo e os próprios direitos humanos.

É preciso abandonar, nosso interlocutor em *off* nos diz, a esperança de uma comunidade política, se por comunidade política entendermos uma sociedade

política unida na afirmação da mesma doutrina compreensiva. E isso já nos suscita um delineamento bem diferente do habitual. De qualquer modo, há um elemento na obra desse interlocutor oculto com o qual vamos dialogando, que tranquiliza um pouco (aliás, talvez, sob algum aspecto, nos intranquillize mais). É preciso ter presente que a idéia de conflito de civilizações foi elaborada sobretudo diante do surgimento do fenômeno do fundamentalismo islâmico e de sua presença na comunidade internacional. Ora, se chegarmos à conclusão de que o único problema perturbador aqui surge como motivo da presença, no âmbito das coisas públicas, de elementos religiosos que não deveriam estar presentes no âmbito público, bastaria (e essa é a fórmula laicista) eliminar das coisas públicas tudo aquilo que tenha algum tipo de conotação religiosa, bastaria converter a coisa pública no espaço da neutralidade e, como conseqüência, teríamos desativado os motivos de irritação e atrito artificialmente induzidos por fatores religiosos. Poderíamos, assim, voltar perfeitamente a nos entender no âmbito social. Entretanto, nosso interlocutor nos faz ver que essa é realmente uma proposta sem sentido. Erradicar o religioso da coisa pública não seria razoável, ele nos diz, não somente por não ser necessário, senão porque, sobretudo, seria insuficiente. Esse autor não vê motivos para distinguir entre o que possa ser o parentesco religioso de determinadas posturas axiológicas (de determinadas ofertas de valores no âmbito da coisa pública), daquilo que possa ser o parentesco filosófico, e do que possa ser o parentesco moral. Não vê especial diferença entre ser muçulmano, ser cristão e ser marxista. São doutrinas compreensivas, e o fato de umas serem religiosas e outras filosóficas não acarreta maior diferença nesse particular. Todos os cidadãos, ele nos diz, abraçam alguma doutrina compreensiva com a qual a concepção política está de algum modo relacionada. Portanto, não há cidadãos neutros, não há neutralidade possível no âmbito público. A razão pública não exige que os cidadãos erradiquem suas condições religiosas e pensem sobre as questões políticas como se partissem do zero, pondo entre parênteses as premissas básicas do seu pensamento moral. Não há, portanto, neutralidade possível. Todo aquele que oferece algum valor no âmbito público o faz a partir de uma doutrina compreensiva, que é a que anima em geral o seu entendimento da vida. E mais, a partir do âmbito religioso haverá contribuições enormemente positivas para os direitos humanos. E isso nos fará recordar, por exemplo, da figura (também comemorada até há bem pouco tempo, inclusive em Wall Street) de Martin Luther King e sua luta pelos direitos civis na América do Norte, luta que não entenderíamos se não fosse precisamente pelo fundo religioso que a animava. Portanto, os elementos religiosos em vez de serem o símbolo de algo perturbador (com cuja eliminação tudo se resolveria), ao contrário, podem e devem ser um motor na luta pelo humano.

Como conseguiremos, então, que os direitos humanos não fiquem reduzidos a meras exortações morais encomendadas, segundo o maior ou menor grau de sensibilidade que o legislador ou o juiz possam ter em cada momento? Vimos até agora que a tentativa de solução vinha pela via do consenso. Norberto Bobbio, conhecido filósofo do Direito italiano, sempre defendeu que a Declaração Universal cujo aniversário comemoramos não era senão o reconheimen-

to factual da existência real de um consenso internacional sobre determinados valores e que, portanto, essa declaração era algo assim como que a elevação desse consenso à ordem pública internacional; a declaração teria por função assegurar que estamos de acordo com esses determinados valores. Ora, mesmo autores que trabalharam na elaboração do documento de 48 (o próprio Jacques Maritain, por exemplo) confessaram que não adiantou o acordo e que no fundo o que houve foi o que poderíamos chamar tecnicamente de um *modus vivendi*.

Quanto a isso, convém observar que nosso interlocutor oculto distingue entre consenso e *modus vivendi*. *Modus vivendi* é, por assim dizer, um voluntarismo estratégico: vamos entrar em acordo numa questão para evitar males maiores. O *modus vivendi*, ele nos diz, é simplesmente algo que se aceita apenas por ser a única alternativa viável face à alternativa da luta civil. Muitos dos aspectos característicos da Constituição espanhola, por exemplo, representam seu *modus vivendi*. O problema das autonomias na Espanha, o problema basco, o problema catalão, são problemas que continuam sem solução definitiva, provavelmente porque estão destinados a não ter solução definitiva e a permanecerem problemas abertos em um âmbito democrático. Abertos, logicamente, com alguns custos contínuos, porque a outra alternativa para resolver determinados problemas seria a contenda civil, e com uma só contenda já tivemos o bastante... Mas não se trata de um consenso realmente, porque um *modus vivendi* é no fundo uma proposta que alguém aceita como solução, disposto, no entanto, a perseguir seus objetivos, às custas do outro, se mudarmos as condições. No fundo é esse o caso espanhol, pois, no momento decisivo, existem partidos nacionalistas que não praticam o que os alemães chamam de "lealdade geral", que não consideram a unidade nacional fora de discussão, senão que (como ocorre também no caso canadense e em alguns outros) continuam aspirando (de maneira mais ou menos real, mas pelo menos metodicamente) a uma possível independência ou a uma possível autodeterminação.

Encontramo-nos, portanto, diante de algo que não chega a ser realmente um consenso. E da insuficiência desse *modus vivendi*, surge, como contraponto, a necessidade de buscar um consenso razoável, um consenso que não seja simplesmente a aceitação mais ou menos resignada (e de uma maneira provisória) de que não temos outra opção além dessa.

6. Os direitos humanos entre o jurídico e o moral

E aqui desponta uma discussão, também do ponto de vista da Filosofia do Direito, que envolve o curioso jogo que os direitos humanos entretêm entre o âmbito do jurídico e o âmbito da moral.

Voltamos, portanto, à pergunta radical: os direitos humanos são jurídicos ou são meras exortações morais? E surge, assim, um curioso paradoxo. É que, por um lado, aspiramos a que os direitos humanos sejam algo mais do que uma exortação moral, porque se admitirmos que são uma mera exortação moral estaremos certificando o fracasso desta Declaração, cinquenta anos depois, por-

que, na hora da verdade, talvez ela se converta apenas em mais um discurso disponível para a busca de certas soluções. Mas, ao mesmo tempo, vamos constatando que necessitamos dispor de razões morais capazes de justificar a incondicional obrigatoriedade desses direitos. Com efeito, com que razões podemos estabelecer que há certos direitos que devem ser exigidos, inclusive independentemente do que os estados podem chegar a estabelecer? Por exemplo, por esses dias, como se sabe, houve uma discussão internacional difícil, complicada, para o estabelecimento de um tribunal internacional penal estável que permita o julgamento de delitos de genocídio, de delitos contra a humanidade, contra o "humano". Todos conhecem as dificuldades que determinados países (Estados Unidos, França etc.) foram levantando para a instalação desse tribunal. Sem dúvida, para que determinadas condutas sejam objeto de um tribunal desse tipo, será preciso proporcionar razões morais sólidas o bastante para que essas condutas e não outras sejam suscetíveis de julgamento, inclusive contra a vontade dos países em questão. Aliás, no âmbito reduzido da União Européia e dentro de certos limites, conseguiu-se, por exemplo, assegurar que qualquer cidadão possa dirigir-se à corte de Estrasburgo contra um dos países que firmaram o convênio e que os estados possam ser condenados efetivamente, na medida em que não respeitem alguns desses direitos. Por exemplo, recentemente a Espanha foi objeto de uma sentença condenatória por determinadas escutas telefônicas realizadas no curso de uma investigação judicial, mas sem uma suficiente cobertura legal. Posteriormente o problema resolveu-se de outra maneira. Mas, enfim, a decisão pode servir como exemplo de como já entramos em um âmbito onde os direitos humanos se tornam operativos. Claro que voltamos aqui a comprovar a insuficiência da teoria jurídica hoje dominante. Quando eu estudei na faculdade, aprendi que a diferença entre uma obrigação jurídica e uma obrigação moral é que a obrigação jurídica é uma obrigação de verdade, enquanto que uma obrigação moral é um assunto que permanece aí... e quem de Deus o recebe que por São Pedro seja abençoado. Entretanto, no âmbito dos direitos, descobrimos que a cultura anglo-saxônica nos presenteia uma curiosa locução que, para alguém como eu, educado no positivismo, parece contraditória em si mesma: os chamados "direitos morais". "Direitos morais" que são precisamente aqueles aos quais se vai conceder uma importância peculiar. Esses direitos serão exigidos e não poderão nunca ser submetidos a cálculos utilitaristas ou a razões de oportunidade ou de eficácia. Isto é, nos deparamos com o fato de que há direitos mais morais do que outros e que quanto mais morais forem os direitos, mais direitos serão. Idéia bastante difícil de entender para alguém educado em uma mentalidade positivista, segundo a qual, precisamente, a chave da teoria do Direito é a estrita distinção entre o jurídico e a moral. Esse assunto, portanto, começa a se complicar.

Alguns direitos são mais morais do que outros e, ao mesmo tempo, entretanto, devemos admitir que o direito e a moral não são a mesma coisa. É claro que estamos entrando, portanto, no caos filosófico, como já estava previsto. Não nos esqueçamos, no fim das contas, que o perigo do fundamentalismo se encontra precisamente em sua incapacidade de distinguir a moral do ju-

rídico e na sua tentativa de converter em juridicamente exigível qualquer comportamento que se considere moralmente desejável. Portanto, falta uma adequada diferenciação entre o que é do âmbito íntimo (onde eu posso ter os meus maximalismos morais, enormemente legítimos) e o que é do âmbito público (onde eu devo me conformar com a busca desse mínimo ético, que consegue fazer com que vivamos em paz e que permite a cada qual organizar seus maximalismos a seu bel-prazer).

De novo, deparamo com um problema complicado. Nosso interlocutor oculto, que vivenciou efetivamente o problema, se pergunta: como é possível que possa existir, no decorrer do tempo, uma sociedade estável e justa, de cidadãos livres e iguais, profundamente divididos entre eles por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis? E responde: muito bem, trata-se de um problema de justiça política e não de um problema sobre o Bem supremo. Com isso, está nos convidando a distinguir entre direito e moral. A moral seria o que se ocupa do Bem supremo, do bem capaz de dar sentido pleno a minha vida; portanto, algo sempre maximalista (eu sempre poderei ser mais moral em minha conduta). Algo distinto seria a justiça política, que é como organizamos nossa convivência, que é o respeito, o cumprimento das exigências da convivência. Assim como na moral o cumprimento não é, realmente, uma atitude adequada, porque a moral convide sempre a exceder-se, a ir além de onde chegamos, por um sentido do dever que nunca se esgota, no jurídico, sim. O jurídico é algo suscetível de cumprimento (eu cumpro, pago meus impostos, respeito os semáforos e isso basta; ninguém pode exigir de mim maiores esforços).

É curiosa essa expressão "justiça política" que nosso autor nos propõe, porque, para começar, parece complicar ainda mais a questão, pois até agora falávamos de direito e moral, o que já era suficientemente complicado. Entra em jogo agora um terceiro elemento, que é a política, o que embaralha ainda mais a situação. Acho que é uma complicação puramente aparente e tentarei oferecer uma explicação para poder resolver essa confusão.

Já vimos que os direitos morais não se movem em um campo impreciso (que estaria além da moral, mas aquém do direito), mas sim que os direitos morais, e essa foi a nossa conclusão, são mais direitos do que os outros. A justiça política, da qual a voz em *off* nos fala, é nada mais nada menos do que o núcleo do Direito. O que ocorre é que, por imperativos do academicamente correto, não se atrevem a designar de "direito" a algo ainda não positivado. A essa realidade ainda não positivada chamam "justiça política". Mas tão logo a gente reflita sobre o que se está dizendo, vê-se que se está falando do velho problema do direito natural, que Aristóteles, num âmbito acadêmico muito mais tolerante, pôde examinar sem nenhuma restrição.

Numa ostensiva mostra de rigor, nosso interlocutor chega a confessar, sem nenhuma dissimulação, o seguinte: sem uma concepção do que é a sociedade e a pessoa, os princípios da razão prática careceriam de sentido (portanto, sem uma concepção acerca do que é a pessoa humana e, em conseqüência, de como deve ser a sociedade pela razão prática, não há possibilidade de uma sociedade

funcionar), e ele chega, inclusive, a admitir que uma concepção da justiça para uma sociedade democrática pressupõe uma teoria da natureza humana. No fundo, está nos dizendo que o termo "direito natural" é um termo tão proibido quanto imprescindível. No momento decisivo, se não houver algo na natureza humana de onde brotem exigências jurídicas, dificilmente poderemos avançar muito no âmbito da proteção dos direitos humanos. Outra coisa, portanto, é que, por temor ao academicamente correto, evitemos determinados termos. Mas a realidade está aí e não faz muito sentido ignorá-la.

Estes princípios de justiça, como já dissemos, vão estar em condições de manter sob controle os imperativos de oportunidade ou de eficácia, próprios das políticas conjunturais. Dizer que as liberdades básicas são inalienáveis é o mesmo que dizer que qualquer acordo entre os cidadãos que implique a renúncia de uma liberdade básica, ou a violação de uma delas, por racional e voluntário que seja, é um acordo vazio *ab initio*.

Devo fazer um esclarecimento importante, partindo do que ocorre na Espanha. Em meu país, é bastante difundida a tese segundo a qual democracia significa que nada é verdade nem mentira e que é preciso fazer o que a maioria disser. É como a história daquele senhor que furou a fila e ao ser questionado disse: "Estamos numa democracia, aqui podemos fazer o que quisermos". Quer dizer, essa idéia de que a democracia significa relativismo e, portanto, que nada é verdade nem mentira, é claramente defendida por muitos. Na verdade, porém, democracia significa que nenhuma maioria pode justificar a violência contra uma liberdade básica, contra um direito fundamental. E, de fato, nas constituições (pelo menos na Constituição espanhola, que agora comemoraremos também) fica claro que se o Congresso de Deputados, ao qual pertence, e o Senado, inclusive, unanimemente assinarem uma lei que torna vulnerável o conteúdo essencial (observem, trata-se de uma fórmula concretizada em um artigo da lei maior; e que metafísica notável na idéia de conteúdo essencial!) de um direito fundamental, essa lei é nula, e será, desse modo, anulada pelo Tribunal Constitucional.

Muito bem, deparamo-nos, portanto, com o fato de que a primazia da liberdade, na prática, implica que uma liberdade básica somente pode ser limitada ou negada por outra liberdade básica e nunca por razões de bem público. Temos aí, diríamos, uma espécie de núcleo forte do que é o humano, que, inclusive, se impõe ao critério das maiorias. Direitos morais, como vemos, se cruzam e se entrecruzam na hora de falarmos sobre direitos humanos. Claro que nem toda exigência moral poderá ser convertida (nem deve ser) em direito, mas sempre que se propõe uma exigência jurídica de certa solidez, a resposta, seja ela qual for, positiva ou negativa, terá sempre um fundo moral. Não há espaço para a neutralidade. Na hora de se perguntar se se respeitará ou não uma liberdade básica, qualquer resposta que se dê é sempre uma resposta moral e implica sempre em razões morais de especial força.

O direito, portanto, não será menos jurídico por contar com esse fundo moral; ao contrário, será muito mais jurídico na medida em que conte com ele, até

ao ponto em que o adequado reconhecimento (e para isso serve, precisamente, a concretização constitucional) situará essas liberdades básicas, esses direitos fundamentais, à margem da agenda política. Determinadas questões deixarão de ser questões disponíveis para aqueles que protagonizam o debate político. Quando determinados assuntos são eliminados da agenda política deixam de ser considerados como objeto de decisão política sujeita à regra da maioria. A maioria não tem nada a dizer sobre essas questões porque, se a maioria decidisse vulnerar algumas dessas liberdades, estaríamos diante de uma ditadura da maioria e teríamos saído da democracia. Por exemplo, é o que se produziria com relação à liberdade de consciência, à recusa da escravidão e da servidão. Isso significa que as liberdades básicas são realidades que se consideram razoavelmente assentadas e completamente estabelecidas de uma vez por todas. Em uma sociedade democrática, portanto, existem alguns elementos que se consideram indiscutíveis e que, como consequência, são deixados à margem de qualquer possível discussão e não estão submetidos aos princípios da maioria.

Claro, isso desmente algumas afirmações que com freqüência são feitas, segundo as quais o âmbito público – volto a insistir nisso – seria o âmbito da neutralidade, o âmbito do meramente procedimental. Estão muito em moda as éticas procedimentalistas e alguns nos sugerem que isso ajudaria a solucionar muitas dessas questões. O âmbito da coisa pública seria meramente procedimental e seria na intimidade da coisa privada onde cada um jogaria com valores materiais de maior consistência, o que levaria a estabelecer, por exemplo, que, no âmbito da coisa pública, o princípio procedimental das maiorias seria o elemento decisivo por cima de qualquer condicionamento.

Na hora da verdade, lembraremos que essa tese não é realmente admissível. O autor que vem dialogando conosco em *off* nos dirá que a justiça não é neutra procedimentalmente. Seus princípios de justiça, obviamente, são substantivos e, portanto, ele os preza muito mais do que os valores procedimentais. Sua proposta, ele nos diz, busca uma base comum que é a própria concepção política enquanto foco de um consenso entrecruzado. Consenso que não é um consenso factual, mas um consenso baseado em argumentos válidos para todos; uma proposta, portanto, transcendental, kantiana (não entrarei muito mais nesse assunto, a menos que depois me animem nas perguntas a fazê-lo). Essa base comum, assim definida, não é uma base procedimental, neutra; quer dizer, também não é possível pensar que tudo seja resolvido com uma alusão à neutralidade procedimental. Temos que reconhecer que esse núcleo do humano (que vai estar excluído do princípio das maiorias, e que vai ser a chave de uma sociedade democrática) deverá ser constituído e teremos que abordar a dura questão de onde encontraremos os fundamentos para esse núcleo ético. E, normalmente, existem uns elementos que vão entrar em jogo em seguida e que são defendidos na proposta de John Rawls: a velha tradição anglo-saxônica identifica alguns poucos direitos de liberdade, mas muito defendidos, que são entendidos como blindagens contra o Estado, em favor do indivíduo. Há alguns dias, nos cursos de verão da Universidade Complutense de Madri, tive a oportunidade de intervir em uma mesa redonda sobre a defesa da intimidade contra o assédio informático.

Pois muito bem, entende-se hoje que existe uma esfera da intimidade pessoal que deve ser defendida, inclusive na hora de se recolher dados para colocarmos em arquivos públicos. Direitos desse gênero foram entendidos como blindagens, como defesas com respeito aos outros e especialmente com respeito a esse "outro", por antonomásia, que é o Estado. Porém, temos outros direitos, como os direitos econômicos, sociais e culturais. Por exemplo: agora eu estou preparando um livro sobre discriminação por razões de sexo. Não é o mesmo se limitar a dizer que nenhum espanhol deve ser discriminado por sexo (o que quer dizer que fica excluída toda possibilidade de discriminação da mulher, por exemplo) do que dizer, como outro artigo da Constituição espanhola, que os poderes públicos têm que promover condições e eliminar obstáculos, para que a liberdade e a igualdade dos indivíduos e dos grupos sejam reais e efetivas. Isso significa que é preciso se dispor, mediante ações positivas, a erradicar desigualdades que têm uma enorme tradição. E, às vezes, erradicá-las inclusive contra a vontade da própria vítima, que se considera beneficiada por umas medidas supostamente protetoras que, no entanto, o que fazem é manter a sua discriminação.

Curiosamente, John Rawls dará um tratamento muito diferente às chamadas liberdades básicas (que, no fim das contas, se identificam com direitos civis e políticos) e aos direitos econômicos, sociais e culturais. E não somente pela diversa operatividade de ambos os tipos de direitos (o que seria perfeitamente explicável).

Esses direitos, que podem ser estabelecidos como defesas da intimidade com respeito ao Estado, são muito fáceis de serem identificados negativamente quando se produziu uma intromissão. É muito fácil dar uma opinião abalizada quando se produziu uma invasão de residência, quando alguém entrou no meu domicílio. Entretanto, quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais, como têm um horizonte progressivo de satisfação e duvidosamente limitado, já não se pode estabelecer com tanta facilidade quando é que foram infringidos, porque eles são mais do que direitos infringidos, são direitos insatisfeitos. É diferente determinar quando se deu a violação de um direito civil ou político e quando o nível de insatisfação de um desses outros direitos (pensemos na educação, por exemplo) atingiu um estado que possa ser realmente considerado como desumano (uma situação de analfabetismo, por exemplo).

Para John Rawls, os direitos econômicos e sociais vão ocupar um segundo plano, não somente por razões operativas, mas também porque ele entende (dentro da sua teoria da justiça) que, no momento decisivo, terão uma característica secundária. Ele tinha estabelecido o conhecido princípio da diferença, segundo o qual uma desigualdade de tratamento só seria legítima na medida em que beneficiasse os menos dotados. Portanto, caberia tratar desigualmente alguém mais inteligente sempre que o resultado desse tratamento desigual fosse mais favorável aos menos inteligentes.

Para ele, esse princípio da diferença ou o princípio de igualdade de oportunidades não são essências constitucionais, são, logicamente, exigências de justiça, mas não considera que sejam essências constitucionais, como acontece com

as liberdades básicas. E, portanto, não se pode apelar ao princípio da diferença a menos que apareça como orientação em uma lei. Isso quer dizer que, nesse caso, estaríamos diante de exortações morais. Faltaria, portanto, uma intervenção do legislador para que ele reivindique como suas as exigências do princípio da diferença e as coloque em uma lei. A ação positiva vai se converter em algo que fica um pouco na contingência do legislador, ou do juiz, mas não em algo claramente exigível, como os direitos civis e políticos aos quais me referia.

Tenho que ir terminando, porque faltam já poucos minutos desse espaço que carinhosamente me confiaram. Devo, portanto, chegar não a uma conclusão, porque isso está proibido pela filosofia, mas sim, pelo menos, ordenar um pouco todas essas reflexões e tentar extrair alguma "lição de moral", se me permitem a expressão.

A primeira seria que, se quisermos lutar pelo humano, será preciso retomar, confessadamente ou não, algumas explicações antropológicas determinadas. Temos que entrar num acordo sobre o que é o humano e temos que admitir, sem nos envergonharmos, que existe a natureza humana, que é cognoscível, embora isso, evidentemente, seja um grande desafio num momento como o atual (de pensamento fraco e de alergias à metafísica), mas certamente, se nos limitarmos ao "físico", faremos muito pouco em favor dos direitos humanos, salvo dizer que ganhará o mais forte. Se mostrarmos e tentarmos argumentar com essas explicações antropológicas, poderemos, razoavelmente, tentar discutir sobre elas e chegar a alguma conclusão.

E aqui é onde é preciso encontrar a solução para o famoso problema do multiculturalismo. Se adotarmos uma proposta relativista do multiculturalismo, estaremos absolutamente condenados a abandonar os direitos humanos, porque se nada é verdade ou mentira, se não existe nada que possa ser exigido como "humano", isso quer dizer que cada um vai se organizar a seu bel-prazer e a mutilação feminina em países africanos será um modo de entender a vida, tão legítimo como outro qualquer, e os europeus, bem como os americanos, não teremos nenhuma razão para dizer que se trata de uma prática desumana, que deve, portanto, ser rejeitada. Se, do contrário, considerarmos que as culturas são apenas expressões culturais, históricas, de uma natureza humana comum, então, poderemos admitir estar abertos a uma diversidade enriquecedora, mas, ao mesmo tempo, estabelecer com clareza a fronteira do intolerável, e esclarecer com limpidez aquilo que mesmo um tribunal internacional estará em condições de exigir e de condenar, sejam quais forem as propostas culturais ou políticas que possam guiar essas culturas.

Se não admitirmos isso, o que acabaremos fazendo, muito provavelmente, será impor monoculturalmente como não razoável *ab initio* qualquer proposta que não coincida com a pessoal. Nesse sentido, John Rawls, com o pragmatismo típico do seu ambiente cultural, nos diz que o problema de garantir o valor equitativo das liberdades políticas tem a mesma importância (ou uma importância maior) que a de assegurar que os mercados sejam viavelmente competitivos. Vê-se, portanto, que para muitos, isso é de uma notabilíssima importância.

Tenho que pôr fim à evocação dos cinquenta anos da celebração de uns direitos universalmente declarados e, por todas as partes, pendentes de efetiva positivização. Estou certo de que a nobre atenção dos senhores terá captado as minhas imperfeições, mas estou convencido de que não irei embora sem ter obtido o que pretendia. Em primeiro lugar pela reflexão que fui obrigado a realizar, e agora pelo colóquio que eu gostaria muito de poder estabelecer com os senhores.

Para terminar, recordarei outra frase de Antonio Machado, que procuro aplicar continuamente a mim mesmo: "Esta é a escala gradual do nosso entendimento: primeiro, entender as coisas ou achar que as entendemos; segundo, entendê-las bem; terceiro, entendê-las melhor; quarto, entender que não existe maneira de entendê-las sem melhorar nossos entendimentos. Quando conseguirem entender isso, estarão em condições de entender algo, ou seja, nos umbrais da Filosofia".