

DIREITOS HUMANOS E GUERRA NA FILOSOFIA DO DIREITO INTERNACIONAL DE HABERMAS*

José Manuel Avelino de Pina Delgado¹

Sumário: Introdução; 1. Contra o realismo: o debate de Habermas com Carl Schmitt; 2. A tensão entre Moral e Direito e a passagem do Direito Internacional para o Direito Cosmopolita; 3. Indecisões quanto à fundamentação dos Direitos Humanos e as dificuldades de sua operacionalização no mundo atual; 4. O dilema da política dos Direitos Humanos e a possibilidade da guerra justa humanitária: limites da teoria habermasiana; Conclusão; Referências consultadas.

Resumo: O objetivo deste artigo é apresentar uma visão crítica da Filosofia do Direito Internacional de Habermas. Também partindo, tal como ele, de uma base kantiana, analisar-se-á alguns aspectos basilares da teoria habermasiana: o seu debate com o jurista alemão Carl Schmitt (1); a sua formulação do Direito Cosmopolita (2) e a fraca fundamentação que ele dá aos Direitos Humanos (3). Então mostrar-se-á que a sua Filosofia do Direito Internacional, apesar de estruturar fortemente as instituições globais do futuro, é algo inapropriada para resolver problemas internacionais contemporâneos como o das intervenções humanitárias (4).

Palavras-chave: Habermas; Filosofia do Direito Internacional; Direitos Humanos; Guerra.

Abstract: The objective of this article is to present a critical view of Habermas' Philosophy of International Law. Starting, just as him, from a Kantian basis, a few basic aspects of Habermas' theory will be analyzed, such as his debate with German jurist Carl Schmitt (1), his formulation of Cosmopolitan Law (2) and the weak importance he gives to Human Right (3). From then on it will be shown that his Philosophy of International Law, despite its role in the structuring of future global institutions, is somewhat inappropriate to resolve contemporary international issues, such as those related to humanitarian intervention (4).

Key words: Habermas, Philosophy of International Law, Human Rights, War.

* Este trabalho se beneficiou de críticas e comentários de várias pessoas, sem as quais ele não poderia ter sido confeccionado. Assim sendo, gostaria de agradecer a Delamar Dutra, Guilherme Soares, Antonio Carlos Wolkmer, Argemiro Martins e Liriam K. Tiujo pelas críticas, sugestões e comentários feitos ao texto em diversas fases de sua gestação. Claro que todos são isentos de qualquer interpretação equivocada que este artigo contenha. Do mesmo modo, vale referir que esta pesquisa contou com o apoio financeiro da CAPES.

¹ Mestrando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina/UFSC; e-mail: jpinadelgado@yahoo.com.br

Introdução

Este artigo tem como propósito analisar a Filosofia do Direito Internacional desenvolvida pelo filósofo alemão Jürgen Habermas, refletindo sobre as suas recentes propostas cosmopolitas. O autor, talvez um dos maiores pensadores do século, praticamente já havia falado, de uma forma ou de outra, sobre todas as áreas do saber. A partir de meados da década de 1980, Habermas volta as suas preocupações para a área do Direito e, juntamente com um grupo de pesquisadores – juristas, filósofos e cientistas sociais em geral –, procurou criar uma teoria jurídica a partir da Ética do Discurso. O resultado foi a obra *Faticidade e Validade*, condenada, com certeza, a ser uma das maiores referências da Teoria Contemporânea do Direito.

Ao mesmo tempo, Habermas passa a dar alguma atenção ao Direito e às Relações Internacionais. Isso pode ser explicado pela mudança de ambiente que caracterizou a área depois do final da Guerra Fria. Com efeito, depois dos anos 90, a dicotomia Este-Oeste, que esgotava quase todo o debate sobre as Relações Internacionais, era ultrapassada por um mundo multipolar e com consciência de ser interdependente, o que demandava uma série de mudanças na estrutura mundial. A todas essas circunstâncias não estava alheia a globalização, à qual se pode acrescentar outros fenômenos como, por exemplo, a consolidação do projeto de integração europeia e o fortalecimento dos Direitos Humanos que, paradoxalmente, passaram a ser cada vez mais desrespeitados depois da “queda do muro”.

Portanto, todo esse entorno pode ter criado um terreno fértil para as reflexões habermasianas. Não é sem sentido que a maioria de suas intervenções na área foram comentários sobre assuntos pontuais das Relações e do Direito Internacional, que não denotam a pretensão de criar uma teoria específica a respeito, mas apenas aplicar a Teoria do Discurso já existente. Foi

assim, por exemplo, com as suas análises sobre a Guerra do Golfo, o federalismo europeu, a intervenção da OTAN no Kosovo ou a reestruturação das Nações Unidas. Não obstante, de modo algum, são comentários sem substância e que repetem o péssimo hábito de alguns intelectuais de opinarem sobre tudo. Muito pelo contrário, Habermas, ao analisar esses acontecimentos, demonstra uma grande profundidade e versatilidade, podendo, até mesmo, deles (dos escritos) se retirar o que se poderia chamar de uma proto-teoria das Relações Internacionais.

Por outro lado, a incursão de Habermas nessa área poderia significar uma insatisfação pessoal no sentido de colmatar algumas lacunas com as quais a sua Teoria do Direito havia permanecido. Por exemplo, no posfácio ao *Faticidade e Validade*, ele já deixara claro que as críticas que mais o preocupavam eram as relativas aos Direitos Humanos feitas por Höffe e Larmore. Efetivamente, os Direitos Humanos ocupam uma boa parte de suas reflexões a respeito das Relações Internacionais. Este escrito procura dialogar com Habermas a partir dessa questão. Para isso, recorreu-se aos textos acima citados, nos quais o autor pinça alguns elementos que aqui, de forma crítica, serão analisados, começando pelo interessante embate intelectual que Habermas trava com Carl Schmitt, escolhido pelo filósofo como representante puro do realismo político e, principalmente, como o arauto das forças negativas da história alemã, com suas críticas à política dos Direitos Humanos e à moralização da guerra; este é o oponente a abater, para que uma nova teoria sobre as Relações Internacionais se afirme. Se, por um lado, Habermas consegue, com sucesso, responder às suas objeções, por outro, o “fantasma” de Schmitt quanto à moralização da guerra vai acompanhar o filósofo, impedindo-o de formular uma política de Direitos Humanos que caminhe além do “positivismo” estrito.

Os três itens subseqüentes tratarão mais diretamente o tema central deste texto. Assim, em um segundo momento, ver-se-á como Habermas resolve a tensão entre moral e Direito que ele transporta do Estado para a ordem internacional. A tensão seria resolvida quando o Direito Internacional se transformasse em um Direito Cosmopolita com capacidade coercitiva. A instauração de tal Direito tornaria imperioso uma grande transformação nas instituições jurídicas internacionais vigentes, criando um nova ordem global assente na legalidade e na legitimidade, análoga a qualquer

Estado Democrático de Direito. Até aqui, portanto, a proposta de Habermas é muito atraente, pois, em uma ordem na qual vige o Direito Cosmopolita, além da proteção aos Direitos Humanos se tornar eficaz, ela não mais precisaria ser justificada moralmente, mas a partir do próprio Direito, respondendo assim ao desafio lançado por Schmitt. No entanto, como o próprio Habermas admite, a reforma, ainda que provável, não acontecerá em breve. O que, infelizmente, o filósofo não consegue responder de maneira satisfatória é sobre a possibilidade de os Direitos Humanos serem tutelados com efetividade enquanto não for implementada a ordem cosmopolita. Será defendido, já entrando no terceiro item, que Habermas tem dificuldades em contornar o problema, principalmente, por dois motivos: a) a fundamentação fraca e indecisa dos Direitos Humanos, resultado de limitações da própria Teoria do Discurso; b) a amarra da positividade, resultado, de um lado, da Teoria do Direito por ele desenvolvida, e, de outro, da abordagem das Relações Internacionais, consequência do desafio de Schmitt sobre a eventual moralização do Direito dos Povos pela implementação de uma política de Direitos Humanos, que realiza. Finalmente, na última etapa, concluir-se-á pela improbabilidade da teoria habermasiana servir como base para desenvolver uma política de Direitos Humanos no mundo atual, isto é, enquanto não for estabelecido o Direito Cosmopolita. Nesse sentido, Habermas fica muito aquém de outras teorias contemporâneas sobre o uso da força em defesa dos Direitos Humanos.

Em grande medida, esta não é uma crítica à filosofia do Direito Internacional desenvolvida por Habermas, como foram as recentemente feitas por autores como Zolo, Giesen e Rasch, que argumentaram contra o “internacionalismo liberal” do autor; contrariamente às objeções mais recentes, o escrito endossa largamente a proposta cosmopolita de Habermas, porém, entende que ela é insuficiente no atual estágio de desenvolvimento das Relações Internacionais, precisamente porque inexistem os instrumentos legais e policiais da tal “condição cosmopolita”. Em suma, mais do que um texto crítico, é uma ponderação “amiga”.

1 Contra o realismo: o debate de Habermas com Carl Schmitt

Habermas sempre foi um intelectual que não se furtou a estabelecer grandes debates públicos sobre os mais variados temas da teoria filosófica ou mesmo sobre temas do cotidiano. Sem ser um polemista profissional, participou de diálogos com boa parte das grandes mentes do século, sejam eles alemães ou estrangeiros. Somente citando exemplos mais recentes no âmbito da Teoria Política e Jurídica, ficaram famosos os seus debates com Rawls e com Höffe, aos quais se podem acrescentar os constantes contrapontos, internos aos textos habermasianos, com clássicos como Kant, Hegel, Marx, Weber ou com os seus predecessores da Escola de Frankfurt.

Em qualquer dos casos atrás mencionados, trataram-se, virtualmente, de “disputas de família”,² disputadas à sombra da modernidade e das diversas nuances do projeto iluminista, de cujo resgate o filósofo alemão tem feito a linha mestra de suas reflexões.³ Mesmo as controvérsias com os pós-modernos franceses não foram marcadas pela inimizade e, de certa forma, inserem-se naquilo que, usando palavras de Rawls, ele próprio poderia considerar como posições “racionais e razoáveis”.⁴ As objeções colocadas à modernidade, por autores como Foucault, Derrida ou Lyotard,⁵ serviram mais como estímulos para que Habermas pudesse tentar salvar a razão de sua decadência, provocada pela sua constante instrumentalização, questão que remete, em última instância, aos próprios mentores da Teoria Crítica, que o haviam antecedido na Escola de Frankfurt.

A verdadeira antipatia de Habermas se observa em relação aos escritores marcadamente antiiluministas, entre os quais se poderia citar Jünger, principalmente, Heidegger. Em relação a isso, o autor não esconde a necessidade de combater o fascínio causado pela obra, até admirável, desses pensadores. Habermas deixa claro que o seu desafio é cortar definitivamente

2 "Familien-Streits"(HABERMAS, J. Politischer Liberalismus- Eine Auseinandersetzung mit John Rawls. In: _____. **Die Einbeziehung des Anderen**. Studien zur politischen Theorie. Frankfurt: Suhrkamp, 1996. p. 65-127).

3 HABERMAS, J. La modernidad: un proyecto inacabado. In: _____. **Ensayos Políticos**. Barcelona: Península, 2000. p. 279.

4 Cf: RAWLS, J. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993.

5 HABERMAS, J. **Der philosophische Diskurs der Moderne**. Zwölf Vorlesungen. Frankfurt: Suhrkamp, 1985.

mente as amarras que prendem a Alemanha a uma perspectiva não ocidental e não atlântica, tentando expurgar por completo os traços de irracionalismo presentes no pensamento germânico desde o romantismo a Heidegger⁶ e que até hoje exercem um fascínio perigoso na Alemanha.⁷

É dentro desse contexto que se insere Carl Schmitt, o “terceiro maldito” entre os intelectuais alemães que, em conjunto, fundamentariam a, ainda presente, atração alemã pelo irracionalismo e pelo desejo de grandeza. “Para os filhos de Ernst Jünger, Martin Heidegger e Carl Schmitt, os quais gostariam de nos tirar o desejo intrínseco de rigor e de ponderação e nos seduzir para os exercícios de uma ‘existência ousada’...”⁸ Efetivamente, nos últimos escritos de Habermas, Schmitt, o brilhante jurista e politólogo, tornou-se uma das figuras preferidas do autor, que sempre tenta com ele estabelecer diálogos, especialmente quando se trata de refletir sobre as Relações Internacionais.

Schmitt tornou-se assim, pela negativa, uma referência obrigatória de Habermas, sempre que esse trata de alguma questão internacional, o que temporalmente leva, pelo menos, ao final dos anos 80, início dos 90, quando a produção do autor na área se intensifica. Assim, em um dos primeiros escritos em que o filósofo trata de forma mais aprofundada a questão, trabalhando as implicações, legitimidade e geração de uma nova ordem internacional a partir da Guerra do Golfo, lá estavam as referências a Schmitt.⁹

Antes de mais nada, é interessante começar por fazer uma breve exposição da teoria de Schmitt sobre as Relações Internacionais. Schmitt, ao lon-

6 Ver: HABERMAS, J. Consciencia histórica e identidad postradicional. La orientación de la República Federal hacia Occidente. In: _____. **Identities nacionales y postnacionales**. Madrid: Tecnos, 1989. p. 83-109.

7 Isto explica, por exemplo, as amargas palavras que dirigiu a Peter Sloterdijk, um neo-heideggeriano, na seqüência da polêmica defesa que este fez das vantagens da eugenia, dizendo que “Sloterdijk, com sua palestra genuinamente fascista, transpôs uma barreira considerada tabu entre intelectuais no pleno gozo de suas faculdades mentais” [citado por Luiz Filipe Pondé (**Folha de São Paulo**, Mais, 3 mar. 2002, p. 11)].

8 HABERMAS, J. **Passado como futuro**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993. p. 40.

9 Em um dos trechos dessa longa entrevista Habermas faz o seguinte comentário sobre o jurista: “Desde que as teses de Carl Schmitt passaram a ser reconhecidas, essa figura de pensamento que é antiiluminista, influenciou a mentalidade de intelectuais alemães, tanto de direita quanto de esquerda. Esses intelectuais gostariam de banir completamente da política argumentos morais e do direito das nações, porque não conseguem descobrir neles mais do que um mascaramento nacionalista de pura e simples afirmação, que no fundo é existencialista “ (Ibidem, p. 32.).

go da vida,¹⁰ passou praticamente por todas as áreas do Direito Público – além de fazer o mesmo em relação à política –, porém dedicou especial atenção a duas. Do início de sua carreira até 1936, foi um brilhante constitucionalista, publicando, por exemplo, uma *Teoria da Constituição*, estudada até aos nossos dias¹¹. Posteriormente, a partir daquela altura, volta-se exclusivamente para o estudo do Direito Internacional (e, também, da Teoria Política),¹² publicando importantes livros a respeito.¹³ A obra de ligação entre essas duas fases foi a citada *O Conceito do Político*, publicada em 1928 e revista em 1932, sobre a qual se fará breve referência crítica.¹⁴

Em linhas excessivamente resumidas, pode-se dizer que Schmitt busca determinar um conceito do político que efetivamente servisse para diferenciá-lo de outras áreas-chave da realidade humana, como a Moral, a Estética, o Direito e assim por diante. Segundo ele, em qualquer delas, poder-se-ia extrair conceitos básicos que marcariam uma oposição dialética que, por sua vez, as caracterizariam. Assim sendo, por exemplo, a moral seria marcada pela oposição entre o bom e o mau e a estética entre o belo e o

10 Uma das mais completas biografias de Schmitt foi a de Joseph Bendersky (*Carl Schmitt: Theorist for the Reich*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1983); uma versão mais resumida da vida e obra do jurista germânico pode ser encontrada em: MARTINS, A. *O Pensamento Político-Constitucional de Carl Schmitt*, Florianópolis, 1996. Dissertação (Mestrado em Direito) UFSC. p. 49-53.

11 SCHMITT, C. *Teoría de la Constitución* [Verfassungslehre]. México, DF: Nacional, 1970.

12 Conforme Bendersky (*Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, p. 243-273), razões de caráter pragmático fizeram com que Schmitt abandonasse as publicações sobre questões constitucionais e de Teoria do Estado. Naquele ano, Schmitt sofreu forte pressão proveniente de círculos do Partido Nazista que o viam como um oportunista. Assim, receando pela própria sobrevivência, o jurista, optou por se retirar da vida pública e de temas polêmicos, refugiando-se em áreas mais amenas, como o Direito Internacional e a Teoria Política. Apesar disso, o próprio Bendersky (Ibid., p. 243 e ss) admite que as teorias de Schmitt sobre o Direito Internacional, especialmente a do *Grossraum*, tiveram algum protagonismo na Alemanha nazista. Mais enfático em relação ao sucesso das teses internacionalistas de Schmitt foi Gattini (Sense and Quasisense of Schmitt's *Grossraum* Theory in International Law – A Rejoinder to Carty's 'Carl Schmitt's Critique of Liberal International Order. *Leiden Journal of International Law*, Leiden, v. 15, n. 1, 2002. p. 53-68), para quem o jurista atingiu graus de influência bastante notáveis em um momento no qual a 'batalha jurídica' do *Reich* se travava, precisamente, no exterior.

13 Entre estes podemos citar as seguintes: SCHMITT, C. *Conceptos y posiciones en la guerra con Weimar-Ginebra-Versalles, 1923-1939* [Positionen und Begriff]. In: AGUILLAR, H. (Org.). *Carl Schmitt, Teólogo de la Política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001. p. 65-166; *Tierra y Mar. Consideraciones sobre la Historia Universal* [Land und Meer] In: *Ibidem*, p. 345-394; e, principalmente: *El Nomos de Tierra en el Derecho del Jus Publicum Europaeum* [Der Nomos der Erde]. Madrid: CEC, 1979.

14 A breve análise do pensamento de Schmitt que doravante será realizada privilegiará este texto, pois nele se pode encontrar sumarizadas as duas grandes dimensões de aplicação das teses schmittianas: a ordem interna, a qual a pluralidade política não era permitida, e a internacional, onde a unidade jurídica era impossível.

feito. Qual seria, então, a dicotomia própria da política? O jurista chega à conclusão que seria entre amigo e inimigo.¹⁵

Aí é que reside o grande aporte de Schmitt em relação às Relações Internacionais; o inimigo é determinado externamente, uma vez que ele é o “outro”, o estrangeiro, não interessando que ele seja moralmente bom ou esteticamente bonito. O que interessa é que ele não é “amigo”, não é, portanto, *um de nós*. Desta forma, as Relações Internacionais desempenham um papel central na teoria schmittiana, pois o próprio conceito do político é determinado externa e não internamente. De forma ontológica, a comunidade política interna depende da existência de um inimigo externo. Na ausência desse, não existe nem sequer política; em outras palavras, a política, definida como a unidade da comunidade, requer a constante probabilidade da guerra¹⁶ em um mundo plural e povoado por “inimigos”.¹⁷ Anos mais tarde, em 1936, já no seu período nazista,¹⁸ Schmitt encontra a fórmula perfeita para representar a dicotomia entre amigo *versus* inimigo e seus reflexos na relação entre o interno e o internacional: “Inimigo Total, Guerra Total, Estado Total (*Totaler Feind, Totaler Krieg, Totaler Staat*)”.¹⁹

Precisamente por isso, Habermas, em suas mais recentes reflexões sobre questões como os Direitos Humanos, o federalismo europeu e mundial, a paz perpétua, bate de frente com a herança realista de Carl Schmitt. Neste momento, seria possível indagar por que Schmitt, se a Teoria das Relações Internacionais no século XX foi dominada por realistas? Ao afastar a hipótese de que por serem os mais conhecidos teóricos das Relações Internacionais especialistas da área, provavelmente não tão conhecidos no meio

15 SCHMITT, C. **O Conceito do Político**. [Der Begriff des Politischen]. (trad.) A. Valls. Petrópolis, RJ: Vozes, 1992. p. 51-3.

16 Vide sobre este assunto também o texto “A relação entre os conceitos de ‘guerra’ e ‘inimigo’ [Ueber das Verhältnis der Begriff Krieg und Feind]” publicado na coletânea organizada por Héctor Aguillar (Conceptos y posiciones en la guerra con Weimar-Ginebra-Versalles, 1923-1939, p. 147 e ss).

17 Ibidem, p. 52-84.

18 Sobre a produção de Schmitt na área do Direito Internacional durante o regime nazista ver: Anthony Carty (Schmitt’s Critique of International Legal Order Between 1933 and 1945. **Leiden Journal of International Law**, Leiden, v. 14, n. 1, 2001. p. 25-76); Detlef Vagts (International Law in the Third Reich. **American Journal of International Law**, Washington, v. 84, n. 3, 1990. p. 683-4); Jean-François Kervegan (Carl Schmitt et L’Unité du Monde. Daimon. **Revista de Filosofia**, Múrcia, n. 13, p. 99-114, 1996) e Andrea Gattini (Sense and Quasisense of Schmitt’s *Grossraum* Theory in International Law – A Rejoinder to Carty’s ‘Carl Schmitt’s Critique of Liberal International Order’, p. 55-68).

19 SCHMITT, C. Conceptos y posiciones en la guerra con Weimar-Ginebra-Versalles, 1923-1939, p. 141.

filosófico, Habermas não tenha tido acesso às suas obras,²⁰ poder-se-ia ponderar alguma explicação alternativa. A mais provável é que os três grandes nomes do realismo no séc. XX, Carr,²¹ Morgenthau²² e Aron,²³ além de poderem ser considerados como liberais, no que toca à política doméstica, foram, principalmente os dois últimos, realistas “envergonhados”. Com efeito, nota-se que neles o realismo é motivado por razões de estrito pragmatismo e medo, principalmente, de que o Ocidente não ficasse consciente de que teria de tomar precauções militares em relação ao perigo que a URSS e o comunismo representavam para o seu *modus vivendi* liberal.

Schmitt não. Ele é um realista genuíno. Para ele, nas Relações Internacionais não se teria de agir belicamente por medo ou pragmatismo, mas porque a própria manifestação existencial de uma comunidade política depende da aniquilação do inimigo, não por ele ser mau, injusto ou feio, mas, simplesmente, por não ser um semelhante. Talvez seja no reconhecimento de que Schmitt representa o realismo puro que fez com que Habermas voltasse para ele as suas preocupações. Schmitt seria o último de uma tradição que teve na Alemanha os maiores representantes, como Clausewitz, Jünger ou Treitschke; tradição essa que acompanha o país desde a sua unificação, através do militarismo prussiano e seu *ethos* da guerra, e que teve o seu epílogo nas loucuras expansionistas do III^o *Reich*. É precisamente em virtude disso que Habermas tece fortes críticas ao juspublicista germânico, pois ele funda o político na luta de uma comunidade com o inimigo exterior (e, por vezes, o interior) pela sobrevivência. Conforme aponta “o político não se revela no caráter vinculante das decisões de uma autoridade estatal, mas mostra-se melhor na auto-afirmação coletivamente organizada de um povo politicamente existente contra os inimigos externos e internos”.²⁴

20 Esta tese é rapidamente desmentida pela constante referência do autor às obras das maiores figuras da Teoria das Relações Internacionais como Nye, Keohane, Czempiel, entre outros (HABERMAS, J. Kant's Idea of Perpetual Peace, with the Benefit of Two Hundred Year's Hindsight. In: BOHMAN, J. & LUTZ-BACHMANN, M. (eds.) **Perpetual Peace**. Essays on Kant's Cosmopolitan Ideal. Cambridge: MIT Press, 1995. p. 150).

21 CARR, E.H. **Vinte anos de crise: 1919-1939** [The Twenty Years Crisis]. Brasília: UNB, 1981.

22 MORGENTHAU, H. **La política entre las naciones** [Politics among Nations]. Buenos Aires: GEL, 1992.

23 ARON, R. **Paix et Guerre entre les Nations**. 6. ed. rev. et atua. Paris: Calmann-Levy, 1968.

24 “Lo político no se revela en el carácter vinculante de las decisiones de una autoridad estatal, sino que se muestra mas bien en la autoafirmación colectivamente organizada de un pueblo politicamente existente contra los enemigos externos e internos” (HABERMAS, J. Carl Schmitt: los terrores de la autonomia. In: _____. **Identidades nacionales y postnacionales**. Madrid: Tecnos, 1989. p. 68).

Schmitt, portanto, opõe-se frontalmente a duas questões: a) a humanitarização das relações entre os povos a partir de um conceito universalista de moralidade, ancorado no uso de termo “humanidade”; b) a proscrição e criminalização da guerra, levando a conflitos mais devastadores do que alguma vez as regras clássicas da guerra permitiriam, pois estas passariam a ser feitas em nome da humanidade, e em nome desta qualquer limitação era improvável. De uma justiça infinita, parece dizer Schmitt, somente poderia decorrer uma guerra infinita, isto é, nas palavras do jurista, “numa ‘cruzada’ e na ‘última guerra da humanidade’”.²⁵ É, portanto, aparentemente, contra a máxima do *Fiat Justitia et Pereat Mundis* que o “Teólogo da Política”²⁶, se insurge. Deste modo, pode-se observar que as críticas do jurista põe um desafio portentoso a Habermas e a qualquer autor que pretenda domesticar o estado de natureza entre os povos, se necessário, usando a força contra a força. Convém, por isso, antes de mais nada, recordar a base da objeção que Schmitt faz ao humanitarismo liberal, que caracteriza, por vezes, como ideológico e instrumental, uma forma de legitimação de atos que no seu bojo somente conheciam um desígnio, a busca pelo poder, muito embora astutamente transvestidos com a capa da neutralidade e do objetivismo dos que não lutam para si próprios, mas para o “mundo”.²⁷ Por isso, na perspectiva humanizante, o inimigo não mais é um oponente político, ele não deve ser destruído somente pelo fato de que em um embate se está em lados opostos, mas porque ele é moralmente inferior. A guerra deixa de ser uma luta entre Estados iguais e passa a ser, usando expres-

25 SCHMITT, C. **O Conceito do Político**, p. 105.

26 A expressão é emprestada de Orestes Aguillar (Carl Schmitt, el Teólogo y su Sombra. In: **Carl Schmitt, Teólogo de la Política**, p. 7 e ss).

27 Não é sem sentido que os teóricos críticos do Direito Internacional estejam fazendo verdadeira romaria ao legado de Schmitt, buscando nas suas críticas ao liberalismo internacionalista uma base para a análise e sustentação de suas próprias ponderações sobre o atual estágio do Direito e das Relações Internacionais. Ver, por exemplo, as abordagens feitas por Koskeniemi (Carl Schmitt, Hans Morgenthau, and the Image of Law in International Relations. In: BYERS, M. **The Role of Law in International Politics**. Oxford, UK: Oxford University Press, 2000. p. 17-34), e Rasch (A Just War? Or Just a War?: Schmitt, Habermas, and the Cosmopolitan Orthodoxy. **Cardozo Law Review**, (Carl Schmitt: Legacy and Prospects), New York, v. 21, n. 5/6, 2000. p. 1665-1684) além do já citado Carty (Carl Schmitt’s Critique of International Legal Order Between 1933 and 1945, p. 25 e ss). Existem, porém, *scholars* ligados à crítica do liberalismo internacionalista, por exemplo, Gattini (Sense and Quasisense of Schmitt’s *Grossraum* Theory in International Law – A Rejoinder to Carty’s ‘Carl Schmitt’s Critique of Liberal International Order, p. 65-68), que se manifestam contrários à recuperação da teoria schmittiana.

sões teológicas tão ao gosto de Schmitt, um conflito messiânico e de consequências apocalípticas, no qual o bem deve se opor ao mal por quaisquer meios necessários. Está claro que, segundo o jurista, quem usa tal argumentação acredita que sempre está do lado do bem e da justiça.²⁸

Habermas, no texto sobre a “Paz Perpétua” de Kant, em que esquematiza o que se pode considerar como um pré-projeto de uma teoria para as Relações Internacionais, tem como um dos principais objetivos responder a essas objeções de Schmitt. Leva a incumbência a sério, dedicando uma boa parte do texto a argumentar contra seu oponente intelectual²⁹ e “sua compreensão belicista das Relações Internacionais e da própria política”.³⁰

Habermas parte do princípio de que existe um liame de causalidade entre as duas objeções de Schmitt, de tal forma que a segunda depende da veracidade da primeira. Assim sendo, o filósofo germânico concentra-se em mostrar que a primeira está errada, impossibilitando automaticamente a plausibilidade da última. Em certo sentido, ele tenta comprovar que a célebre afirmação de Schmitt, “quem diz humanidade, quer enganar (*wer Menschheit sagt, will betrügen*)”, está equivocada. Assim, ele tenta explicar porque é que a concepção moderna de Direitos Humanos não se origina nos direitos morais, apesar de compartilhar com eles a pretensão à validade universal, mas na noção moderna de liberdades individuais; uma concepção, segundo ele, presente em Kant, que também considerava os Direitos Humanos direitos positivos. Assim sendo, “Direitos Humanos não devem ser confundidos com direitos morais”.³¹ Até porque se fosse para morali-

28 As palavras de Schmitt são mais eloquentes do que qualquer caracterização que este autor consiga fazer: “Quando um Estado luta contra seu inimigo em nome da humanidade, não se trata de uma guerra de humanidade e sim uma guerra para a qual determinado Estado procura ocupar um conceito universal frente ao seu inimigo, para (às custas de seu adversário) identificar-se com tal conceito, assim como se pode abusar da paz, justiça, progresso e civilização, para reivindicá-los para si e negar que existem do lado do inimigo... O emprego do nome humanidade, a apelação à humanidade, e confiscação dessa palavra, tudo isso só poderia, já que não se pode afinal de contas empregar sem certas consequências tais nomes sem problemas, manifestar a terrível pretensão de que se deve denegar ao inimigo a qualidade de homem, declará-lo *hors-la-loi* e *hors l’humanité* e com isso levar a guerra à extrema desumanidade” (SCHMITT, C. **O Conceito do Político**, p. 81).

29 HABERMAS, J. **Kant’s Idea of Perpetual Peace**, p. 136-149.

30 “Seinem bellizistischen Verständnis der internationalen Beziehung, ja von Politik überhaupt” (HABERMAS, J. *Inklusion- Einbeziehen oder Einschließen? Zum Verhältnis von Nation, Rechtsstaat und Demokratie*, p.176).

31 “Human rights should not be confused with moral rights” (HABERMAS, J. **Kant’s Idea of Perpetual Peace**, p. 146).

zar o Direito Internacional, ele próprio seria o primeiro a se insurgir contra a retórica dos Direitos Humanos. Porém, caso se fundamente a concepção de Direitos Humanos em cima de liberdades individuais positivadas, portanto em um Direito Internacional positivo, então as objeções de Schmitt ficam sem sentido, pois as ações em nome da humanidade deixam de ser moralmente motivadas, passando a ser o resultado da aplicação de determinada lei internacional – cosmopolita, no sentido de Habermas –, contemplando, neste caso, todas as garantias e direitos também para aqueles que estarão sendo alvos de uma ação coercitiva.³²

Porém, na leitura de Habermas, as investidas de Schmitt não têm nada a ver com uma tentativa de garantir a autonomia do Direito Internacional em face da pressão pela sua moralização e nem, pode-se acrescentar, com uma tentativa desesperada de salvar a política do conformismo consensualista liberal, como quer fazer acreditar Rasch.³³ O que motiva Schmitt não é nem mais nem menos a vontade de salvaguardar a velha ordem do Direito Internacional Público clássico, construída em Vestfália, na qual o Estado não pode sofrer na ordem internacional qualquer constrangimento legal às suas pretensões bélicas, garantido para si um *jus ad bellum* ilimitado. Por isso que o filósofo alemão vê no jurista precisamente o que se havia apontado anteriormente, ou seja, um defensor da guerra

32 Conforme Habermas aponta em um texto recente sobre a Guerra do Kosovo, “o almejado estabelecimento de uma condição cosmopolita significaria que as infrações contra os Direitos Humanos não serão julgadas e combatidas imediatamente a partir de pontos de vista morais, mas antes observadas como ações criminais dentro de uma ordem jurídica pública. A juridificação enérgica das Relações Internacionais não é possível sem procedimentos estabelecidos para a resolução de conflitos. Justamente a institucionalização desses procedimentos, em uma ordem juridicamente domesticada, protegerá as violações dos Direitos Humanos de um tratamento por meio de uma Moral não diferenciada do Direito e evitará a discriminação Moral não mediada do ‘inimigo’ [Die angstrebte Etablierung eines weltbürgerlichen Zustandes würde bedeuten, daß Verstöße gegen die Menschenrechte nicht unmittelbar unter moralischen Gesichtspunkten beurteilt und bekämpft, sondern wie kriminelle Handlungen innerhalb einer staatlichen Rechtsordnung verfolgt werden. Eine durchgreifende Verrechtlichung internationaler Beziehungen ist nicht ohne etabliert Verfahren der Konfliktlösung möglich. Gerade die Institutionalisierung dieser Verfahren wird den juristisch gezähmten Umgang mit Menschenrechtsverletzungen vor einer moralischen Entdifferenzierung des Rechts schützen und eine unvermittelt durchschlagende moralische Diskriminierung von ‘Feinden’ verhindern]” (HABERMAS, J. Bestialität und Humanität. Eine Krieg and der Grenze Zwischen Recht und Moral, *Die Zeit*, Hamburg, 29 April 1999). Apesar de se ter levado em consideração, como orientação a tradução existente para o português (Luiz Repa. *Cadernos de Filosofia Alemã*, São Paulo, n. 5, 1999) grande parte das traduções deste texto que, doravante, aparecerão foram próprias do autor.

33 RASCH, W. A Just War? Or Just a War? Schmitt, Habermas, and the Cosmopolitan Orthodoxy, p. 1682-3.

como um *ethos*, cuja necessidade é inerente à própria existência da comunidade política e da dicotomia entre amigo e inimigo.

Assim, a impossibilidade de se praticar a guerra livremente, pela sua abolição do cenário internacional, teria conseqüências gravíssimas sobre a própria essência do político. Na leitura de Habermas, Schmitt, seguindo Ernst Jünger e toda a tradição irracionalista teutônica, empreende um “aviso contra as conseqüências catastróficas da abolição da guerra por meio do papel pacificador do Direito [,] explicável somente por intermédio de uma metafísica que quando muito é uma relíquia de sua era e que, entretanto, também invoca a estética nua da guerra como a ‘tempestade de aço’”.³⁴ Como observado, anteciparam-se alguns elementos da teoria habermasiana, com o fito de contrapô-la à de Carl Schmitt, aos quais se voltará adiante.

2 A tensão entre Moral e Direito e a passagem do Direito Internacional ao Direito Cosmopolita.

No *Faticidade e Validade*, quando formula a sua Teoria do Direito, Habermas tenta ultrapassar o que seria uma tensão entre Direito e Moral, de certa maneira, entre legalidade e legitimidade, estabelecendo entre as duas dimensões uma relação de complementariedade que encamparia todo o fenômeno jurídico da modernidade.³⁵ No seu hercúleo labor, diante da

34 “Warning against the catastrophic consequences of abolishing war through the pacification of law is explicable only through a metaphysics that is at best a relic of its time and which in the meantime also invokes the somewhat naked aesthetics of war as ‘the storm of steel.’” (HABERMAS, J. *Kant’s Idea of Perpetual Peace*, p. 143-144).

35 Os propósitos deste texto passam ao largo de aspectos gerais da Filosofia do Direito de Habermas. Na realidade, esta incursão tem o objetivo limitado de pinçar alguns elementos que serão úteis para o desenvolvimento da análise da Filosofia do Direito Internacional de Habermas. Não obstante, vários artigos, em diversos países, têm analisado com grande propriedade a teoria jurídica do autor alemão. Entre as análises mais panorâmicas podem ser citadas as reflexões de Baynes (*Democracy and the Rechtsstaat: Habermas’s Faktizität und Geltung*. In: WHITE, S. (ed.). **The Cambridge Companion to Habermas**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1995. p. 201- 232), Dews (*Agreeing What’s Right? Review of Faktizität und Geltung* by Habermas. In: BERNSTEIN, J. (ed.). **The Frankfurt School. Critical Assessments**. London: Routledge, 1994. v. VI. p. 309-15), Chevigny (*Law and Politics in Habermas*. In: SUNDFELD, C. A. & VIEIRA, O. V. (Orgs.) **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p.107-123) e García Amado (*La Filosofia del Derecho de Habermas*. **Doxa**, Revista de Filosofia de Derecho, Alicante, n. 13, p. 235-258, 1993). Entre nós, destacam-se as pesquisas de Luiz Moreira (**Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999) e Cláudio Ladeira (**A Fundamentação do Princípio Filosófico de Legitimidade Jurídica em Habermas**. Florianópolis, Dissertação (Mestrado em Direito) UFSC, 1999).

criação de uma Teoria do Direito a partir do agir comunicativo, o companheiro privilegiado de Habermas é Kant, de quem parte para “reinventar” a Filosofia do Direito.³⁶ No pequeno sábio de Königsberg, Habermas encontra, primeiro, uma nítida separação entre Moral e Direito e, segundo, o estabelecimento do Direito a partir da positividade da Moral.³⁷ Se Habermas endossa a primeira adotando Kant, a partir do *Faticidade e Validade* reformula posições anteriores³⁸ e recusa a idéia kantiana de um Direito gerado somente a partir da Moral.³⁹ Do mesmo modo, rejeita a presunção kantiana de um sujeito moral auto-suficiente a ponto de gerar sozinho, intra-subjetivamente, as suas próprias regras morais, defendendo, pelo contrário, que o discurso deve fundamentar o Direito e esse remete necessariamente à geração de normas a partir da relação intersubjetiva de sujeitos autônomos e autolegisladores (O Princípio da Democracia).⁴⁰

Porém, essa parece não ser a conseqüência mais importante da recepção de Kant por Habermas. A bem da verdade, o que chama mais a atenção é a forma como a positividade se torna em Habermas na grande virtude do Direito Moderno. Em última instância, a positividade e a própria existência do Direito são a garantia de que regras universais seriam cumpridas, como diria Kant, se não por dever, pelo menos por respeito à lei.⁴¹ Se não é uma rendição ao ceticismo moral absoluto, nos dois autores, o Direito parece surgir como uma fórmula para salvaguardar a segurança e ordens sociais, atestando o fracasso prático, ou, pelo menos, a necessidade de complementação de ambas as filosofias morais; por isso o frankfurtiano pensa que “limites da moral pós-convencional, levam-na a uma complementação através de um Direito funcionalmente justificado”.⁴²

36 Delamar Dutra, em recente obra (**Kant e Habermas: A Reformulação Discursiva da Moral Kantiana**. Porto Alegre: EDIPUCS, 2002) sugere a tese de uma transformação na continuidade que caracterizaria a relação entre Kant e Habermas na filosofia moral.

37 KANT, I. **Die Metaphysik der Sitten** [a Metafísica dos Costumes]. Frankfurt: Suhrkamp, 1956. v. VIII.

38 HABERMAS, J. Law and Morality. **The Tanner Lectures on Human Values**. Delivered at Harvard. Salt Lake City: University of Utah Press, 1986. p. 219- 278.

39 HABERMAS, J. **Faktizität und Geltung**. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992. cap. III.

40 Ibid., cap. III

41 KANT, I. Grundlugen zur Metaphysik der Sitten [Fundamentação da Metafísica dos Costumes]. In: _____. **Kants Werke**. Akademie Textausgabe. Berlin: De Gruyter, 1968. v. IV.

42 "Grenzen einer postkonventionellen Moral, die eine Ergänzung durch Recht funktional begründen" (HABERMAS, J. **Faktizität und Geltung**, p. 149).

O que restaria, então, seria salvaguardar a legitimidade desse sistema criado em cima da legalidade ou, nas palavras do próprio Habermas, “a gestação da legitimidade a partir da legalidade”.⁴³ O ponto, com certeza, precisaria ser melhor aclarado. De qualquer modo, ele tem a função de introduzir no texto a questão da tensão presente em Habermas entre Direito e Moral, um aporte que ele constrói em constante diálogo com a Doutrina do Direito de Kant e que produz conseqüências inegáveis no domínio da análise que faz das Relações e do Direito Internacional.

Ademais, Habermas reconhece, nas suas reflexões sobre os fenômenos internacionais, em Kant, o contrapeso de Schmitt. Se o jurista representa a parte negativa da tradição alemã, que seria completada por personagens como Nietzsche, Hölderlin e os românticos, além de Wagner e Heidegger, se Hegel é demasiadamente ambíguo a respeito para ser classificado, Kant é o mais ilustre representante de um *ethos* germânico iluminista, universalista e pacifista, que também incluiria autores como Weber, Adorno e Kelsen. É como se Habermas quisesse dizer que apesar da Alemanha ter sido responsável pela Segunda Guerra Mundial e pelo Holocausto, dentro de sua tradição filosófica encontraria os potenciais de sua regeneração e o caminho para isso seria o universalismo. É o que ele deixa claro na sua obra *Passado como Futuro*, ao afirmar que “após Hitler e após Auschwitz os alemães têm todos os motivos para serem especialmente sensíveis ao universalismo, isto é, à indivisibilidade dos direitos reconhecidos internacionalmente e ao intercâmbio civil dos povos entre si”.⁴⁴

Assim, voltando ao assunto que interessa, pode-se dizer que a tensão entre Moral e Direito é transposta para a esfera internacional. Isso porque Habermas entende que se está em uma fase de transição nas relações exteriores, precisamente uma fase de embate entre Moral e Direito. Ou seja: perante um paradigma que está moribundo, mas ainda resiste, o realismo político, institucionalizado no Congresso de Vestfália, perante um regime jurídico das Relações Internacionais que não satisfaz mais os habitantes do planeta e que, ademais, tem eficácia duvidosa, tendo em vista a globalização, com a sua produção mundialmente repartida, pela crescente interde-

43 “Die Entschung von Legitimität aus Legalität” (Ibidem, p. 165).

44 HABERMAS, J. *Passado como Futuro*, p. 37.

pendência econômica, ecológica, política e militar entre as nações, uma nova necessidade se abre na área da regulamentação de questões que dizem respeito a todos, tais quais o meio ambiente, as armas nucleares, os Direitos Humanos etc.⁴⁵ Não obstante essa nova realidade, o velho paradigma realista e estatocêntrico, esvaziado de legitimidade, mantém-se vivo graças aos próprios mecanismos técnico-jurídicos que foram sendo criados, entre os quais os mais importantes são os princípios da soberania absoluta e da não-ingerência nos assuntos internos dos Estados.

Habermas observa isso e combate o princípio da soberania do Estado, travando nos últimos anos importante embate, junto com outros intelectuais alemães e europeus, pela federalização e constitucionalização da União Européia.⁴⁶ De qualquer modo, para o que interessa no momento, o autor observa que, em virtude da resistência estado-totalizante, a saída para a implementação da vontade soberana do *weltbürgerlicher* (o cidadão do mundo), termo que ele empresta de Kant⁴⁷ e da sociedade civil mundial, tem sido o recurso à Moral, o que remete à crítica de Carl Schmitt à moralização do Direito Internacional que, recorde-se, Habermas descartou.

O filósofo absorve – no sentido de aceitar –, os protestos de Schmitt em relação à moralização do Direito, de forma que para ele existe a necessidade imperiosa de abandonar, por completo, o Direito Internacional Clássico, sustentado pela soberania dos Estados e estabelecer um novo Direito que ele denomina, mais uma vez na linha de Kant, Direito Cosmopolita. Esse Direito poderia levar a efeitos análogos aos acontecidos no Estado Democrático de Direito, nos quais os Direitos Humanos foram incorporados às constituições como direitos fundamentais. A positivação dos direitos do cidadão do mundo e do direito das nações, portanto a legalidade, seria complementada pela legitimidade de um poder internacional que não mais agiria através de uma fundamentação moral, mas na seqüência de regras legítimas positivadas, dentro de um sistema em que os destinatá-

45 Cf: HABERMAS, J. Der europäische Nationalstaat- Zu Vergangeheit und Zukunft von Souverätität und Staatsbürgerschaft. In: _____ . **Die Einbeziehung des Anderen**, p. 128-153.

46 HABERMAS, J. Braucht Europa eine Vergassung? Eine Bemerkung zu Dieter Grimm. In: *Ibid.*, p. 185-191.

47 Cf: KANT, I. Zum Ewigen Frieden[Sobre a Paz Perpétua]. In: _____ . **Kants Werke**, Ak. VIII, p.341-386.

rios das normas, além de participarem de sua feitura, teriam as mais amplas garantias legais se algum dia essas normas tivessem de ser usadas contra eles próprios. É neste sentido que Habermas responde às objeções de Schmitt da moralização do Direito Internacional, uma “humanização” que levaria, na prática, segundo o jurista, à completa desumanização, uma vez que ela implicaria a estereotipação do “inimigo” como um *hostis generis humanis* que a humanidade teria de varrer da face da Terra. O inimigo, dentro do sistema humanizante, pensava Schmitt, não deve ser combatido politicamente por ser o outro, mas por ser mau ou feio.⁴⁸ Contrariamente ao pretendido pelo jurista, assevera Habermas, as ações dentro de uma ordem cosmopolita seriam completamente jurídicas e legítimas, não mais estando amparadas por princípios morais flutuantes, pleiteados por um Estado ou por um grupo limitado de Estados – como que intra-subjetivamente – a partir de suas concepções particulares de bem. Isso aconteceria pelo Direito Internacional, que serviria como instância de mediação; portanto, um mecanismo que impedisse que um Estado ou um grupo de Estados recorresse a conceitos como “humanidade”, “humanitário” ou “justo” para justificar seus interesses estratégicos, pretendendo com isso contornar o desafio feito por Schmitt, ao apontar um pretenso paradoxo no liberalismo internacionalista.⁴⁹

48 SCHMITT, C. **O Conceito do Político**, p. 52-48.

49 “... As ações policiais de uma organização mundial legitimada democraticamente, capaz de agir ganharia mais facilmente a denominação de meio para civilizar os conflitos internacionais do que as guerras limitadas[a proposta de Schmitt]. Estabelecer uma ordem cosmopolita significa que as violações aos Direitos Humanos não são mais condenadas e combatidas, sem mediação, a partir de um ponto de vista moral, mas são, alternativamente, jurisdicizadas como ações penais dentro de uma estrutura de uma ordem jurídica politicamente organizada de acordo com procedimentos jurídicos institucionalizados. Precisamente essa juridificação do estado de natureza entre os Estados nos protegeriam de uma desdiferenciação entre a moral e o direito e garantiria ao acusado proteção legal plena, mesmo nos casos de crimes de guerra ou crimes contra a humanidade. Mesmo tais casos estariam protegidos contra uma discriminação moral não mediada [...the police actions of a democratically legitimate world organisation capable of taking action would better earn the title of the means for ‘civilising’ international conflicts that would limited war. Establishing a cosmopolitan order means that violations of human rights are no longer condemned and fought from the moral point of view in an unmediated way, but are rather prosecuted as criminal actions within the framework of a state-organised legal order according to institutionalised legal procedures. Precisely such a juridification of the state of nature among states would protect us from a moral de-differentiation of law and would guarantee to the accused full legal protection, even in cases of war crimes and crimes of humanity. Even such cases are protected from unmediated moral discrimination]” (HABERMAS, J. **Kant’s Idea of Perpetual Peace**, p. 140).

Todo o sistema cosmopolita seria fundado a partir da reforma efetiva de instituições já existentes, dentre as quais a mais importante, a Organização das Nações Unidas. Ao contrário da tímida proposta de reforma das instituições internacionais feita recentemente por Rawls,⁵⁰ caracterizada pela manutenção das desgastadas estruturas básicas do Direito Internacional e que, em certa medida, é uma teoria de manutenção do *status quo*, a teoria de Habermas implica uma profunda mudança, cuja implementação revolucionaria todo o modo como se caracteriza o “internacional”.

A análise a ser realizada em seguida diverge substancialmente de outras recentes que, sob o prisma da teoria crítica ou do realismo político, insurgiram-se fortemente contra a teoria cosmopolita habermasiana. Entre as primeiras, podem ser citadas as de Giesen⁵¹ e Rasch,⁵² que caracterizaram a proposta de Habermas como sendo ocidentalista, paternalista, anti-democrática e defensora do *status quo*, por conseguinte totalmente ideológica; entre os últimos, por exemplo, Danilo Zolo⁵³ criticou o projeto habermasiano a partir de sua pretensa incompatibilidade com premissas anteriores do autor e pelo seu irrealismo.⁵⁴ As divergências do autor do presente estudo em relação a Habermas não se manifestam neste estágio de argumentação; pelo contrário, endossa-se aqui, pelo menos preliminarmente, as propostas cosmopolitas do filósofo, embora acredite-se que ele ceda demasiado às críticas exteriores ao projeto liberal internacionalista, de inspiração kantiana, no qual este trabalho também se inclui.

Bem, a formulação mais completa daquilo que Habermas vislumbra para a “nova ordem internacional” encontra-se na revisão feita da proposta kantiana da Paz Perpétua. Nesse escrito, propõe que seja criada uma segunda câmara na Assembléia-Geral das Nações Unidas, na qual os

50 RAWLS, J. **The Law of Peoples**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1999.

51 GIESEN, K.G. La constellation postnationale: Habermas et la seconde modernité. **Les Temps Modernes**, Paris, n. 610, p. 105-119, 2000.

52 RASCH, W. A Just War ? Or Just a War?: Schmitt, Habermas, and the Cosmopolitan Orthodoxy, p. 1667 e ss.

53 ZOLO, D. A Cosmopolitan Philosophy of International Law? A Realist Approach. **Ratio Juris**, (A Discursive Foundation for Law and Legal Practice: A Seminar on Jürgen Habermas Philosophy of Law), v. 12, n. 4, p. 429-444, 1999.

54 Em qualquer dos casos os referidos autores formulam interessantes objeções à Teoria das Relações Internacionais de Habermas (e indiretamente à Teoria Liberal Internacionalista) que, no entanto, não se procurará analisar e nem responder nesta ocasião.

representantes seriam eleitos diretamente por todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade e sem a mediação do Estado. A outra câmara, provavelmente a alta, continuaria recebendo os representantes nomeados pelos Estados. Caso determinados Estados não permitissem a participação de seus súditos ou não promovessem um processo de escolha democrático, então, seriam nomeadas ONGs com a função de representá-los; por sua vez, a Corte Internacional de Justiça teria de ser remodelada, admitindo, o que não faz até agora, petições individuais; o Conselho de Segurança teria de passar por uma reforma que espelhasse a real situação de poder do mundo atual, incluindo novas potências como a Alemanha ou o Japão ou novos atores como a União Européia, e teria de se mudar o sistema de tomada de decisões, abolindo o veto e adotando a regra da maioria. Este último órgão, o Conselho, seria o executivo mundial, com poder decisório forte e com capacidade de executar as suas determinações. Finalmente, seria necessária a criação de uma Corte Internacional Penal Permanente.⁵⁵ Em suma, o Direito Internacional (neste caso, Cosmopolita) seria institucionalizado como qualquer Estado Democrático de Direito com todos os seus poderes constitucionais.⁵⁶

Portanto, muito ousadamente, Habermas faz o desenho da nova estrutura do Direito Internacional, que ele denomina kantianamente de Direito Cosmopolita. Caso ela já estivesse implementada, questões como a agressão do Iraque ao Kuwait ou os graves crimes contra a humanidade cometidos, por exemplo, no Ruanda ou no Kosovo, que levaram à intervenção da OTAN na última, seriam pacíficas. As intervenções, em um ou no outro caso, seriam plenamente legítimas e não teriam nada de moral, pelo menos de uma moral não mediada; seriam resultado das decisões judiciais de um poder que, além de ter sido legitimado pelos próprios destinatários da norma, permitiria o acesso às instâncias judiciais para que aqueles que fossem sofrer os seus efeitos se defendessem.

⁵⁵ HABERMAS, J. *Kant's Idea of Perpetual Peace*, p. 134-5.

⁵⁶ Os recentes acontecimentos do "11 de Setembro", longe de demoverem o autor, fizeram com que ele se mostrasse ainda mais convicto da necessidade da instauração de uma nova ordem cosmopolita e do caráter imperioso de transformações radicais e abrangentes das Relações Internacionais (HABERMAS, J. Glaube, Wissen. Zum Friedenpreis des Deutschen Buchhandels: eine Dankrede [Fé, Conhecimento. Discurso de Agradecimento ao Prêmio da Paz da Associação Alemã de Livradores], *Sueddeutsch Zeitung*, München, 14 Okt. 2001).

Porém, Habermas está consciente de que, pelo menos por agora, e, provavelmente por algum tempo, essa revolução não tem como ser implementada. De modo que a questão é saber como proteger os Direitos Humanos em um mundo não jurídico, pelo menos no sentido que o autor entende o jurídico, isto é, quando o Direito se manifesta na sua mais perfeita acepção somente com a positivação, em outras palavras, quando a Moral mediada pelo Direito se transforma em lei positiva. Esta dificuldade, em um mundo em transição, é o que Habermas intitula de “dilema da política de Direitos Humanos”⁵⁷ e explicita através das seguintes palavras: “como essa reforma das Nações Unidas não está ainda muito próxima, a indicação da diferença entre a juridificação e moralização continua sendo uma resposta de fato correta, mas ambivalente. Pois, enquanto os Direitos Humanos forem institucionalizados no nível global de uma maneira relativamente fraca, a fronteira entre o direito e a moral podem ser obscurecidas como no caso presente”.⁵⁸ Assim, em termos práticos, o dilema surge porque como “o Conselho de Segurança é bloqueado, a OTAN pode simplesmente apelar à validade moral do Direito Internacional – às normas para as quais não existe nenhuma instância de aplicação e imposição jurídica que seja efetiva e reconhecida pela comunidade internacional”.⁵⁹ Como, então, para Habermas, deve-se agir para implementar uma política de Direitos Humanos em um mundo juridicamente imperfeito? É o que se procurará analisar no próximo item.

3 Indecisões em relação à fundamentação dos Direitos Humanos e as dificuldades de sua operacionalização no mundo atual

Antes de responder à questão feita no último item, deve ser analisada a forma como Habermas fundamenta os Direitos Humanos. Habermasianos como Dutra, muito recentemente, procuraram derivar do pensamento do

57 “Das dilemma der Menschenrechtspolitik” (HABERMAS, J. **Bestialität und Humanität**).

58 “Denn solange Menschenrechte auf globaler Ebene Vergleichsweise schwach institutionalisiert sind, kann sich die Grenze zwischen Recht und Moral wie im vorliegenden Fall verwischen” (Ibidem).

59 “Der sicherheitsrat blockiert ist, kann sich die Nato nur auf die moralische Geltung des Völkrechts berufen-auf Normen, für die keine effektiven, von der Völkergemeinschaft anerkannten Instanzen der Rechtsanwendung und -durchsetzung bestehen” (Ibidem).

autor uma fundamentação forte dos Direitos Humanos, contrapondo-a a fundamentações fracas como a feita, por exemplo, por Bobbio.⁶⁰ Porém, os seguidores do mestre alemão e o próprio Habermas, à primeira vista, teriam grandes dificuldades, a partir de toda a estrutura do pensamento habermasiano, em tentar fundamentar os Direitos Humanos de forma muito diferente em termos operacionais daquela que faz Bobbio. Neste sentido, as críticas feitas recentemente a Habermas pelo grupo de pesquisa de Höffe, quanto ao déficit de normatividade da sua Teoria do Direito, têm alguns argumentos que devem ser levados em consideração. Pinzani⁶¹ e Merle⁶² apontam que ele acaba caindo naquilo que censura às Teorias da Justiça, que tentam fundamentar os Direitos Humanos a partir de artifícios lógico-racionais como o “contrato social”, a posição original e outros, portanto, tendo necessidade de admitir Direitos Humanos pré-discursivos.

Algumas reflexões podem ser feitas acerca da tentativa de fundamentação realizada por Habermas, que se mostra, ao longo de alguns textos em que enfoca a questão, muito indeciso sobre o caminho a tomar. O sistema filosófico admirável que tão arduamente construiu ao longo dos últimos quarenta anos deixou-lhe com elementos nada favoráveis para essa empreitada. Primeiro, o abandono de uma razão completamente centrada no sujeito para uma razão intersubjetiva determina que a própria legitimidade moral e política decorra de um procedimentalismo, moral ou jurídico, que, uma vez dispensada qualquer pretensão à verdade moral e qualquer possibilidade de dedução racional dos princípios de justiça, torna-se no único meio de regulamentar a conduta pessoal.

Um segundo problema surge com a sua Filosofia do Direito. Habermas, praticamente, reduz, em termos de eficácia e, até, em certo sentido, de legitimidade, todo o direito à positividade. Se isso demonstra um avanço inegável da humanidade, não pode esgotar, no momento, todo o espectro jurídico, principalmente o internacional. De qualquer forma, o importante é ter

60 DUTRA, D. **Sobre a Fundamentação dos Direitos Humanos**. Florianópolis, 2001. Mimeo.

61 PINZANI, A. **Diskurs und Menschenrechte**. Habermas Theorie der Recht im Vergleich [Discurso e Direitos Humanos. A Teoria do Direito de Habermas em Contraposição]. Hamburg: Kovac, 2000.

62 MERLE, J.C. Quanto à falta de uma fundamentação última. Observações sobre uma premissa implícita da ‘justiça comutativa’ e da ética do discurso. **Veritas**. Revista de Filosofia, v. 46, n. 4, p. 517-526, 2001.

aqui presente que Habermas se limita a dar uma justificação filosófica aos direitos fundamentais, ou seja, os Direitos Humanos, que foram adotados por determinado ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito e que são imediatamente adjudicáveis diante dos judiciários daqueles países. Efetivamente, muito bom para aqueles países que gozam dessas condições; porém, péssimo para os indivíduos de inúmeros Estados do planeta que não possuem garantias jurídicas mínimas. Assim sendo, o que Habermas consegue é justificar a existência dos direitos fundamentais, no que toca aos Direitos Humanos universais, oponíveis *erga omnes*, e, independentemente do seu reconhecimento por algum ordenamento jurídico nacional ou internacional, a fundamentação de Habermas torna-se difícil e mostra-se ou muito confusa ou dependente da existência de um suposto consenso na tradição dos povos, idéia avançada quando trata da Guerra do Golfo e recorre à tese rawlsiana do consenso sobreposto (*overlapping consensus*) para justificar a criação de uma nova ordem mundial.⁶³

Uma última fórmula, muito usada pelo autor nos últimos tempos, é a das esferas de liberdade individual, garantidas a todos que desejam regular as suas vidas por *medium* do Direito.⁶⁴ Ora, desta forma, Habermas é obrigado a reconhecer que os Direitos Humanos teriam de ser fundamentados à parte do Estado, seriam pré-políticos e irrenunciáveis, a partir de uma dedução racional. Mesmo assim, fica o problema: e aqueles que vivem em comunidades que não reconhecem o Direito como meio ideal de regulamentação social não teriam direitos?

Com isso, vê-se que, ou Habermas recua um pouco na sua teoria e adota uma posição muito mais forte normativamente para os direitos humanos ou a sua teoria não vai passar das boas intenções quanto à fundamentação, almejando, no máximo, o mesmo que a de Bobbio, isto é, parar de fundamen-

63 “Será que meu colega John Rawls tem razão quando afirma que nas interpretações religiosas e seculares dos sentimentos morais e das experiências elementares de intercâmbio comunicativo existe um ‘consenso que se sobrepõe’, do qual a comunidade das nações pode lançar mão para encontrar as normas para uma convivência pacífica? (...) Eu estou convencido de que Rawls tem razão, que o conteúdo essencial dos princípios morais incorporados ao direito dos povos concordam com a substância normativa das grandes doutrinas proféticas que tiveram eco na história mundial e das interpretações metafísicas do mundo” (HABERMAS, J. **O passado como futuro**, p. 31-32).

64 HABERMAS, J. Acerca de la legitimación basada en los Derechos Humanos. In: _____ . **La constelación postnacional**. Ensayos políticos. Barcelona: Paidós, 2000.

tar os direitos humanos e passar a implementá-los.⁶⁵ Neste último quesito, realmente, Habermas mostra-se muito mais claro e conseqüente, recuperando a idéia de que “direitos, que devem garantir a qualquer um a igualdade de oportunidades na persecução dos próprios fins e uma completa proteção jurídica têm, evidentemente, um valor intrínseco (...)”⁶⁶

Seja como for, Habermas não percebe, na sua tentativa de acomodar os Direitos Humanos à soberania popular, isto é direitos moralmente gestados e direitos resultantes da pertença a uma determinada comunidade jurídica, que, conforme já notaram outros autores,⁶⁷ nem sempre tais direitos são compatíveis. Em certos casos, a estratégia privilegiada por Habermas para resolver os problemas morais e políticos da modernidade, que consiste em fazer uma síntese entre dois paradigmas diferentes, criando um terceiro (entre as limitações do liberalismo e do republicanismo, a democracia radical; entre o positivismo e o jusnaturalismo, a Teoria Discursiva do Direito etc.), simplesmente não pode ser aplicada. Inúmeras vezes, as pessoas deparam-se com situações em que têm de fazer uma escolha entre apenas dois paradigmas, não se conseguindo nenhuma fórmula de acomodação entre ambos. Assim sendo, muitas vezes, como observou recentemente Weinberger,⁶⁸ Direitos Humanos e soberania popular entram em choque e, acrescentando-se aqui, Habermas tem que fazer uma escolha. Por exemplo, em circunstâncias nas quais acontece uma ruptura de um regime democrático e o surgimento de um Estado totalitário (por exemplo, da República de Weimar ao Estado nazista), ou no caso das Relações Internacionais, o apelo quase “fetichista” ao Direito Positivo⁶⁹ não só não tem qualquer eficácia democrática, como também é nocivo. É o que

65 Cf: BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 1-83.

66 “Derechos, que deben garantizar a cualquiera una igualdad de oportunidades en la prosecución de sus propios fines y una completa protección jurídica, tienen, evidentemente, un valor intrínseco” (HABERMAS, J. *Acerca de la legitimación basada en los Derechos Humanos*, p. 152).

67 WEINBERGER, O. Legal Validity, Acceptance of Law, Legitimacy. Some Critical Comments and Constructive Approach. **Ratio Juris**, (A Discursive Foundation for Law and Legal Practice: A Seminar on Jürgen Habermas Philosophy of Law), v. 12, n. 4, p. 336-53, 1999. Apesar da mesma observação, a argumentação de Weinberger é diferente da que será feita aqui.

68 *Ibidem*, p. 347-349.

69 Estas considerações não se aplicariam a Robert Alexy (On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin’s Critique. **Ratio Juris**, v. 13, n. 2, 2000. p. 139 e ss), um autor que, apesar de gravitar em torno da teoria habermasiana, não partilha das suas teses acerca da relação entre Direito e Moral e, por isso mesmo, sofreu críticas do próprio Habermas (**Faktizität und Geltung**, cap. V).

parece que aconteceu com a análise de Habermas sobre a Guerra do Kosovo. Antes, porém, de fazer uma avaliação crítica ao autor, faz-se necessária uma reconstrução dos seus argumentos sobre este conflito.

O filósofo resolve a questão de forma muito pragmática. Repete solenemente que qualquer ação em favor dos Direitos Humanos, dentro de uma ordem não jurídica, somente pode ser moralmente motivada. Por isso mesmo, não passariam de normas morais impostas violentamente por uma parte que, mesmo agindo pelas “boas razões”, não tem legitimidade. Isto somente seria sanado, conforme supra-apontado, pela constituição de um Direito Cosmopolita. Segundo Habermas, “só quando os Direitos Humanos encontrarem o seu lugar em uma ordem jurídica democrática mundial de modo análogo ao que se sucedeu com os direitos fundamentais em nossas constituições nacionais, poderemos partir, na esfera global, da idéia de que os destinatários desses direitos podem compreender-se, ao mesmo tempo, como seus autores”.⁷⁰

Mas, então, isso significa que a sociedade internacional terá de se manter inerte perante situações de grave crise humanitária, quando populações civis forem massacradas pelo seu próprio Estado ou por grupelhos de bandidos mascarados de guerrilheiros ideológicos? No entender do autor, “seguramente, no Kosovo, os Estados intervencionistas tentam impor as reivindicações daqueles cujos Direitos Humanos são desrespeitados pelos próprios governos...”⁷¹ Porém, “mesmo dezenove Estados indubitavelmente democráticos continuam sendo parciais, quando se autorizam a interferir. Eles exercem uma competência para interferir e decidir que só cabe a instituições independentes, quando isso já parecia ser possível hoje; até agora eles agiram de maneira paternalista”.⁷² Ainda assim, “existem boas fundamentações morais para tais atos”,⁷³ que somente podem ser

70 “Erst wenn die menschenrechte, in einer weltweiten demokratischen Rechtsordnung in ähnlicher Weise ihren ‘Sitz’ gefunden haben wie die Grundrechte in unseren nationalen Verfassungen, werden wir auch auf globaler Ebene davon ausgehen dürfen, daß sich die Adressaten dieser Rechte zugleich als deren Autoren verstehen können” (HABERMAS, J. Bestialität und Humanität).

71 “Gewiß, im Kosovo, versuchen die Interventionsstaaten die Ansprüche derer durchzusetzen, deren Menschenrechte von der eigenen Regierung mit Füßen getreten werden” (Ibidem).

72 “Selbst 19 zweifellos demokratische Staaten bleiben, wenn sie sich selbst zum Eingreifen ermächtigen, Partei. Sie üben eine Interpretations- und Beschluskompetenz aus, die, wenn es heute bereits mit rechten Dingen zuginge, nur unabhängigen Institutionen zustünde; insoweit handeln sie paternalistisch” (Ibidem).

73 “Dafür gibt es gute moralischen Gründe” (Ibidem).

legitimados a partir de um ponto de vista moral, mas não jurídico, pois, conforme o pensador alemão, “quem, não obstante, age com a consciência da inevitabilidade de um paternalismo temporário sabe também que o poder que ele exerce ainda não possui a qualidade de uma coerção jurídica legitimada no quadro de uma sociedade cosmopolita democrática”,⁷⁴ e, “normas morais que apelam aos nossos melhores juízos não podem ser impostas como normas jurídicas estabelecidas (...)”.⁷⁵

No entanto, nas palavras do filósofo, “do dilema de ter de agir como se já houvesse a condição cosmopolita plenamente institucionalizada, sendo o propósito de acelerá-la, não decorre, contudo, a máxima de deixar as vítimas ao arbítrio de seus algozes”.⁷⁶ Conseqüentemente, se “a alienação terrorista do fim próprio ao poder público transforma a guerra civil clássica em um genocídio. Se as coisas não passarem de outra maneira, os vizinhos democráticos têm de acelerar o socorro legitimado pelo Direito Internacional”.⁷⁷ Todavia, ele deixa bem claro que se trata de uma situação não ideal que deve, no máximo, ser transitória e altamente contida pela necessidade de legitimação das instituições agora existentes, vale dizer pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, este sim, o único que pode autorizar tais medidas. Conforme aponta, “as instituições e procedimentos já existentes são os únicos controles disponíveis para os julgamentos falíveis de um partido que visa agir pelo todo”.⁷⁸

Mesmo com todas essas reticências e cuidados, Habermas sofreu virulentas críticas da esquerda europeia por ter justificado a intervenção no Kosovo. Por conta disso, dizem que, nos últimos anos, ele estaria cada vez mais se

74 “Wer aber im Bewußtsein der Unvermeidlichkeit eines vorübergehenden Paternalismus handelt, weiß auch, daß die Gewalt, die er ausübt, noch nicht die Qualität eines im Rahmen einer demokratischen Weltbürgergesellschaft legitimiert Rechtszwangs besitzt” (Ibidem).

75 “Moralischen Normen, die an unsere bessere Einsicht appellieren, dürfen nicht wie etablierte Rechtsnormen erzwungen werden” (Ibidem).

76 “Aus dem Dilemma, so handeln zu müssen, als gäbe es schon den voll institutionalisierten weltbürgerlichen Zustand, den zu befördern die Absicht ist, folgt jedoch nicht etwa die Maxime die Opfer ihren Schergen zu überlassen.” (Ibidem).

77 “Die terroristische Zweckentfremdung staatlicher Gewalt verwandelt den klassischen Bürgerkrieg in ein Massenverbrechen. Wenn es gar nicht anders geht, müssen demokratische Nachbarn zur völkerrechtlich legitimierten Nothilfe eilen dürfen” (Ibidem).

78 “Die bereits bestehenden Institutionen und Verfahren sind die einzig vorhandenen Kontrollen für die fehlbaren Urteile einer Partei, die für das Ganze handeln will” (Ibidem).

afastando do legado marxista da teoria crítica para se transformar no maior ideólogo do liberalismo europeu, chegando, segundo eles, ao ponto de justificar uma guerra,⁷⁹ conduzida por seus afilhados políticos⁸⁰ – da coligação Vermelha-Verde que governa a Alemanha –, em nome da sociedade civil global, acabando por produzir uma teoria segundo a qual, nas palavras de Giesen, “o direito de intervenção é também um direito do mais forte sobre o mais fraco, um direito de escolher onde intervir”.⁸¹ Este artigo, porém, defende que se Habermas peca na sua análise da Guerra do Kosovo, peca por timidez e indecisão, pois alguns de seus comentários, juntamente com a sua vinculação excessiva entre Direitos Humanos e positivismo internacional, impossibilitam uma clareza na sua reflexão sobre a proteção aos Direitos Humanos através do uso da força. A defesa da intervenção no Kosovo deveria ter sido mais enfática. Na realidade, parece que Habermas não consegue mais do que constatar o dilema da política dos Direitos Humanos; o paradoxo parece que se mantém depois de se ler a sua análise, sendo esta incapaz de fornecer uma base de atuação para a fase de “subinstitucionalização do Direito Cosmopolita”.⁸² Esse será o assunto focalizado no próximo item.

4 O dilema da política dos Direitos Humanos e a possibilidade da guerra justa humanitária: limites da teoria habermasiana

Este item tem a função de avaliar se Habermas consegue resolver o dilema que constata na “política dos Direitos Humanos” durante a “fase de transição”, caracterizada, recorde-se, por um lado, pela necessidade de pro-

79 RIPPERT, U. *Bestiality, Humanity and Servility (How Habermas Defends the Balkan War)*, **World Socialist**, International Committee for the Fourth International, 1999.

80 Nas palavras de Antje Vollmer (Ritter der Übermoral [Cavaleiros da Super-Moral], **Frankfurt Allgemeine Zeitung**, 27 Sep. 1999), “Habermas, apesar de toda reflexão, concedeu absolvição filosófica aos seus alunos políticos pela guerra de intervenção humanitária. Talvez esta filosofia conselheira do príncipe tenha relação com a morte da teoria crítica [Habermas at- trotz aller Bedenken seinen politischen Schülern für den krieg der humanitären Intervention die philosophische Absolution eiteilt. Vielleicht hat dieses Bei-Hofe-Philosophieren mehr mit dem Ende der Kritischen Theorie zu tun als das Beispiel].”

81 “Le Droit de Intervention est aussi un droit du plus fort sur le plus faible, un droit de choisir où intervenir” (GIESEN, K.G. *La constellation postnationale: Habermas et la seconde modernité*, p. 113).

82 “Des Unterinstitutionalisierung Weltbürgerrechts” (Ibidem).

teger as vidas e integridade física de pessoas que, em diversas partes do mundo, são vítimas de perseguições, sejam elas religiosas, políticas, raciais ou sexuais, e, por outro, pela ausência ou o funcionamento deficiente de normas e instituições legítimas para tanto.

Viu-se que a questão seria pacífica se já estivesse inserida numa condição cosmopolita, na qual o Direito Internacional Cosmopolita, entendido como Direito dos Povos e como Direito dos Cidadãos do Mundo, já estivesse completamente institucionalizado, de tal modo que ações policiais em defesa dos direitos humanos seriam empreendidos por organizações legítimas, cujas decisões seriam tomadas a partir da participação dos representantes tanto dos Estados quanto dos próprios *weltbürgerlicher*. Além disso, essa nova estrutura a ser criada teria todos os canais jurídicos de defesa contra intervenções abusivas por parte das Organizações Internacionais encarregadas de manter a segurança e proteger os Direitos Humanos em nível global. Seria uma Federação Global de Estados Livres, na qual haveria, tanto a limitação da soberania dos Estados-nação em face da Federação quanto do seu poder diante dos Estados. Quem faria essa mediação seriam instituições jurídicas e, com certeza, algum tipo de constituição do mundo, similar à Carta da ONU.

Essa seria a parte pacífica do problema. A parte mais espinhosa é verificar se, enquanto não for criada a nova ordem global, uma coligação de países poderia usar a força militar e agir para proteger pessoas, de um determinado Estado, alvos de violações maciças aos Direitos Humanos. Ao responder à questão, deve-se levar em conta que Habermas mostra-se muito indeciso quanto a uma fundamentação realmente forte dos Direitos Humanos, uma fundamentação independente da sua aceitação por um ordenamento jurídico positivo. Daí que vai concluir pela impossibilidade de haver uma intervenção humanitária-jurídica no presente momento das Relações Internacionais. Não obstante, afirma que ela poderia ser feita, a dada altura, desde que motivada a partir de um ponto de vista moral; no entanto, como aliás já tinha demonstrado, ao aceitar as objeções de Schmitt em relação aos efeitos nefastos da moralização da guerra, o autor mostra-se, mesmo nesses casos, muito reticente em concordar com a existência de intervenções similares à do Kosovo. No caso concreto, ela teria de ser aceita, a partir da tal fundamentação moral; porém, isso não poderia se tornar uma

regra. Mais uma vez, na argumentação do intelectual germânico, “não decorre contudo, a máxima de deixar as vítimas para os seus algozes (...) Se não existir alternativa, os vizinhos democráticos têm de acelerar o socorro legitimado pelo Direito Internacional (...)”.⁸³ No entanto, lembre-se de que adverte que as instituições “já existentes são os únicos controles disponíveis para os julgamentos falíveis de um partido que visa agir pelo todo”⁸⁴ e, portanto, “a auto-autorização da OTAN não pode tornar-se uma regra”.⁸⁵

Algumas ilações podem ser tiradas a partir dessas sentenças de Habermas. De uma parte parece que o autor não domina conceitualmente os institutos do Direito Internacional, pois, após escrever o texto para justificar que, apesar dos pesares, a intervenção humanitária poderia ser justificada através de um ponto de vista moral, ele recorre à expressão “as instituições já existentes são os únicos controles”, o que é contraditório, uma vez que se a intervenção foi feita precisamente porque o Conselho de Segurança, como de costume se manteve inerte, então, como confiar exclusivamente nas “instituições já existentes” para proteger os Direitos Humanos? De outra parte, como entender que, em virtude do exposto, se não está para breve a constituição dessa sociedade cosmopolita, se as violações graves aos Direitos Humanos estão cada vez mais intensas, se “Estados como a Líbia, Iraque ou Sérvia equilibram suas relações instáveis na parte interna por meio da dominação autoritária e da política identitária”,⁸⁶ pois “enquanto se comportam de maneira expansionista para o exterior, são sensíveis nas questões de fronteiras e insistem neuroticamente em sua soberania”,⁸⁷ e, finalmente, se é sabido que as Nações Unidas, salvo raras exceções, permanecem inertes, como “a auto-autorização da OTAN não pode tornar-se uma regra”?⁸⁸

83 “Den zu befördern die Absicht ist, folgt jedoch nicht etwa die Maxime die Opfer ihren Schergen zu überlassen... Wenn es gar nicht anders geht, müssen demokratische Nachbarn zur völkerrechtlich legitimiert Nothilfe eilen dürfen “ (Ibidem).

84 “Sind die einzig vorhandenen Kontrollen für die fehlbaren Urteile einer Partei, die für das Ganze handeln will” (Ibidem).

85 “Die Selbstermächtigung der Nato darf nicht Regelfall werden” (Ibidem).

86 “Staaten wie Lybien, Irak oder Serbien gleichen ihre instabilen Verhältnisse im Inneren durch autoritäre Herrschaft und Identitätspolitik aus” (Ibidem).

87 “Während sie sich nach außen expansionistisch verhalten, in Grenzfragen sensibel sind und neurotisch auf ihre Souveränität pochen” (Ibidem).

88 “Die Selbstermächtigung der Nato darf nicht Regelfall werden” (Ibidem)

Assim sendo, admite-se que Habermas está coberto de razão quando aponta que uma das grandes conquistas da modernidade foi estabelecer um Direito Positivo legítimo que tem como uma de suas dimensões essenciais os direitos fundamentais e que os Direitos Humanos estariam muito melhor tutelados se fosse criada essa ordem cosmopolita, na qual as garantias individuais internacionais fossem positivadas. Agora, quanto ao problema a resolver, isto é, se é possível nesta “fase de transição” agir pela força em defesa dos Direitos Humanos, Habermas não dá uma resposta muito airosa. A bem da verdade, parece que ele adota uma posição, não obstante as boas intenções, um pouco aquém das recentemente tomadas por outros filósofos que abordaram a questão, como, Rawls⁸⁹ e Walzer,⁹⁰ na senda do que já fizera Kant.⁹¹ Esses ao adotarem a “velha” doutrina da guerra justa, admitem a intervenção humanitária contra Estados que cometerem graves crimes contra os Direitos Humanos. Habermas, ao recusar qualquer possibilidade de haver uma moralização da guerra, conforme a crítica de Schmitt, e, ao adotar uma perspectiva pouco normativista dos Direitos Humanos, como um Rawls ou um Höffe, restringe a possibilidade de se agir na proteção dos Direitos Humanos antes de se criar uma instituição cosmopolita, recusando que ela se “torne uma regra”. Valeria até repetir as palavras dirigidas por Pinzani a Habermas acerca de sua Teoria do Direito quando asseverou que se “realmente o direito precisa substituir a moral, como Habermas pretende, então a teoria do direito não

89 Rawls incorpora uma noção de *jus cogens*, normas com validade *erga omnes*, que permitiria uma maior maleabilidade na questão de forçar Estados que violam os Direitos Humanos a cumprir os padrões internacionais sob pena de sofrer intervenções. Assim sendo, no modelo rawlsiano não seria necessária uma estrutura institucional semelhante ao Direito Cosmopolita de Habermas para que as intervenções em favor dos Direitos Humanos fossem feitas de pleno direito (RAWLS, J. **The Law of Peoples**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1999. p. 79-81; 91-94).

90 Walzer, na terceira edição do seu famoso livro *Just and Unjust Wars*, editado já após a guerra do Kosovo, entende que, apesar de uma ação coletiva, multilateral e institucional, por meio de uma organização internacional ser muito melhor, caso, como acontece em geral, ela não puder ser feita, não existiria problema em que uma coalizão de países, agisse com celeridade em defesa dos Direitos Humanos. (WALZER, M. **Just and Unjust Wars**. A Moral Argument with Historical Illustrations. 3. ed. New York: Basic Books, 1999. p. xii-xiv).

91 DELGADO, J. Os Direitos da Paz e da Guerra e os dois Momentos do Estado de Natureza na Teoria Kantiana das Relações Internacionais, Palestra apresentada no **III Congresso Kant. Perspectivas Kantianas para o Século XXI**, Sociedade Kant/Brasil, Itatiaia, Estado do Rio de Janeiro, 5 Nov 2001.

pode desconsiderar a justiça”.⁹² Pois bem, nos casos das intervenções humanitárias Habermas desconsiderou a justiça.

Não se pode, contudo, deixar de reconhecer que o medo que Habermas tem de abrir essa possibilidade é justificado, já que, realmente, uma moralização da guerra poderia ser perigosa e, mais, poderia servir para encobrir interesses escusos das grandes potências e daqueles que têm poder militar suficiente para ações bélicas de cunho imperialista, mas que necessitam da legitimidade, que seria dada pela proteção aos direitos humanos.⁹³ Não obstante, poder-se-ia pensar em uma interpretação peculiar da “doutrina de guerra justa”, assumindo um entendimento que poderia ser denominado de para-jurídico, ou seja, segundo o qual as intervenções humanitárias deveriam poder ser realizadas fora do espectro institucional existente, desde que fossem observados determinados requisitos, por exemplo, os avançados pelo internacionalista italiano Antonio Cassese.⁹⁴

Conclusão

Para concluir, pode-se dizer que, apesar das boas intenções, Habermas não consegue resolver o problema do “dilema da política dos Direitos Humanos” na fase de transição. Na prática, parece que, para ele, enquanto o

92 “Wenn das Recht tatsächlich die Moral ersetzten muß, wie Habermas meint, dann darf eine Rechtslehre die Gerechtigkeit nicht unberücksichtigt lassen...” (PINZANI, A. **Diskurs und Menschenrechte**, p. 161).

93 Mais razão mostrou quando, muito recentemente, constatou que os próprios Estados que costumam comandar este tipo de operação, isto é, os países ocidentais, especificamente os Estados Unidos, por algum tempo se viram seduzidos pela retórica apocalíptica da fé e da justiça infinita. Conforme ponderou na altura, “fomos levados para o imaginário bíblico pelo que assistimos nos ecrãs da TV. A linguagem da retribuição usada inicialmente – e repito, inicialmente – pelo presidente americano em reação aos acontecimentos ressoou como o Velho Testamento [Drängten sich am fernsehschirm biblische Bilder auf. Und die Sprache der Vergeltung, in der zunächst- ich sage, zunächst- der amerikanische Präsident reagirte, erhielt alttestamentarischen klang]” (HABERMAS, J. Glaube, Wissem).

94 Cassese (*Ex Iniura Ius Oritur: are we Moving to International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?* **European Journal of International Law**, Florence, v. 10, n. 1, 1999. p. 23-30) estabelece alguns critérios para tornar aceitável uma intervenção unilateral, similar à da OTAN no Kosovo, sem a necessidade de aprovação pelo Conselho de Segurança: a) violações graves e maciças aos direitos humanos; b) comprovação de ação ou omissão do governo; c) Conselho de Segurança impossibilitado de tomar as medidas cabíveis; d) esgotadas, sem sucesso, todas as tentativas de composição diplomática; e) ação coletiva, realizada por um grupo de Estados, sem a oposição de outros; f) uso da força, exclusivamente para alcançar o objetivo de proteger os indivíduos ameaçados.

“mundo cosmopolita” não se estruturar, as coisas permanecerão como estão. De qualquer forma, eventualmente, incorreu-se em análise injusta do entendimento do autor a respeito, pois os pequenos artigos em que Habermas procura estruturar a questão podem não ser o veículo mais adequado para fazer o tipo de reflexão crítica que se fez nesta oportunidade. Caso, no entanto, a análise ora realizada estiver correta, a teoria habermasiana a respeito teria de ser completada por ele ou por autores que se propõem a aplicar à realidade política internacional as suas teses sobre o Direito.

Talvez fosse necessário um outro enfoque para dar à Teoria do Discurso uma formulação sólida sobre a questão da guerra e dos Direitos Humanos nesta “fase de transição” do Direito Internacional Clássico para o Direito Cosmopolita, tarefa nada fácil se atentar-se para os problemas que a Teoria do Discurso *à la Habermas* apresenta, principalmente pela sua fundamentação dos Direitos Humanos e por se caracterizar pela necessidade de uma vinculação necessária e imediata entre Direitos Humanos e *Lex Positiva*. Apesar disso, o tom crítico em larga medida é enganador. Não existe uma oposição real com Habermas, somente operacional. O único motivo por que foram destacados mais os aspectos dissonantes do que os concordantes se deveu aos objetivos limitados deste texto.

Referências consultadas

AGUILLAR, O. Carl Schmitt, el Teólogo y su Sombra. In: _____ . (org.) **Carl Schmitt, Teólogo de la Política**. México: Fondo de Cultura Económica, 2001. p. 7-17

ALEXY, R. On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin’s Critique. **Ratio Juris**, v. 13, n. 2, p. 138-147, 2000.

ARON, R. **Paix et Guerre entre les Nations**. 6. ed. rev. et atua. Paris: Calmann-Levy, 1968.

BAYNES, K. Democracy and the *Rechtsstaat*: Habermas’s *Faktizität und Geltung*. In: WHITE, S. (ed.) **The Cambridge Companion to Habermas**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1995. p. 201- 232.

BENDERSKY, J. **Carl Schmitt: Theorist for the Reich**. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1983.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CARR, E.H. **Vinte anos de crise: 1919-1939** [The Twenty Years Crisis]. Brasília: UNB, 1981.

CARTY, A. Carl Schmitt's Critique of International Legal Order Between 1933 and 1945. **Leiden Journal of International Law**, Leiden, v. 14, n. 1, p. 25-76, 2001.

CASSESE, A. *Ex Iniura Ius Oritur*: are we Moving to International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community? **European Journal of International Law**, Florence, v. 10, n. 1, p. 23-30, 1999.

CHEVIGNY, P. Law and Politics in Habermas. In: SUNDFELD, C. A. & VIEIRA, O. V. (orgs.) **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p.107-123.

DELGADO, J. Os Direitos da Paz e da Guerra e os dois Momentos do Estado de Natureza na Teoria Kantiana das Relações Internacionais, Palestra apresentada no **III Congresso Kant. Perspectivas Kantianas para o Século XXI**, Sociedade Kant/Brasil, Itatiaia, Estado do Rio de Janeiro, 5 Nov 2001.

DEWS, P. Agreeing What's Right? Review of *Faktizität und Geltung* by Habermas. In: BERNSTEIN, J. (ed.) **The Frankfurt School**. Critical Assessments. London: Routledge, 1994. v. VI. p. 309-15.

DUTRA, D. **Sobre a Fundamentação dos Direitos Humanos**. Florianópolis, 2001. Mimeo. _____. **Kant e Habermas: A Reformulação Discursiva da Moral Kantiana**. Porto Alegre: EDIPUCS, 2002.

GARCÍA AMADO. La Filosofía del Derecho de Habermas. **Doxa**, Revista de Filosofía de Derecho, Alicante, n. 13, p. 235-258, 1993.

GATTINI, A. Sense and Quasisense of Schmitt's *Grossraum* Theory in International Law – A Rejoinder to Carty's Carl Schmitt's Critique of Liberal International Order. **Leiden Journal of International Law**, Leiden, v. 15, n. 1, p. 53-68, 2002.

GIESEN, K.G. La constellation postnationale: Habermas et la seconde modernité. **Les Temps Modernes**, Paris, n. 610, p. 105-119, 2000.

HABERMAS, J. **Der philosophische Diskurs der Moderne**. Zwölf Vorlesungen. Frankfurt: Suhrkamp, 1985.

_____. Law and Morality. **The Tanner Lectures on Human Values**. Delivered at Harvard. Salt Lake City: University of Utah Press, 1986. p. 219- 278.

_____. Consciencia histórica e identidad postradicional. La orientación de la República Federal hacia Occidente. In: _____. **Identidades nacionales y postnacionales**. Madrid: Tecnos, 1989. p. 83-109.

_____. Carl Schmitt: los terrores de la autonomía. In: _____. **Identidades nacionales y postnacionales**. Madrid: Tecnos, 1989. p. 67-82.

_____. **Faktizität und Geltung**. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats [Faticidade e Validade. Contribuição para uma Teoria Discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito]. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

_____. **O passado como futuro** [Vergangenheit als Zukunft]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993 [1990].

_____. **Die Einbeziehung des Anderen**. Studien zur politischen Theorie [A Inclusão do Outro. Estudos de Teoria Política]. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

_____. Kant's Idea of Perpetual Peace, with the Benefit of Two Hundred Years Hindsight. In: BOHMAN, J. & LUTZ-BACHMANN, M. (eds.) **Perpetual Peace**. Essays on Kant's Cosmopolitan Ideal. Cambridge, Mass: MIT Press, 1997. p. 113-153.

_____. Bestialität und Humanität. Eine Krieg an der Grenze Zwischen Recht und Moral [Bestialidade e Humanidade. Uma Guerra na Fronteira entre Direito e Moral], **Die Zeit**, Hamburg, 29 April 1999.

_____. Acerca de la legitimación basada en los Derechos Humanos. In: _____. **La constelación postnacional**. Ensayos políticos. Barcelona: Paidós, 2000. p. 147-166.

_____. La modernidad: un proyecto inacabado. In: _____. **Ensayos Políticos**. Barcelona: Península, 2000.

_____. Glaube, Wissen. Zum Friedenpreis des Deutschen Buchhandelns: eine Dankrede [Fé, Conhecimento. Discurso de Agradecimento ao Prêmio da Paz da Associação Alemã de Livreiros], **Sueddeutsch Zeitung**, München, 14 Okt. 2001.

KANT, I. **Die Metaphysik der Sitten** [a Metafísica dos Costumes]. Frankfurt: Suhrkamp, 1956. v. VIII..

_____. Grundlugen zur Metaphysik der Sitten [Fundamentação da Metafísica dos Costumes]. In: _____. **Kants Werke**. Akademie Textausgabe. Berlin: De Gruyter, 1968. v. IV.

_____. Zum Ewigen Frieden[Sobre a Paz Perpétua]. In: _____. **Kants Werke**. Akademie Textausgabe. Berlin: De Gruyter, 1968. v. VIII.

KERVEGAN, J.F. Carl Schmitt et L'Unité du Monde. **Daimon**. Revista de Filosofia, Múrcia, n. 13, p. 99-114, 1996.

KOSKENNIEMI, M. Carl Schmitt, Hans Morgenthau, and the Image of Law in International Relations. In: BYERS, M (ed.). **The Role of Law in International Politics**. Oxford, UK: Oxford University Press, 2000. p. 17-34.

LADEIRA, C. **A Fundamentação do Princípio Filosófico de Legitimidade Jurídica em Habermas**. Florianópolis, Dissertação (Mestrado em Direito) UFSC, 1999.

MARTINS, A. **O Pensamento Político-Constitucional de Carl Schmitt**, Florianópolis, 1996. Dissertação (Mestrado em Direito) UFSC, 1996.

MERLE, J.C. Quanto à falta de uma fundamentação última. Observações sobre uma premissa implícita da 'justiça comutativa' e da ética do discurso. **Veritas**. Revista de Filosofia, v. 46, n. 4, p. 517-526, 2001.

MOREIRA, L. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

MORGENTHAU, H. **La política entre las naciones** [Politics among Nations]. Buenos Aires: GEL, 1992.

PINZANI, A. **Diskurs und Menschenrechte**. Habermas Theorie der Recht im Vergleich [Discurso e Direitos Humanos. A Teoria do Direito de Habermas em Contraposição]. Hamburg: Kovac, 2000.

RASCH, W. A Just War? Or Just a War?: Schmitt, Habermas, and the Cosmopolitan Orthodoxy. **Cardozo Law Review**, (Carl Schmitt: Legacy and Prospects), New York, v. 21, n. 5/6, p. 1665-1684, 2000.

RAWLS, J. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993.

_____. **The Law of Peoples**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1999.

RIPPERT, U. Bestiality, Humanity and Servility (How Habermas Defends the Balkan War). **World Socialist**, International Committee for the Fourth International, 1999.

SCHMITT, C. **El Nomos de Tierra en el Derecho del Jus Publicum Europaeum** [Der Nomos der Erde]. Madrid: CEC, 1979.

_____. **O Conceito do Político**. [Der Begriff des Politischen]. (trad.) A. Valls. Petrópolis, RJ: Vozes, 1992.

_____. Conceptos y posiciones en la guerra con Weimar-Ginebra-Versalles, 1923-1939 [Positionen und Begriff]. In: AGUILLAR, H. (org.). **Carl Schmitt, Teólogo de la Política**. México: Fondo de Cultura Económica, 2001. p. 65-166.

_____. Tierra y Mar. Consideraciones sobre la Historia Universal [Land und Meer]. In: AGUILLAR, H. (org.). **Carl Schmitt, Teólogo de la Política**. México: Fondo de Cultura Económica, 2001. p. 345-394.

VAGTS, D. International Law in the Third Reich. **American Journal of International Law**, Washington, v. 84, n. 3, p. 661-704, 1990.

VOLMMER, A. Ritter der Übermoral [Cavaleiros da Super-Moral], **Frankfurt Allgemeine Zeitung**, 27 Sep. 1999.

WALZER, M. **Just and Unjust Wars**. A Moral Argument with Historical Illustrations. 3. ed. New York: Basic Books, 1999.

WEINBERGER, O. Legal Validity, Acceptance of Law, Legitimacy. Some Critical Comments and Constructive Approach. **Ratio Juris**, (A Discursive Foundation for Law and Legal Practice: A Seminar on Jürgen Habermas Philosophy of Law), v. 12, n. 4, p. 336-53, 1999.

ZOLO, D. A Cosmopolitan Philosophy of International Law? A Realist Approach. **Ratio Juris**, (A Discursive Foundation for Law and Legal Practice: A Seminar on Jürgen Habermas Philosophy of Law), v. 12, n. 4, p. 429-444, 1999.