

© 1998 Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt.

Título original: PHILOSOPHIE DER MENSCHENRECHTE
Grundlagen eines weltweiten Freiheitsethos
1999 Direitos exclusivos de publicação em língua portuguesa, no Brasil, para
Editora da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Editora UNISINOS.

SOBRE O AUTOR: Heiner Bielefeldt, nascido em 1958, tem formação em Filosofia, Teologia Católica e História, sendo doutor em Filosofia. Atuou como docente e pesquisador na Universidade de Toronto, desenvolvendo hoje atividades nas faculdades de Direito de Mannheim e Heidelberg. Conta diversos trabalhos publicados na área de Filosofia Política.

B587f Bielefeldt, Heiner
Filosofia dos direitos humanos / Heiner Bielefeldt; tradução de
Dankwart Bernsmüller. – São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2000.
272p. (Focus, 4)
ISBN 85-7431-052-2 CDU 342.7
1. Direitos humanos. 2. Direitos humanos – Pluralismo cultural. 3.
Direitos humanos – Modernidade. 4. Direitos humanos – Religião. I.
Bernsmüller, Dankwart. II. Título. III. Série.

Revisão Técnica
Benno Dischinger

Editoração eletrônica: Paula Carvalho
Revisão: Janaína Pimenta Lemos e Renato Deitos
Capa: AGEXPP da UNISINOS
1ª reimpressão: Gráfica da UNISINOS, inverno de 2002

A reprodução integral ou parcial, por qualquer meio,
das páginas que compõem este livro, sem autorização do editor,
é ilícita e se constitui numa contrafação. Foi feito o depósito legal.

Direitos reservados à
Editora da Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Av. UNISINOS, 950 - 93022-000 - São Leopoldo, RS, Brasil
Tel.: 51.590.8239 - Fax: 51.590.8238
e-mail: editora@luna.unisinos.br

IV. DIFERENCIAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

1. Na história não há início *definido*

É inútil procurar por uma *certidão histórica do surgimento* da constituição jurídica, segundo Kant. Ainda conforme ele, pesquisar esse assunto com o intuito de querer alterar à força a conjuntura jurídica seria até passível de uma pena (MS, AA VI, p. 339 e seg.). Esse veredicto somente faz sentido se não for dirigido contra a pesquisa histórica, mas sim, se for entendido como advertência contra a ilusão de que se possa encontrar uma origem *exata* da conjuntura jurídica em algum momento dentro da história. O processo de realização jurídica desconhece uma *hora zero* na qual seres humanos, subitamente, tivessem decidido adotar uma mentalidade jurídica, a fim de propiciar uma ordem jurídica. Quem procurar tal origem, livre de ambivalências, nunca atingirá seu objetivo e, possivelmente, ficará frustrado. E aquele que, tendo em vista as muitas ambivalências na história jurídica, decidisse adotar uma renovação revolucionária da ordem jurídica, provavelmente destruiria mais que construiria. O respeito imposto ao Direito, conforme Kant, não pode sustentar-se em figuras históricas e seus feitos, pois a história humana, como todas as ações humanas, sempre está permeada de contradições. Somente de forma indireta – e isso como representação histórico-contingencial da idéia jurídica – documentos históricos podem ser considerados fontes jurídicas corretas que, no entanto, sempre devem ser

consideradas *críticas*, em razão da consciente e permanente diferença entre idéia e história.

Isso vale também para a história dos direitos humanos e seus documentos de fundação, desde o *Virginia Bill of Rights*, de 1776, até a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, das Nações Unidas, de 1948. Esses e outros documentos mantêm sua importância como pontos de referência histórica dentro de um discurso sobre direitos humanos que, sem esses momentos, ficaria solto e sem sentido. Como ao pensamento sobre os direitos humanos é inerente uma tendência de inclusão de pretensões jurídicas concretas dentro de constituições e acordos internacionais, o debate não pode nunca distanciar-se dos textos e das instituições jurídicas. Mesmo assim, aos documentos de fundação dos direitos humanos somente pode ser atribuído respeito crítico que, tendo em vista o universalismo desses direitos, chama a atenção para as injustiças que, em importantes declarações de direitos, são omitidas ou até justificadas. A história da concretização dos direitos humanos é, portanto, desde o início, não apenas um processo de sucessivas tentativas de legalização de reivindicações por liberdade, igualdade e participação, mas, sempre também, uma história do *protesto* contra a unilateralidade na positivização de normas referentes aos direitos humanos que, através de novas normas jurídicas, criaram novas injustiças ou fixaram antigas.

Um dos maiores escândalos que macularam a idéia dos direitos humanos desde o início foi a continuidade da escravidão nos Estados Unidos. Muitos dos *founding fathers* americanos – entre eles Thomas Jefferson, James Madison e George Washington – possuíam escravos (cf. Griswold 1991, p. 146). E o caráter de injustiça da escravidão não podia ser contestado. Já no ano de 1688, o *quaker* Franz Daniel Pastorius, fundador da colônia *Ger-mantown* na Pensilvânia, protestava publicamente contra a manutenção de escravos, dizendo tratar-se de uma violação contra o mandamento cristão de igualdade (cf. Brecht 1977, p. 86 e seg.). Thomas Paine, oriundo de família *quaker* inglesa, também pertence ao grupo dos primeiros abolicionistas, tendo se empenhado pela extinção da escravidão mesmo antes da independên-

cia americana (cf. Kramnick 1982, p. 28). Paradoxalmente, também Jefferson via-se como contrário à escravidão, que ele qualificava de *infamous practice* e como explícita contradição aos *rights of human nature* (cit. cf. Griswold 1991, p. 190, nota de rodapé n.º 110). Em sua autobiografia escreve que na primeira minuta da declaração de independência arrolara o tráfico de escravos inglês como argumento moral para justificar a dissolução dos laços políticos com a pátria-mãe (cf. Griswold 1991, p. 190, nota de rodapé n.º 110). O fato de o autor daquela famosa confissão de que o criador tenha conferido inalienáveis direitos e universal igualdade a todos os humanos, ao mesmo tempo tenha mantido até o final de sua vida numerosos escravos, é flagrante contradição que até hoje contribui para expor a aplicação de direitos humanos à suspeita de hipocrisia.¹

Por outro lado, o rol de direitos humanos oriundos da Revolução Americana contribuiu para a superação da escravidão, mesmo que contrariamente à vontade de alguns de seus autores. Assim, em 1783, a escravidão foi extinta em Massachusetts, como consequência de um procedimento jurídico no qual se havia constatado que a escravidão não se coadunava com o *Bill of Rights* desse Estado (cf. Stourzh 1987, p. 87). De acordo com Gerald Stourzh, o *Caso Quok Walker* de 1783 constitui comprovante histórico de que normas referentes a direitos humanos na América emanavam de decisões jurídicas que auxiliaram a superar situações políticas e sociais injustas (cf. ob. cit.).

Outro ponto crítico central no contexto dos primeiros documentos referentes a direitos humanos é o direito censitário dos primórdios do liberalismo. No entanto, o caráter de injustiça deste caso é menos determinável que no da escravidão, uma vez que os liberais de meados do século XIX ainda mantinham a expectativa de que, com a extinção da tradicional restrição corporativa, cada um pudesse alcançar nível de independência econômica

1 Griswold tenta esclarecer essa contradição através da filosofia epicúrica de Jefferson, de acordo com a qual, a imperfeição do mundo exige acordos às custas de imposições morais. Por medo de uma guerra entre brancos e negros, Jefferson teria abdicado de sua convicção moral da necessidade de libertação dos escravos (cf. 1991, p. 194 e ss.).

através do trabalho.² Além disso – sob a premissa da votação aberta, isto é, não secreta –, a relação entre independência socioeconômica e política era reconhecida, o que levava os contemporâneos a vincular o direito a voto a critérios de independência econômica, para o bem da liberdade política – e não apenas por interesses políticos burgueses. Como Dieter Grimm acentua, “a propriedade ainda não era sobrecarregada com a hipoteca da era industrial. Depois que os impedimentos para o desenvolvimento individual oriundos da ordem hierárquica feudal começaram a afrouxar, ainda havia esperança de que todo aquele que se empenhasse no trabalho poderia adquirir propriedade, sendo esta, portanto, fiadora para o empenho. Somente depois de se perder essa expectativa, o direito a voto adquiriu definitivamente o caráter de classe” (Grimm 1988, p. 129).

O direito censitário não era unanimidade nos primórdios do liberalismo. Somente com pequena maioria e contra muitos protestos – especialmente da parte de Robespierre e seus seguidores – ele foi adotado na primeira fase da Revolução Francesa (cf. Schulin 1988, p. 95 e seg.). Também Kant, que explicitamente defendia a associação do direito ao voto à independência econômica, tem dificuldade em fundamentá-la. Por motivo da jocosa tentativa de ilustrar a diferença entre a ocupação dependente e a independência com os exemplos do cabeleireiro empregado e do fabricante de perucas que as vende como autônomo, Kant concede abertamente que é “um pouco difícil definir as exigências para atingir a posição de uma pessoa que é seu próprio patrão e poder, então, fazer exigências” (Julgamento popular, AA VIII, p. 295, nota ao rodapé).

Depois de o desenvolvimento econômico, decorrente da revolução industrial, não ter trazido a esperada disseminação da independência financeira, mas ter, pelo contrário, levado largas camadas populacionais à miséria, o efeito discriminatório do direito censitário tornou-se cada vez mais evidente. Os revolucionários de 1848 passaram a exigir não apenas o direito geral e igual de todos os homens, mas também – e, especialmente na França –

2 Langewiesche (1988, p. 7 e outras) destaca o caráter social do liberalismo original, não apenas o econômico.

direitos sociais, formulados dentro do contexto de liberdade política e socioeconômica dos primórdios do liberalismo. Para que as liberdades civis e políticas não ficassem apenas como postulados abstratos que não teriam efeito dentro da realidade social, desejou-se que, através da distribuição social e econômica, também o *valor da liberdade* (Rawls 1975) fosse assegurado a todos. Na Constituição francesa de 1848 espelham-se, pela primeira vez, as injustiças jurídicas estruturais dos primórdios da industrialização, contra as quais agora toda a sociedade deveria agir através de medidas solidárias. Nesse sentido, o artigo 13 afirma: “A constituição garante aos cidadãos a liberdade ao trabalho e à atividade econômica. A sociedade favorece e estimula o desenvolvimento do trabalho através do ensino elementar gratuito, da formação profissional, da igualdade de relacionamento entre empregador e empregado, das instituições de assistência social e do crédito, das instituições pastorais, de sociedades voluntárias e instituições públicas, estados e municípios, de ocupações públicas adequadas aos desempregados; ampara crianças abandonadas, bem como doentes e idosos desprovidos de bens e que não conseguem prover suas famílias” (cit. cf. Heidemeyer, coord., 1982, p. 74 e seg.).

Estavam excluídos do direito a voto das constituições dos primórdios do liberalismo não apenas os desprovidos de bens, como também as mulheres. Poucos pioneiros defensores dos direitos humanos pensaram na imposição desses direitos para as mulheres, baseados no princípio da igualdade e da relação entre os gêneros, apesar de ter havido várias mulheres muito ativas desde o início e que tiveram atuação relevante na Revolução Francesa (cf. Stübig 1990). Já o famoso lema revolucionário, *Liberdade, Igualdade, Fraternidade*, oferece indício de que apenas o homem poderia ser sujeito da autodeterminação republicana e da liberdade jurídica, de acordo com a mentalidade então reinante. A abreviação sexista dentro da *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, de 1789, foi desmascarada como injusta pelo jovem movimento feminista da época revolucionária, sendo, em 1791, confrontada pela *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne*, redigida por Olympe de Gouges, na qual a auto-

ra exigia direitos iguais para homens e mulheres, dando, assim, enorme destaque à universalização dos direitos humanos.³ Mas essa tentativa não logrou êxito inicial. Muito pelo contrário: a *moderada* declaração pós-jacobina de 1795 orienta-se ainda mais nos homens, quando, no artigo 14, fala das obrigações civis: "Ninguém é bom cidadão se não for bom filho, bom pai, bom irmão, bom amigo, bom esposo" (cit. cf. Heidemeyer, coord., 1982, p. 71).

Também na discussão filosófica durante o Iluminismo, anterior ou concomitante à Revolução, a relação entre os gêneros tinha pouca importância. Por um século, Cordorcet permaneceu como exceção com sua pergunta formulada durante a primeira fase da Revolução: "Por que um grupo de pessoas, que pode engravidar e, temporariamente, sentir-se mal, não pode exercer direitos que nunca seriam negados àqueles que, a cada inverno, sofrem de gota e que facilmente sofrem de resfriado?" (cit. cf. Schröder, coord., 1979, p. 56). Mesmo Kant partia do princípio de que as mulheres somente poderiam exercer direitos civis passivos, mas nunca ativos, por motivos *naturais*.⁴

Somente um século e meio após a primeira declaração de direitos humanos logrou-se alcançar a igualdade dos direitos civis de mulheres e homens: na Inglaterra e na Alemanha, após a Primeira Guerra Mundial; na França, Bélgica e Itália, somente após a Segunda (cf. Stein 1988, p. 80). Ainda mais difícil foi a luta pela igualdade de direitos civis e jurídicos, isto é, pela emancipação da mulher nos sensíveis campos do direito matrimonial e de família. A crítica jurídica feminista tem destacado ultimamente que a fixação da legislação dogmática sobre a diferenciação liberal entre público e privado teve por efeito as discriminatórias dependências

3 A declaração de Olympe de Gouges encontra-se publicada como contraponto à declaração oficial dos direitos humanos de 1789 no anexo ao estudo de Ute Gerhard 1990; cf. também comentário a ela na mesma publicação, p. 49 e ss.

4 Cf. Julgamento popular AA VIII, p. 295: "A qualidade necessária para exercê-lo [o direito civil a voto], além das *naturais* (isto é, não ser criança nem mulher), é única: que ele seja *seu próprio patrão* (*sui iuris*)..." Sobre críticas à exclusão das mulheres do universalismo dos direitos humanos em Kant, vide Kleingeld 1995, p. 32 e ss.

na, assim chamada, área privada que atingia especialmente aquelas mulheres que se esquivam sistematicamente de reivindicar seus direitos emancipatórios (cf. Pauer-Studer, p. 55 e ss.). Na Alemanha, no final do século XIX, mais uma vez a preponderância do homem no casamento foi reforçada quando da aprovação do Código Civil, sob intenso protesto de associações jurídicas femininas. Somente a partir de 1950 essa preponderância em assuntos de família foi gradativamente superada (cf. Gerhard 1990, p. 142 e ss.).

2. Os direitos humanos no decorrer da história

Um olhar sobre o desenvolvimento dos últimos duzentos anos demonstra que direitos humanos são direitos históricos e isso em sentido duplo. De um lado, não podem desfazer a contingência da história humana, mesmo quando remetem ao *incondicional*, ou seja, à intocável e irrenunciável dignidade humana. Como direitos históricos, estão condicionados e, conseqüentemente, expostos de muitas maneiras à crítica. Por outro lado, conteúdo e alvo de cada direito humano alteram-se através dessa crítica, como também pelas alterações sociais, econômicas e políticas. A causa do surgimento de novas reivindicações no campo desses direitos é múltipla:

a) Novas e diferentes formas de repressão e discriminação tornam necessária a diferenciação da proteção aos direitos humanos. Assim, por exemplo, a tutela estatal das universidades como conseqüência das *Resoluções de Karlsberg* da Aliança Alemã de 1819 encontraram eco na constituição de 1849 através da liberdade de pesquisa e docência que ainda não constava nas regulamentações do século XVIII e princípio do XIX (cf. Heidemeyer, coord., 1982, p. 81). Também direitos culturais de minorias estão contemplados naquela constituição pela primeira vez.⁵ Exemplo

5 O artigo XIII, parágrafo 188 diz: "Aos grupos que não falam alemão dentro da Alemanha garante-se igual desenvolvimento, especificamente no direito de uso da língua, bem como nas áreas por ela abrangidas, tais como igreja, escola, administração interna e jurisprudência" (cit. cf. Heidemeyer, coord., 1982, p. 86).

mais recente para o desenvolvimento da proteção jurídica contra a repressão estatal (e não-estatal) seria a *autodeterminação da informação*⁶ que, no limiar da abrangente expansão da sociedade de informação, tornou-se assunto fundamental quando se fala de liberdade.

b) Profundas alterações socioeconômicas das condições de vida podem trazer novas formas de ameaça à vida condigna que devem ser suplantadas através de mecanismos jurídicos e políticos e que podem ter, como conseqüência, o deslocamento do foco em assuntos ligados aos direitos humanos. Exemplo disso são os direitos sociais e econômicos que surgiram em decorrência da revolução industrial, principalmente em meados do século XIX. Nessa época, definiu-se e delimitou-se a validade do direito à propriedade, que hoje ninguém definiria melhor que o artigo 17 da declaração de direitos humanos da Revolução Francesa de 1789, ou seja, "direito sagrado e inviolável" (Heidelmeyer, coord., 1982, p. 62). Enquanto o conceito de propriedade na teoria dos primórdios do liberalismo – e de forma paradigmática em Locke – era título que abrangia todas as liberdades pessoais, hoje a reivindicação por liberdades individuais também é arrolada em outros títulos como, por exemplo, naquele que se refere à proteção da moradia privada ou do direito à autodeterminação da informação. O direito à participação na sociedade econômica, já exigido no século XVIII no âmbito dos direitos de propriedade, permanece até hoje em debate, sobretudo no âmbito do direito ao trabalho (cf. Ryffel/Schwartländer, coord., 1983).

c) A crítica universalista aos direitos humanos também manifesta conseqüências na estrutura desses direitos como, por exemplo, no protesto contra a unilateralidade das listas de direi-

6 Essa expressão foi utilizada pela Corte Constitucional, em 1983, cf. BVerfGE 65, 1 e ss..

tos apresentadas por socialistas⁷, feministas e outros movimentos emancipacionistas.

d) Finalmente, também o processo de crescente globalização leva a alterações no debate referente aos direitos humanos. Assim, desde a década de 1970, o debate norte-sul desencadeia a reivindicação pelo direito ao desenvolvimento que, após anos de disputa, foi incluído em uma declaração da Assembléia Geral das Nações Unidas, em dezembro de 1986 (cf. Mbaya/Palm-Risse 1986). Concomitantemente, os movimentos internacionais de proteção a refugiados exigem revisão do direito a asilo que, na *Declaração Universal* de 1948, somente é mencionado de forma pouco clara⁸, como *direito emergencial para proteção ao direito básico de ter direitos* (Reuter 1996, p. 224), mas que nas atuais condições da globalização necessita ter predicados de direito humano.

Considerando as múltiplas alterações a que os direitos humanos estão expostos desde as primeiras declarações do final do século XVIII, supomos que nunca haverá um rol completo e imutável de direitos. A luta pelos direitos não é apenas uma luta pela concretização de postulados que se fixem para sempre, mas também uma discussão sobre o conteúdo e alvo de reivindicações jurídicas concretas, que se alteraram substancialmente no decorrer dos últimos duzentos anos e que, certamente, ainda muito se alterarão no futuro. Nisso reside o perigo de que muitas percepções e

7 O papel do marxismo é ambivalente nesse contexto. De um lado, Marx, com razão, chamava a atenção para o estreitamento das declarações de direitos humanos civis. Por outro lado, o esquema marxista de sobreposição não dá espaço categorial para a relativa independência do direito. Além disso, a filosofia histórica marxista tende a igualar a universalização da emancipação humana com grupos particulares – em especial o proletariado que, com base em seu papel histórico, deveria vir a representar no futuro a humanidade toda –, *extinguindo* a crítica potencial do universalismo normativo. (cf. a lúcida crítica de Eduard Bernstein (1969, em especial, p. 32 e ss., p. 47 e ss., 156 e ss.).

8 O artigo 14 da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* menciona apenas o direito de alguém *procurar* asilo, desde que algum país se disponha a assegurá-lo, mas não institui o asilo como um direito reivindicável. Nas convenções (de obrigatoriedade jurídica) daquela época das Nações Unidas, esse direito sequer é mencionado (cf. Kimminich 1983).

conquistas possam vir a ser perdidas. Mas esse perigo não pode ser combatido pela dogmatização de certos documentos históricos, pois os direitos humanos somente desenvolvem e adquirem legitimidade através do debate público de opiniões divergentes, não havendo forma de suprimir esse risco. Tanto mais importante torna-se assegurar de forma crítica a reivindicação normativa dos direitos humanos, a fim de que eles não se percam numa retórica difusa e passem a ser mera lista de abrangentes e facultativas intenções, aplicáveis arbitrariamente ao sabor do desejo de cada um.

3. Liberdade, igualdade, solidariedade

O perfil normativo dos direitos humanos compõe-se da reivindicação por universalidade e sua tendência a tornar suas metas jurídicas, como estabelecido no artigo 1.º da *Declaração Universal* de 1948, onde diz textualmente: "Todos os seres humanos são livres e nascidos com igualdade de dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem relacionar-se com os outros em espírito de fraternidade" (cit. cf. Tomuschat, coord., 1992).

A isso liga-se o lema da revolução de 1789 – Liberdade, Igualdade, Fraternidade – e a isso sempre de novo se retorna quando se deseja dar conteúdo aos direitos humanos. O terceiro elemento, a *fraternidade*, deveria hoje ser substituído por *solidariedade*. Por vezes, também surgem formulações como *partilha*, *participação* ou *co-determinação*.⁹

Se usarmos a tríade liberdade, igualdade e solidariedade para a estruturação dos direitos humanos, imediatamente surge a questão de que se estão definindo três tipos diversos de direitos. Essa noção encontra-se, por exemplo, nos documentos de traba-

9 Vide Huber/Tödt 1977, p. 80 e ss.; Schwartländer 1981c. Em contrapartida, Brieskorn destaca o aspecto dos *direitos fundamentais*, chamando a atenção para o fato de que não apenas a partilha de uma sociedade existente, mas também sua constituição estão sob vigência dos direitos humanos (1997, p. 18).

lho da Conferência sobre Direitos Humanos da Federação Luterana Mundial, de Genebra, onde se constata haver três distintos *types of rights*, o direito à liberdade, à igualdade e à participação (cf. Lutheran World Federation 1977, p. 12). De 1970 em diante, durante os anos de distensão na confrontação entre os blocos de países ocidentais e orientais europeus, era comum atribuir-se primazia a um desses diferentes tipos de direitos a cada bloco. Ao bloco *ocidental* atribuía-se maior preocupação pelos direitos liberais à liberdade, enquanto que o *oriental* propunha a concretização dos direitos sociais de igualdade. Com vistas à luta dos países do *sul* por uma nova ordem econômica mundial e uma partilha mais justa da herança conjunta da humanidade, conceitos como solidariedade também receberam conotação geográfica. Tal conotação expressa-se, por exemplo, na declaração da conferência sobre direitos humanos da Federação Luterana Mundial, realizada em Dar-es-Salam, em 1977, que diz textualmente: "Sabemos que nos diferentes sistemas sociais apenas alguns direitos humanos são observados, enquanto outros são descuidados. Nos países industrializados do Ocidente, por exemplo, os direitos individuais de liberdade merecem especial destaque, enquanto que nos países orientais europeus, os direitos sociais básicos têm a primazia" (cit. cf. Lissner/Sovik, coord., 1978, p. 56).

Apesar de a declaração de Dar-es-Salam (como já a anterior declaração de Genebra da FLM) defender a unificação desses diferentes tipos de direitos¹⁰, permanece obscuro como se daria a interligação interna dos mesmos. Trata-se de relação de recíproca agregação, de forma que os direitos à liberdade, à igualdade e à solidariedade devam ser aditivamente combinados entre si? Os diversos tipos de direito corrigem-se mutuamente de forma a equilibrarem-se? No que consiste o parâmetro para determinar o equilíbrio ou a relação entre liberdade, igualdade e solidariedade e qual é o ponto de referência para determinar que se tenha atingido a *unidade indissolúvel* dos três elementos?

10 A conclusão da mencionada passagem diz: "Temos de persistir na afirmativa de que os direitos de proteção à liberdade, os direitos de igualdade e não-discriminação e os direitos de participação nos bens da sociedade essenciais à vida e de participação no poder político são indissociáveis".

Uma resposta poderia advir do exame do desenvolvimento histórico, no decorrer do qual atingiu-se gradativo equilíbrio entre os direitos à liberdade, à igualdade e à solidariedade, seja por crescente conscientização, seja por reconhecimento de injustiças praticadas. Utilizando-se a conhecida metáfora das três gerações de direitos humanos, poder-se-ia estar tentado a afirmar que a *primeira geração* definiu os direitos civis e políticos da liberdade no século XVIII. No decorrer do século XIX, a *segunda* alcançou os direitos sociais e econômicos da igualdade e que, no final do século XX, está em pauta a consecução dos direitos à solidariedade para a *terceira geração*. Outra possibilidade de entendimento sobre o assunto seria considerar uma figura humana normativa, da qual se depreenderia a tríade, liberdade, igualdade e solidariedade, com um sentido completo e complexo. No horizonte dessa interpretação os diversos elementos da tríade encontrariam sua unidade, recorrendo, portanto, a uma antropologia natural a eles inerente.

Winfried Brugger propôs uma integração das duas interpretações – o esquema de gerações histórico-filosóficas e a noção antropológica de conjuntura natural – em seu ensaio *Das Menschenbild der Menschenrechte* (A figura humana dos direitos humanos), de 1995. Em livre associação a formulações sobre a pessoa humana, feita pela Suprema Corte Constitucional alemã, ele define que o ser humano ideal, no qual as normas referentes a direitos deveriam embasar-se, seria aquele que tem “conduta de vida independente, consciente e responsável” (ob. cit., p. 126). De acordo com Brugger, há três elementos nessa formulação que são passíveis de analogia com a tríade: a *independência* remete à reivindicação liberal por liberdade, a *responsabilidade* representa a base antropológica da garantia social de igualdade dada pelo Estado e a *consciência* associa-se à solidariedade comunitária como concretização histórica do desenvolvimento cultural, segundo a visão comunitarista do autor. Ele reconhece como confirmação para sua formulação que sua figura humana possa ser considerada integradora das normas sobre direitos humanos pela seqüência histórica das três gerações em busca por direitos à liberdade, à igualdade e à solidariedade (cf. ob. cit., p. 130).

Pelo modelo de Brugger, a *independência* liberal, a *responsabilidade* social e a *consciência* comunitária são elementos mutuamente complementares de uma antropologia, em cujo horizonte têm *origem própria* e, como conseqüência, não deveriam ser confundidos. Liberdade, igualdade e solidariedade, ou suas respectivas formulações humanas, adquirem *status* de princípios independentes que, apesar de sua base antropológica comum, estão aditivamente lado a lado e, portanto, não somente se complementam, mas também se *relativizam* mutuamente. Para a política, isso traz enormes possibilidades discricionárias, o que Brugger considera uma grande qualidade para seu modelo.¹¹ Para compatibilizar uma ordem jurídica da política com a figura humana dos direitos humanos é necessário que se observem todos os aspectos: ela deve, simultaneamente, ser libertária, igualitária e solidária. Do ponto de vista dos direitos humanos somente seria ilegítima se ignorasse *completamente* um desses elementos, segundo Brugger (cf. ob. cit., p. 131). Mas, dessa forma, a figura humana perde quase totalmente sua função crítica nos direitos humanos, pois, exceção feita a alguns casos extremos de totalitarismo político ou do capitalismo de Manchester, poucos países há, que – pelo menos em parte – não tomem todos os elementos em consideração.

Enquanto Brugger com sua fórmula de figura humana restringe-se a, unilateralmente, repelir a realização (ou o desleixo) de determinadas dimensões de conteúdo antropológico e a insistir no equilíbrio e bom-senso, seu posicionamento assume contornos de uma variação moderna do aristotelismo político. Pela fórmula de Brugger, não se impõe a coerente realização de uma ordem libertária política e jurídica, mas sim a consolidação de uma ordem de valores orientada na figura humana do direito natural, na qual a liberdade, a igualdade e a solidariedade no senti-

11 Cf. ob. cit., p. 132 e seg.: “A *indeterminabilidade* associada ao modelo não pode ser considerada deficiência, mas sim vantagem: do ponto de vista normativo e metodológico, cada um dos elementos citados é princípio ou valor que pode ser determinante de uma direção ou de um peso no âmbito de um conteúdo central inerente que deve ser observado em cada interpretação”.

do hegeliano, são *guardadas*¹², perdendo, assim, sua potência de criticidade. O ponto forte da fórmula de Brugger consiste em que correntes sociais com diferentes tendências políticas podem ser ali acolhidas, o que, por outro lado, também demonstra ser uma fraqueza: os direitos humanos perdem sua função crítica se forem compatíveis com praticamente todas as formulações sociais, desde que a liberdade, a igualdade e a solidariedade sejam, de alguma forma, levadas em conta.

A liberdade, a igualdade e a solidariedade somente adquiram força crítica e sistemática se elas não forem apenas consideradas aditivas ou contrapontos entre si, mas se forem entendidas como momentos estruturais condicionantes de *um único* princípio dos direitos humanos. Exatamente esta é a chave da filosofia jurídica de Kant. Quando Kant considera que a liberdade “é o único e original direito que cabe a cada pessoa, dada a sua existência humana” (MS, AA VI, p. 237), ele igualmente refere-se à “liberdade inata” que já está fundamentada “no princípio da liberdade inata” (MS, AA VI, p. 237 e seg.). Isso exclui a possibilidade de se considerar a relação liberdade-igualdade como compensação entre uma liberdade antiigualitária e uma igualdade antiliberal. Uma liberdade antiigualitária nada mais seria que um privilégio e, conseqüentemente, o contrário de um direito humano inato. Por outro lado, uma igualdade antiliberal teria tendência uniformista e repressiva e entraria, também, em contradição aos direitos humanos. De acordo com Kant, liberdade e igualdade estão de tal forma unidas que elas se explicam reciprocamente: somente faz sentido um conceito de liberdade que *por princípio* busque a igualdade de direitos e, por correspondência, busque também a noção de direito humano embutida na igualdade que contém, *por princípio*, a máxima liberdade para todos. Portanto, em sentido estrito, a relação entre liberdade e igualdade não é a soma desta *mais* aquela – no que o *mais* representaria a necessidade de

12 Em esclarecedor ensaio, Herbert Schnädelbach demonstra a afinidade entre o neo-aristotelismo político e o hegelianismo conservador, sendo que este último possibilita intermediar o pensamento histórico com o ensinamento aristotélico da *fronesis* (cf. 1992 b, p. 219 e ss.).

um acordo de equilíbrio entre ambas – mas sim, de liberdade *como* igualdade, ou, ainda, de igualdade *na* liberdade.

Diferentemente das ordens de privilégio existentes, a liberdade não mais designa no horizonte do moderno pensamento sobre direitos humanos uma parte integrante de um todo. Mais do que isso, tornou-se um dos princípios constituintes da ordem política e jurídica que somente adquire legitimidade se considerada, coerentemente, uma ordem de liberdade. Ela somente encontra limite legítimo dentro da própria liberdade, isto é, na liberdade igual do outro ser humano. A igualdade não marca apenas um limite externo do outro, mas também um limite *interno* de liberdade política e jurídica – assumindo o papel, não de limite (negativo), mas de condição possível para maximização da ordem de liberdade política e jurídica. Se o princípio de liberdade pudesse assumir *radicalmente* este papel, a constituição concreta da ordem libertária também precisaria ocorrer com a mesma liberdade, portanto, com mesma autodeterminação política. Esse terceiro elemento que, na tríade da Revolução Francesa, era a *fraternidade*, é representada por Kant no problemático conceito de *independência* ou *autonomia* (cf. Schild 1981), no qual se reflete a união do direito a voto e da independência econômica dos primórdios do liberalismo.

Liberdade, igualdade e solidariedade formam uma fórmula estrutural que somente faz sentido se os três aspectos tiverem uma unidade interna. Os três componentes não estão apenas juntos aditivamente ou, até, em contraposição, mas esclarecem-se reciprocamente. Eles não estabelecem uma relação de recíproca complementação ou relativização, mas sim, uma relação de recíproco esclarecimento. No sentido dos direitos humanos, não pode haver liberdade sem igualdade; se assim não fosse, a liberdade seria apenas privilégio, não direito humano. A recíproca também é verdadeira: uma igualdade que não seja direcionada à liberdade não pode ser considerada princípio de direito humano, pois nesses direitos sempre importa o reconhecimento político e jurídico da autonomia responsável. Que a autonomia responsável, existente dentro do direito à liberdade igual para todos, não possa referir-se a indivíduos isolados, esclarece-se através do con-

ceito de solidariedade, que também engloba a responsabilidade comunitária por uma ordem libertária política com participação paritária.

A união interna dos três elementos seria dissolvida caso se quisesse distribuí-los a três grupos (ou *gerações*) diferentes de direitos (ou, ainda, atribuí-los, preferencialmente, a determinadas ideologias ou sistemas políticos). Também os chamados direitos liberais da *primeira geração* não são apenas direitos à liberdade, mas em conjunto também são direitos à igualdade e à solidariedade, pois liberdade religiosa ou de opinião não devem ser privilégio de uns poucos, mas direitos universais de todos que, como os direitos individuais, também possibilitam a livre associação (cf. adiante, cap. VI, 5). De forma semelhante, os direitos econômicos e sociais da *segunda geração* não têm por meta apenas a igualdade, mas são genuínos direitos à liberdade. Já Eduard Bernstein, há cem anos, acentuava isso do ponto de vista crítico-socialista, quando colocava a "educação e a garantia ao desenvolvimento da livre personalidade" no centro de uma política socialista, que levaria avante a herança do liberalismo nas novas condições advindas da sociedade industrializada (Bernstein 1969, p. 159). Também os direitos à solidariedade da *terceira geração*, como o direito ao desenvolvimento, somente se enquadram na continuidade dos movimentos por direitos humanos, se englobarem a aspiração universal por desenvolvimento na definição desse conceito, como ocorreu na Declaração das Nações Unidas sobre Direito ao Desenvolvimento, de 1986. No artigo 1.º, parágrafo 1.º, diz: "O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, de que todas as pessoas e todos os povos têm direito de participar, de contribuir e de usufruir de um desenvolvimento econômico, social, cultural e político no qual realizam-se plenamente todos os direitos humanos e todas as liberdades básicas" (cit. cf. Tomuschat, coord., 1992, p. 480).

4. Os direitos humanos como liberdades fundamentais

Se a tríade liberdade, igualdade e solidariedade deve ser entendida como fórmula estrutural de *todos* os direitos humanos

e, ainda, do moderno direito em geral, como é que se mantém a múltipla diferenciação específica de tantos direitos humanos? Perguntando de forma mais contundente: os direitos humanos não se dissolvem como consequência de uma genérica ordem libertária referente aos direitos humanos, na qual nem há necessidade de direitos especiais de proteção e, por isso mesmo, nem estão previstos? A resposta é a seguinte, usando uma antiga expressão: cada direito humano é uma liberdade básica concreta. Eles incorporam a orientação libertária geral do moderno direito com *intensidade* diferenciada e têm, por isso, significação *básica* para uma cultura política e jurídica de liberdade igual e participação solidária paritária. Se forem voltados justamente a uma ordem jurídica de liberdade, de igualdade e de solidariedade gerais, não podem ser considerados supérfluos mas, pelo contrário, assumem papel de marcos de orientação para a cultura política e jurídica como um todo, extrapolando sua função protetora concreta.

Nos direitos humanos, dimensões centrais, como o direito ao desenvolvimento da liberdade individual e coletiva, são colocadas sob especial proteção jurídica. Sua importância advém do fato de se referirem, individualmente, a condições de possíveis ações livres, cuja negativa representaria não apenas uma limitação específica de liberdade (como ocorre, por exemplo também, em regras de trânsito), mas na negação ao livre e igualitário desenvolvimento em amplos setores da vida. Como garantia política e jurídica das condições básicas de um agir livre solidário e com direitos iguais, todos os direitos humanos são, em sentido próprio, *liberdades básicas*.

Nos direitos *espirituais* de liberdade – como os de crença, de consciência, de religião e de livre manifestação de opinião – importa a preservação e o reconhecimento da qualidade de sujeito espiritual e moral do indivíduo, com inclusão da possibilidade de ele professar publicamente suas convicções e de praticá-las em comunidade e em sociedade. A liberdade de opinião, de um lado, pode ser enquadrada nos direitos de liberdade e, por outro, pode adquirir significado central para a configuração do bem comum político. Está, portanto, em relação muito próxima com o

direito de associação e de reunião, bem como com o direito ativo e passivo a voto. Como cabe à política a configuração concreta da livre convivência, a liberdade à manifestação de opinião política “é, em certo sentido, a base de toda a liberdade”, como acentua a Suprema Corte Constitucional (BVerfGE 7, 198 e ss.). Kant já havia visto isso, quando designou a “liberdade da pena” como “o único paladino dos direitos do povo” (Julgamento popular, AA VIII, p. 304). O direito a asilo também faz parte das liberdades políticas de nossa época, pois possibilita ao perseguido “o direito básico de pertencimento a uma comunidade política” (Reinhard Marx 1984, p. 167). Hannah Arendt destaca¹³ que direitos de liberdade privados, entre eles o direito à propriedade privada, conferem a cada pessoa o direito à privacidade de que todos necessitam, exatamente também quando querem expressar-se publicamente. Os direitos jurídicos básicos conferem, através do exemplo dos *Atos de Habeas Corpus*, de 1679, a segurança contra a intromissão do Estado (cf. Brieskorn 1997, p. 78 e ss.), cujo monopólio de poder é quase exclusividade do direito penal, de forma a que a legitimidade do Estado de direito esteja vinculada à garantia de proteção. Direitos sociais e econômicos, desde o livre direito à associação sindical, passando pela garantia à existência mínima dada pelo Estado social, até o direito ao trabalho, têm a incumbência de dotar a sociedade de consumo de parâmetros de liberdade, igualdade e solidariedade. Os livres pressupostos para manutenção e destaque de uma identidade cultural são, no momento, objeto de debate no contexto dos direitos culturais de minorias. Poderíamos continuar enumerando os direitos humanos básicos que, por sinal, nunca formam uma lista completa dentro de uma perspectiva histórica evolutiva.

13 Cf. Arendt 1987, p. 68: “Todos conhecemos a característica trivialização que, invariavelmente, advém de uma vida pública. Por sempre estar em evidência, perde a capacidade de, provindo da obscuridade, adentrar a luminosidade do mundo; perde a obscuridade e o aconchego que conferem à vida sentido muito real e não-subjetivo, em diferentes níveis. A única forma de manter na obscuridade aquilo que precisa ser preservado da luz da publicidade é a propriedade privada, um lugar ao qual ninguém tem acesso, no qual se está, concomitantemente, seguro e escondido”.

Como os diferentes direitos possuem suas respectivas áreas de proteção, eles não podem ser, simplesmente, sobrepostos. Mesmo assim, possuem uma unidade normativa interna que faz com que sirvam como conjunto de liberdades básicas para a concretização de uma ordem de liberdade nos direitos humanos que remete à dignidade igual de cada ser humano como sujeito moral autônomo.¹⁴ Por isso, não estão colocados lado a lado desprovidos de significado, mas conjugam-se em um todo significativo historicamente aberto. As liberdades fundamentais precisam ser julgadas como “sistema conjunto”, no dizer de John Rawls (1975, p. 231). Em formulação mais moderna, Rawls exige que eles formem um “fully adequate scheme” (esquema plenamente adequado), que possa ser aplicado aproximadamente a todas as pessoas como estrutura total de liberdade jurídica fundamental.¹⁵

14 A inviolável dignidade humana mencionada na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, no artigo 1.º, também é entendida como direito fundamental concreto pela opinião jurídica hodierna. No entanto, o papel fundamental da dignidade humana não recebe o necessário destaque através dessa interpretação, pois, como consequência, a dignidade humana aparece como direito fundamental ao lado de outros, cuja validade absoluta, fundada na inviolabilidade, em caso de colisão com outros direitos fundamentais, seria factualmente negada ou, no mínimo, teria de ser imunizada contra uma prévia definição muito estreita da área de proteção por ela abrangida em caso de colisão com outra legislação. Nesse último caso, a área de proteção tenderia ao zero, de forma que uma agressão à dignidade humana só se tornaria juridicamente relevante em casos extremos. A fim de preservar o significado da dignidade humana como bem fundamental ético da ordem de liberdade nos direitos humanos, parece-me significativo não entender a dignidade como direito fundamental positivo. Como consequência, alio-me à minoria de juristas alemães, exemplarmente representados por Geddert-Steinacher 1990, em especial p. 164 e ss. Cf. também Brugger 1997, que por bons motivos também questiona a inclusão da dignidade humana como direito fundamental, colocando em debate a possível relativização da dignidade.

15 Cf. a nova redação dos dois princípios de justiça em Rawls, 1993, p. 291: “a. Each person has an equal right to a fully adequate scheme of equal basic liberties which is compatible with a similar scheme of liberties for all (Cada pessoa tem direito igual a um pleno e adequado esquema de liberdades básicas iguais, compatível com um esquema semelhante de liberdades para todos.)
b. Social and economic inequalities are to satisfy two conditions. First, they

Dentro desse contexto histórico aberto de uma ordem de liberdade nos direitos humanos, cada liberdade fundamental também apresenta restrições, junto com sua área de proteção, pois em uma organização de pessoas finitas nenhuma reivindicação jurídica pode ter pretensão de validade infinita. Não só encontra formalmente seus limites na reivindicação jurídica de outra pessoa, mas também, materialmente, na figura de outros direitos fundamentais potencialmente concorrentes. A legislação constitucional, as normas legais e a jurisprudência têm, por isso, a função de compatibilizar as liberdades fundamentais de todos os indivíduos, tendo em vista possíveis e reais colisões. Isso ocorre não só através de regulamentação da execução concreta – o que Rawls chama de “regulations” –, mas também através de imediações “restrictions” (Rawls 1993, p. 295). Tais regulamentações e restrições somente são legítimas se forem direcionadas à liberdade solidária, isto é, se estiverem comprovada e necessariamente a serviço do fortalecimento do sistema total de justiça, com destaque para aspectos políticos nas liberdades fundamentais, como Rawls acentua: “The priority of liberty implies in practice that a basic liberty can be limited or denied solely for the sake of one or more other basic liberties, and never... for reasons of public good or perfectionist values” (A prioridade da liberdade implica, na prática, que uma liberdade básica pode ser limitada ou negada unicamente para a proteção de uma ou diversas outras liberdades básicas, e jamais... por razões de bem público ou valores perfeccionistas.) (ob. cit., p. 295).

É freqüente o mal-entendido de querer construir uma necessária harmonização entre direitos humanos individuais como ponderação entre liberdade e igualdade ou, ainda, entre reivindicações por liberdades individuais e reivindicações por solidarie-

must be attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity; and second, they must be to the greatest benefit of the least advantaged members of the society.” (Desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições. Primeiro, elas devem estar ligadas a tarefas e posições abertas a todos sob condições de honesta igualdade de oportunidades; e segundo, elas devem existir para o maior benefício dos menos avantajados membros da sociedade.)

dade comunitária, dentro de uma ordem política e jurídica de pessoas finitas. Dessa forma, dissolver-se-ia a tríade de direitos humanos, destruindo-se sua qualidade de parâmetro crítico-emancipacionista. Importante é o fato de, em colisões jurídicas concretas, possibilitar a concretização das liberdades iguais e solidárias, historicamente otimizadas. Essa reivindicação por direito humano geral dá, indubitavelmente, espaço para diferenciadas restrições e ponderações em que é possível haver querela política e jurídica. Assim, por exemplo, pode-se discutir sobre a correta relação entre livre manifestação de opinião e proteção à honra pessoal ou sobre a harmonização da autonomia eclesiástica assegurada pela liberdade de religião com os direitos sindicais dos funcionários das igrejas. A idéia dos direitos humanos não é princípio de dedução, do qual se possa extrair respostas a todas essas perguntas. No entanto, a querela sobre a otimização da concretização da ordem de direitos humanos deve sempre manter-se no horizonte da liberdade e da participação solidária igual. No dizer de Kant, importa a *configuração imanente* concreta do direito humano à liberdade, no respectivo momento histórico. Isso também se refere a possíveis restrições de direitos humanos concretos ou direitos fundamentais (cf. Alexy 1994, p. 249 e ss.), que somente se justificam se visarem à otimização de uma ordem jurídica livre e se puderem ser – também constitucionalmente – controlados e justificarem ou provarem haver ameaça política de solapar a liberdade fundamental protegida.

5. Direitos a liberdades político-civis e econômico-sociais

Apesar de os direitos humanos terem por alvo sua implementação política e jurídica, nem todos adquirem força jurídica positiva. Os direitos civis, políticos, sociais e econômicos arrolados na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 1948, foram, posteriormente, normatizados em duas convenções distintas, assumindo obrigatoriedade como instrumentos jurídicos para os povos. Essas convenções foram o *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos* e o *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, ambos aprovados em 1966 e em vigência

desde 1976. A República Federal da Alemanha aderiu a ambos, obrigando-se, portanto, do ponto de vista jurídico, a observar não só os direitos civis e políticos, mas também os direitos econômicos, sociais e culturais. Contudo, a listagem de direitos básicos contida na Lei Fundamental não reconhece direitos sociais. Sua normatização concreta cabe ao legislador que, concomitantemente, também deve pronunciar-se sobre a forma de implementação de padrões sociais dos direitos constitucionais contidos nos princípios do Estado social, arrolados no artigo 20, parágrafo 1.º. A Suprema Corte Constitucional pronunciou-se sobre essa obrigação (cf. Alexy 1994, p. 397 e ss.).

Típica para muitos Estados constitucionais modernos, a diferenciação entre direitos fundamentais garantidos constitucionalmente – entre os quais, geralmente, constam os clássicos direitos liberais e políticos da, assim chamada, *primeira geração* – e os direitos sociais e econômicos da *segunda geração*, simplesmente normatizados através de legislação, espelha-se filosoficamente na teoria de justiça de John Rawls, cuja virtude consiste em pôr em relação uma noção material política e social com as instituições e procedimentos de um Estado constitucional e democrático moderno. Característico para a noção de justiça de Rawls é que ela consiste em dois níveis hierárquicos de justiça. Enquanto o primeiro nível postula por um sistema de máxima liberdade fundamental igual para todos, o segundo regulamenta questões básicas da justiça social, limitando desigualdades sociais e econômicas. Essas somente se justificam se não impedirem a honesta igualdade de chances na disputa por cargos e posições e se oferecerem, relativamente, ótimas vantagens aos menos favorecidos dentro da sociedade (cf. ob. cit., nota de rodapé, p. 15).

Rawls discute sua noção de justiça em quatro diferentes níveis de abstração (cf. 1975, p. 223 e ss.). Inicia pelo nível mais elevado, ou seja, a elaboração de uma noção de justiça obrigatória para os parceiros de um contrato em um hipotético *estado original* (1), vinculado à execução de uma cooperação social. Segue a concretização dessa noção de justiça em uma fictícia *assembléia constituinte* (2), ou melhor, em uma legislação parlamentar fictícia (3) para, finalmente, chegar à implementação de uma noção

de justiça na administração e nos tribunais (4), alicerçada em legislação constitucional e ordinária. No âmbito dessa escala de quatro níveis, os dois princípios de justiça assumem relevância nos níveis 2 e 3: conforme Rawls, o primeiro princípio “é o princípio mais importante para a assembléia constituinte”, enquanto o segundo “assume relevância na legislação” (ob. cit., p. 227).

Com essa nítida escalonagem, Rawls deseja assegurar conceitualmente a prioridade da liberdade contra a frieza utilitarista. É bem verdade que ele estabelece uma relação entre ambos os princípios de justiça ao querer otimizar¹⁶ o segundo princípio, qual seja, “o valor da liberdade”, isto é, as condições concretas para o efetivo exercício das garantias de liberdade jurídicas básicas. Assim, também o segundo princípio tem conteúdo libertário. Contudo, o conceito de liberdades fundamentais (*basic liberties*) permanece restrito aos direitos abrangidos pelo primeiro princípio fundamental, em que direitos econômicos e sociais não devem ser mencionados.

Ainda conforme Rawls, a hierarquização entre direitos civis e políticos, de um lado, e direitos econômicos e sociais, de outro, dependeria de que a sociedade tivesse atingido determinado nível de desenvolvimento econômico que possibilitasse satisfazer as necessidades materiais básicas. Somente sob essa condição a noção de justiça escalonada em dois níveis chega a sua plenitude; caso contrário, uma noção menos discriminatória entraria em voga. Nessa versão simplificada perder-se-ia a primazia da liberdade. Nesse caso, ela seria mero “valor social” ao lado do rendimento, da propriedade e de outros bens que deveriam ser distribuídos o mais equitativamente possível. Rawls define essa noção simplificada de justiça como segue: “Todos os valores sociais – liberdade, chances, rendimento, propriedade e as bases sociais da auto-estima – deveriam ser distribuídos equitativamente, já que uma distribuição desigual traria proveito apenas para alguns” (ob. cit., p. 83).

16 Cf. Rawls 1975, p. 233: “Portanto, distinguimos entre liberdade e seu valor: a liberdade consiste em todo um sistema de liberdades civis igualitárias; o valor da liberdade para indivíduos ou grupos depende da capacidade de, neste âmbito, alcançar seus objetivos”.

Em uma situação de precariedade geral não se pode falar em primazia da liberdade. A notória distinção feita por Rawls com relação à liberdade é dependente da satisfação das necessidades básicas, que deve ser assegurada anteriormente. Ela é fundamental para a liberalidade. De fato, Rawls define – contrariamente ao genérico postulado da priorização da liberdade – que, sob determinadas condições históricas, as liberdades fundamentais podem sofrer restrições, mas sempre em benefício de necessidades econômicas e sociais: “Os interesses fundamentais pela liberdade nem sempre são os norteadores. Vir ao seu encontro poderia desencadear a necessidade de serem atendidas determinadas condições sociais e determinados níveis de satisfação de necessidade e de segurança material, levando à restrição nas liberdades fundamentais” (ob. cit., p. 589). O autor supõe que somente “quando as condições sociais e o nível de atendimento das necessidades e de segurança material forem atingidos, então, futuramente, os interesses de um nível mais elevado deverão ser atingidos” (ob. cit., p. 589), dando primazia à liberdade. A hierarquização dos dois princípios fundamentais de justiça, estabelecida por Rawls, *vinga-se* através do fato de, sob determinadas condições – principalmente havendo urgência em satisfazer necessidades materiais –, essa hierarquização poderia vir a ser invertida. Assim, torna-se difícil argumentar, no âmbito da teoria de Rawls, contra o constantemente utilizado argumento de ditadores de todo o tipo de que, para assegurar padrão mínimo econômico, seja necessário, inicialmente, suspender direitos à liberdade.

Esse ponto fraco da teoria de justiça de Rawls somente pode ser superado pela desistência da adoção da hierarquização de direitos civis e de liberdade, de um lado, e de direitos econômicos e sociais, de outro. A primazia da liberdade não é o problema, mas sim a anterior identificação da liberdade com determinado modelo de direito fundamental clássico-liberal às custas dos direitos econômicos e sociais, aos quais apenas indiretamente – e isso no sentido do *valor da liberdade* – é concedida função subsidiária. Essa restrição dos genuínos direitos à liberdade a um cânone de direitos clássico-liberais leva, paradoxalmente, à conclusão de que toda a primazia da liberdade seja questionada, por provar

ser dependente do *status* econômico e social da sociedade. Por isso é necessário dilatar a abrangência da primazia da liberdade e abarcar, também, direitos sociais, a fim de que esses, por seu lado, sejam coerentemente submetidos ao imperativo da concretização da liberdade. Os direitos civis e de liberdade e os econômicos e sociais devem permanecer juntos na concretização de uma ordem social livre – sem escala hierárquica!

Com razão, Bernhard Fraling destaca: “Seres humanos são seres materiais e necessitam de bens materiais para sobreviver. Sem a satisfação de necessidades econômicas básicas não se torna possível a existência da pessoa em liberdade, moldando a sua existência” (Fraling 1991, p. 155). Conseqüentemente, direitos econômicos e sociais, quando a serviço da concretização da liberdade, não apenas elevam o *valor da liberdade*, mas tornam-se, eles mesmos, *direitos originais à liberdade*: “Os mesmos valores básicos que, de um lado, fundamentam um espaço de liberdade através de direitos de defesa, também permitem o surgimento de exigências por condições físicas reais que levem à liberdade” (ibidem). Em sentido estrito, desaparece, assim, a diferenciação terminológica entre direitos *liberais* e *sociais*, uma vez que ambos estão orientados para a liberdade, mesmo que de forma diferenciada. Nesse sentido, Schwartländer afirma peremptoriamente: “Também direitos humanos *sociais* são, no fundo, demandas por liberdade, ou seja, direitos *liberais* do ser humano; se assim não fosse, nem existiriam” (Schwartländer 1978, p. 80).

Com o reconhecimento também dos direitos econômicos e sociais como genuínos direitos à liberdade, não se excluem conflitos concretos e relativizações. Mas decisivo é que não surja uma hierarquização generalizada de um grupo de direitos humanos sobre outro grupo, pois, como demonstra a análise da teoria de Rawls, tal hierarquização tem por conseqüência o enfraquecimento do *status* dos direitos à liberdade. Sem dar importância à necessidade de fazer uma afirmação ou ponderação na única eventualidade possível, qual seja, no caso de colisão entre direitos, direitos humanos são *indivisíveis* como um todo e sempre associados à consecução de uma política de direitos humanos com parâmetros de liberdade, igualdade e solidariedade, com obser-

vância da dimensão libertária fundamental, que é protegida juridicamente.

Há motivo para Rawls submeter sua noção de justiça a um escalonamento em dois níveis. Contudo, essa diferenciação e enquadramento em níveis não se justificam como diferença entre dois princípios fundamentais independentes de justiça, como Rawls acredita, mas como aplicação diferencial *do mesmo* princípio fundamental de justiça da liberdade solidária igual para todos. Trata-se, mais precisamente, de uma diferença no *modo de garantia jurídica* de abrangente ordem libertária. De fato, existem argumentos plausíveis para manter limitado o número de direitos fundamentais constitucionais, uma vez que a proteção a esses direitos seria dificultada pelo inflacionamento de seu número. Além disso, pode fazer sentido não restringir em demasia o legislador democrático na configuração dos, assim chamados, direitos sociais que, pelas exigências constitucionais do Estado social, estão ali ancorados, mas que precisam se adaptar às alterações econômicas. Tal restrição poderia justificar-se nos direitos de liberdade espiritual e política (cf. Böckenförde 1976). Dessa forma, a teoria de justiça de Rawls torna-se plausível, com o enquadramento dos direitos fundamentais clássico-liberais numa (fictícia) composição constituinte e dos direitos econômico-sociais num (fictício) legislativo.

No entanto, não se altera o fato de a diferença no modo de garantir os respectivos direitos ser mantida. A relação entre direitos sociais e clássico-liberais não é um contraste entre direitos naturais atemporais e imutáveis, de um lado, e reivindicações positivas, formuladas independentemente do Estado, de outro, nem mesmo uma relação abstrata de tensão entre defesa do Estado liberal e intervenção socialista do Estado (como afirma Forsthoft 1968). Também os clássicos direitos liberais e políticos necessitam de medidas estatais ativas se devem tornar-se efetivos, como, por exemplo, através de eficiente sistema judicial. Inversamente, precisa ficar claro que direitos sociais, de maneira alguma, podem ser concedidos ou retirados por arbítrio estatal. Por isso, a diferença que existe entre direitos civis, de liberdade e políticos, de um lado, e direitos econômico e sociais, de outro, se concreti-

zam apenas no modo de ser dada a garantia política e jurídica, uma vez que os respectivos direitos são positivados em níveis diversos – em parte a nível constitucional e, em parte, a nível de legislação ordinária. Mas, como concretização daquele abrangente princípio fundamental de liberdade em relação a direitos humanos, todos esses direitos devem ser considerados em conjunto.

O que foi dito para cada Estado individualmente também vale, por analogia, no plano internacional. Também aqui é importante considerar que deve ser mantida a diferença entre as diferentes convenções de direitos humanos, para não sobrecarregar e inviabilizar os respectivos instrumentos. Convém mencionar que os dois pactos de 1966, um sobre direitos civis e políticos e, outro, sobre direitos econômicos, sociais e culturais diferenciam-se por concederem aos Estados diferentes alternativas de avaliação para a concretização de tais direitos.¹⁷ Novamente, somos remetidos à diferença no modo de concretização política e jurídica que, a bem de manter a funcionalidade da proteção aos direitos humanos, deveria ser resguardada como um todo. Isso se realça ainda mais, tendo em vista os recentes debates acerca do direito ao desenvolvimento. Se, além de ancorar em apenas uma convenção os direitos humanos das duas primeiras gerações, ainda se quisesse acrescentar os direitos da terceira como, por exemplo, o direito ao desenvolvimento, não mais seria possível a implementação do controle da garantia a cada direito. Por isso, parece razoável positivar os direitos humanos – também internacionalmente – através de diferentes modos políticos e jurídicos de garantia e entendê-los, concomitantemente, dentro da tradição da *Declaração Universal*, de 1948, para que se assegure claramente a unidade de conteúdo dos diversos instrumentos como elementos de uma ordem pacífica nos direitos humanos.

17 Cf., por exemplo, a relativamente branda formulação do direito ao trabalho, no artigo 6.º do *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, que concede liberdade aos Estados de executar "os passos adequados" para a concretização do direito ao trabalho. Cit. conforme Tomuschat, org., (1992), p. 33.

6. Direitos humanos e democracia

Os direitos humanos, mormente quando positivados na forma de direitos fundamentais constitucionais, comprometem não apenas os poderes executivo e judiciário, mas também o legislativo. Na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, esse compromisso está especialmente expresso no artigo 1.º. Em seqüência ao reconhecimento da inviolabilidade da dignidade humana, cujo respeito e proteção devem ser objeto “de todo o poder do Estado” (parágrafo 1.º), bem como da “invulnerabilidade e da inalienabilidade dos direitos humanos como base de toda a comunhão humana, da paz e da justiça na Terra” (parágrafo 2.º), o parágrafo 3.º diz: “Os direitos fundamentais arrolados a seguir determinam toda a legislação, o poder e a jurisprudência como lei em imediato vigor”. Para que a regulamentação das áreas de proteção de cada direito fundamental tivesse definição exata, o artigo 19, parágrafo 2º, fornece *garantia contra alteração*: “Sob hipótese alguma os direitos fundamentais podem ser alterados na essência”. Além disso, segue a *garantia do trâmite legal*, no artigo 19, parágrafo 4.º. Em combinação com o artigo 93, parágrafo 1.º, número 4 a., abre-se a possibilidade de acionamento da Suprema Corte Constitucional, em caso de agressão aos direitos, mesmo que através de lei democraticamente votada (cf. como um todo, por exemplo, Hesse 1983).

Considerando as ligações a que se submete a ordem constitucional dividida em poderes e orientada nos direitos humanos por legisladores legitimizados, coloca-se a pergunta pela relação entre direitos humanos e democracia. Não podemos considerar que os direitos humanos ancorados em direitos fundamentais constitucionais representam uma restrição à democracia? A fórmula, ditada pelo artigo 20, parágrafo 2.º, “todo o poder do estado emana do povo”, não é ilusória?

Carl Schmitt (cf. Bielefeldt 1994, p. 19 e ss.) é reconhecido além das fronteiras da língua alemã como representante da corrente antagonista entre democracia e direitos humanos. Em seus ensinamentos de direito constitucional, de 1928, ele definia a democracia como expressão da ilimitada soberania coletiva. A ca-