ENSAIO

Justiça e Democracia
Entre a 'Tirania da Maioria' e a 'Usurpação Judicial'

Em Maio de 2008, o Supremo Tribunal da Califórnia decidiu que a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo violava a Constituição do Estado. Pouco depois – em Novembro, no mesmo dia em que Obama foi eleito – o povo da Califórnia aprovou em referendo (contra Hollywood e Sillicon Valley, contra a Google e o New York Times...) uma emenda constitucional que fixava a definição do casamento como união entre um homem e uma mulher (tal como aconteceu na maioria dos Estados americanos).

POR **PEDRO FERRO**

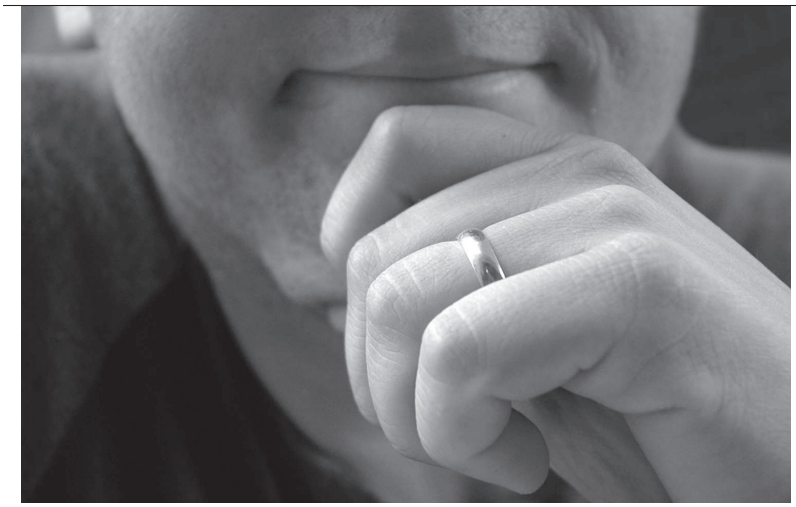
MESTRE PELO INSTITUTO DE ESTUDOS POLÍTICOS DA UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Em Janeiro de 2010, começou o julgamento do caso *Perry v. Schwarzenegger* perante o mesmo Supremo Tribunal: contra o Estado da Califórnia, activistas *gay* alegam que aquela emenda constitucional estadual – e a vontade da maioria – lesam 'direitos fundamentais' e ferem o princípio da igualdade constante da Constituição federal. Qualquer que seja o desfecho deste processo, é muito provável que termine apenas no Supremo Tribunal dos EUA.

Vale a pena recuar um pouco no tempo. Em 1857, no caso *Dred Scott v. Sanford*, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos declarou que todos os negros – escravos ou livres – não eram nem podiam vir a ser cidadãos americanos (e, na prática, seres humanos). O tribunal declarou ainda inconstitucional a legislação que ilegalizava a escravatura em alguns Estados, nos termos da *Northwest Ordinance* de 1787 (acto do Congresso da Confederação) e do *Missouri Compromise* de 1820. De acordo com o *Chief Justice* Roger B. Taney, essas leis violavam um 'direito fundamental': o direito constitucional de propriedade. Mais tarde, no processo *Lochner v. New York* (1905) e em outros da mesma época (até 1937), o Supremo invalidou diversa legislação laboral e social – que estabelecia limites máximos de horas de trabalho e fixava salários mínimos – em nome da liberdade contratual. O Tribunal descobrira aí agressões a um 'direito fundamental', protegido implicitamente na Cláusula do Processo Legal Justo da 14ª Emenda, e em concreto na exigência de um 'processo substancialmente justo' (*substantive due process*). Esta orientação jurisprudencial levou F. D. Roosevelt, irritado, a proceder à alteração do número de juízes do Supremo e à nomeação sistemática de magistrados que não impedissem a agenda legislativa socializante. Posteriormente, no caso *Roe v. Wade* (1973), o mesmo Tribunal considerou que o aborto era um 'direito fundamental', anulando as restrições legais a essa prática. Implicitamente, considerou que os nascituros não tinham direito à vida. Como base para essa decisão, o Tribunal descortinara um direito constitucional à privacidade, emanando do princípio do 'processo substancialmente justo' – a mesma doutrina jurisprudencial que fabricara o direito constitucional à conservação de escravos em 1857 e o direito constitucional à exploração dos trabalhadores na 'era Lochner'. Contudo, se fosse outra a 'leitura moral' da Constituição, para utilizar a expressão de Ronald Dworkin , os direitos funda-

COMO PODEMOS FUNDAMENTAR OS VALORES ESSENCIAIS, QUE NÃO ESTÃO SUJEITOS AO JOGO DA MAIORIA E MINORIA? QUAL O ESTEIO DA INVIOLABILIDADE DE ALGUNS DIREITOS E DA INADMISSIBILIDADE DE DETERMINADAS LEIS? QUAL O FUNDAMENTO DOS LIMITES DO PODER (LEGISLATIVO, EXECUTIVO OU JUDICIAL)?

46 62 Ensaio.indd 58 9/30/10 6:25:34 PM



mentais lobrigados seriam certamente diversos.

Referindo-se ao caso *Dred Scott*, em momentos diferentes, Abraham Lincoln tocou nos pontos cruciais suscitados pela breve incursão acima ensaiada. Por um lado, o da democracia: "…se a política do governo em matérias vitais que afectam todo o povo vier a ser irrevogavelmente determinada por decisões do supremo tribunal (…) terá o povo cessado de ser governante de si próprio, tendo nessa medida entregue o seu governo, na prática, nas mãos desse eminente tribunal" . Por outro lado, o da justiça substancial (a bondade ou maldade moral da escravatura ou do aborto):

> "…[os autores da Declaração de Independência] definiram com razoável clareza em que domínios consideraram todos os homens como seres iguais – iguais em «certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a procura da felicidade». Foi isto que disseram e foi isto que quiseram dizer. Não quiseram afirmar a óbvia não verdade de que, naquela altura, todos estavam a gozar efectivamente de igualdade, ou que estavam prestes a conceder-lha (…). Pretenderam, tão-só, declarar o justo, de modo que a sua eficácia pudesse sobreviver logo que as circunstâncias o permitissem. Pretenderam estabelecer um padrão máximo para a sociedade livre, que havia de ser por todos conhecido e por todos honrado…".

Sublinho, "pretenderam declarar o justo": um princípio objectivo de justiça, não meramente convencional ou historicamente contingente, capaz de julgar o direito positivado pela acção legislativa ou judicial. Para tal, apelaram a um 'direito natural' – invocando as "leis da natureza" e o "Deus da natureza", combinando ingredientes clássicos e modernos – que constituiria esse padrão de justiça transcendente e independente do ideal social histórico. Provavelmente, a nação americana – tal como as europeias – já não "acarinha a fé na qual foi concebida e criada", nem reconhece a auto-evidência dessas verdades, como suspeitava Leo Strauss em 1953 . De qualquer modo, o senso comum rebela-se uma e outra vez, teimosamente, contra a ideia de que é arbitrária a distinção entre bem e mal, entre certo e errado, dependendo da convenção, das preferências de cada um ou da opinião da maioria. Mesmo o *lobby gay* clama que os 'direitos fundamentais' não se referendam; e não podemos excluir que esse brado seja sincero, mesmo discordando sobre o entendimento do que sejam esses direitos. Todavia, o discurso (ou a gritaria) sobre os 'direitos fundamentais' pode também conduzir à debilitação e diluição da sua 'fundamentalidade' substancial – que não é infinitamente elástica – e à consagração legal de meros interesses ou desejos subjectivos imputáveis a certos grupos de indivíduos (ou mesmo de animais e plantas…) e até de verdadeiros 'não-direitos' . Assim, poderemos talvez recapitular as preocupações de Lincoln em torno de três (inter-comunicantes) questões decisivas. Primeiro, como podemos fundamentar os valores essenciais, que não estão sujeitos ao jogo da maioria e minoria? Qual o esteio da inviolabilidade de alguns direitos e da inadmissibilidade de determinadas leis? Qual o fundamento dos limites do poder (legislativo, executivo ou judicial)? Segundo, como identificar esses direitos inalienáveis e anteriores ao direito positivo? Por último, quem estabelece esses 'direitos fundamentais'? Considerar a tradição como chave-mestra destas portas não é aceitável. Embora credora de uma presunção favorável, a tradição merece propriamente uma deferência crítica – como ponto de partida – e não é critério infalível: há diversos

46 62 Ensaio.indd 59 9/30/10 6:25:35 PM

e contraditórios 'costumes ancestrais' (como a escravatura na América, aquando do caso *Dred Scott*) carentes de purificação ou porventura rejeição, por efeito da razão.

O FUNDAMENTO DOS DIREITOS. NATUREZA E POLÍTICA

Michael Ignatieff, entre outros, propõe uma fundamentação estritamente 'política' dos direitos, independente – tanto quanto possível – de pressupostos metafísicos ou religiosos e de pretensões de verdade: embora não fôssemos capazes de concordar sobre a razão por que temos direitos, poderíamos concordar intuitivamente quanto à sua utilidade para nós. É pois uma fundamentação formal, assente na esperança de que a necessidade dos direitos será consensualmente reconhecida, como o seria em condições ideais de deliberação ou numa posição de igualdade primeva (como em Habermas e Rawls). Essa justificação 'política' forneceria uma "base prudencial para acreditar na protecção dos direitos humanos (…) muito mais segura" que a providenciada por controversas e incertas teses sobre a natureza do homem, incapazes de oferecer um chão comum. De resto, a fundamentação filosófica consistiria numa "idolatria dos direitos humanos" – contraposta à "política dos direitos humanos" – e num "imperialismo moral" .

A abordagem de Ignatieff (embora seja também um exemplo de "imperialismo moral") é coerente com o carácter essencialmente pluralista das sociedades seculares modernas – que sugere a conveniência de fundamentos mínimos para conseguir consensos máximos – e não pode ser inteiramente arredada, mas é insuficiente . A inerrância da 'vontade geral' na intuição dos benefícios dos direitos humanos – como fundamento desses direitos – é claramente mitológica: a democracia não produz necessariamente o direito ou a verdade; a maioria nem sempre tem razão. Mesmo que derive de um "*overlapping consensus*"... Como lembrou Popper e a experiência corrobora, a democracia não se segura sequer a si própria: é paradoxal e capaz de se auto-suprimir. Todavia, ela é passível – e precisa até, para ser fiel a si mesma – de uma 'leitura moral'. A democracia não deriva da convicção de que a verdade não existe ou que é irrelevante e mesmo perigosa, como em Kelsen ou Richard Rorty (convicção que se exceptua a si própria do veredicto relativista e que caberia impor aos outros): a democracia – mesmo na sua concepção deliberativa e formal – é antes a fórmula de governo mais adequada à verdade da igual dignidade da pessoa humana e da sua autonomia. A democracia não procede sequer do carácter problemático do acesso à verdade – ou da própria aplicação do conceito de verdade – em complicadas questões morais e políticas: ao contrário, deriva da verdade de que a dignidade humana exclui que possa prescindir-se da livre participação dos cidadãos em tão relevante demanda . O mesmo se pode dizer da 'disposição democrática' – a concordância sem acordo, como dizia Julián Marías, o respeito pela legalidade, o reconhecimento da legitimidade parcial dos argumentos dos outros, a busca de uma solução aceitável para todos… – que procede de categorias que não são, eles próprias, meramente 'políticas', mas firmadas naquela mesma sólida convicção moral. Esse princípio substantivo subjacente à democracia, esse padrão de justiça independente e superior ao direito positivo não pode ser senão a dignidade intrínseca, 'natural', do ser humano e, portanto, de todas as pessoas . É por isso que o poder da lei positiva para criar ou reforçar obrigações morais depende não só da autoridade constitucional do órgão que pretende promulgá-la, como também da justiça material – da 'razoabilidade' – da lei : o direito positivo só é legítimo e vinculante para a consciência quando é 'justo', quando respeita os direitos naturais das pessoas.

QUAIS DIREITOS? 'RAZÃO PÚBLICA' E 'RECTA RAZÃO'

A leitura moral da democracia – livre do relativismo e do positivismo ético – não garante, contudo, o respeito pela dignidade humana ou pelo direito natural, mesmo que discorra em seu nome. Afinal, o juiz Taney fundamentou o seu acórdão na suposta inferioridade natural da raça negra. Enfrentamos agora a segunda questão acima enunciada: como identificar esses direitos primordiais, superiores ao direito positivo, que protegem a dignidade do ser humano? Por exemplo, para Dworkin – numa perspectiva 'liberal' radical (e assaz dogmática) –, os vários direitos individuais derivam de um direito geral abstracto à igualdade, implicando "igual consideração e respeito" por parte do Estado. Daí deduz o direito ao aborto, à eutanásia e ao 'casamento' entre pessoas do mesmo sexo. Ao contrário, os representantes do 'novo direito natural' – como Robert George e John Finnis –, partindo da identificação dos bens humanos básicos e da sua inteligibilidade prática, reprovam o aborto, a eutanásia e aquele 'casamento': o Estado estaria certamente obrigado a mostrar igual respeito por todas as pessoas, enquanto pessoas, mas não por todos os seus actos e escolhas, precisamente porque as respeitam. Ambos os lados pretendem "levar os direitos a sério" e afirmar uma ideia de igual dignidade humana. Contudo, chegam a conclusões opostas em questões de vida ou de morte. De algum modo, representam dois princípios rivais de legitimidade (com graduações, variantes e inter-penetrações) na especificação dos direitos fundamentais: um princípio 'liberal', que gravita em torno do critério da reciprocidade entre indivíduos livres e iguais; e um princípio 'perfeccionista', assente no que é justo por natureza. O primeiro recorre à 'razão pública' e à razoabilidade política; o segundo invoca a 'recta razão', o bem que a razão prática naturalmente apetece como tal.

Será possível oferecer argumentos morais de direito natural e simultaneamente de razão pública – i.e., susceptíveis de serem entendidos como razoáveis por todas as pessoas razoáveis (mesmo que não concordem com eles), em matéria politicamente relevante – capazes de descobrir aqueles direitos e justificar a coerção legal? O facto do pluralismo e conflito moral não é problemático, em termos filosóficos: "a percepção da variedade de ideias de direito constitui o maior dos incentivos para a procura do que é naturalmente justo" . Abdicar da procura do justo equivaleria a admitir que "qualquer preferência, por má, vil ou insana que seja, tem de ser julgada pelo tribunal da razão como sendo tão legítima como qualquer outra" . Mas, do ponto de vista político, o dissenso moral sugere que, politicamente, "a democracia tem prioridade sobre a filosofia" ou que o 'processo justo' tem primazia sobre o 'bem'. Nesta questão, Rorty e Rawls terão marcado um ponto (embora a democracia também tenha prioridade sobre as suas próprias filosofias…), mas não resolveram o problema. Por um lado, não é possível fundar uma comunidade política sem uma concepção particular de bem, ainda que débil, e sem uma ideia mínima de bem comum . A demarcação dos direitos pressupõe sempre uma noção moral sobre o quid humano, sobre o que é devido à pessoa para que ela se 'cumpra' . Se não fosse assim, o espaço público seria um lugar vazio. Por outro lado, não se podem excluir da razão pública, por princípio, certas afirmações básicas sobre a natureza da sociedade e, portanto, so-

46 62 Ensaio.indd 60 9/30/10 6:25:35 PM

bre o que 'naturalmente' faz com que os seres humanos sejam seres sociais.

O problema de certas formas de liberalismo contemporâneo, de tipo construtivista – como o de Rawls ou Dworkin – é a sua abstracção do que são os homens no 'estado de natureza', do que eles são na realidade antes de serem cidadãos. A inviolabilidade da vida humana desde o seu início, a dignidade igual de todas as pessoas ou a união conjugal entre homem e mulher e a família nela fundada são exemplo daqueles valores 'políticos' decorrentes de fundamentos naturais ou pré-políticos, que não podem ser razoavelmente escondidos sob um qualquer véu de ignorância. Esses valores podem ser controversos mas não podem ser marginalizados numa razoável concepção política de justiça, uma vez que politicamente relevantes e justificados por argumentos políticos. De resto, fazendo referência a algo universal – a comum natureza humana e a luz natural da razão – e portanto transversal a diferentes tradições religiosas e sapienciais, as razões de direito natural constituem uma base cognitiva viável ou, pelo menos verosímil, para a especificação dos direitos . Todavia, como não há guardiões politicamente legítimos, quer da razoabilidade, quer da racionalidade, teremos sempre de regressar ao consenso realmente existente na sociedade como derradeiro padrão político na densificação material dos direitos. Em todo o caso, convém reter que se prescindirmos da razão no processo de descoberta da justiça, banindo do espaço público a referência à verdade, restará apenas a vontade arbitrária e o poder bruto.

A INVIOLABILIDADE DA VIDA HUMANA DESDE O SEU INÍCIO, A DIGNIDADE IGUAL DE TODAS AS PESSOAS OU A UNIÃO CONJUGAL ENTRE HOMEM E MULHER E A FAMÍLIA NELA FUNDADA SÃO EXEMPLO DAQUELES VALORES 'POLÍTICOS' DECORRENTES DE FUNDAMENTOS NATURAIS OU PRÉ-POLÍTICOS, QUE NÃO PODEM SER RAZOAVELMENTE ESCONDIDOS SOB UM QUALQUER VÉU DE IGNORÂNCIA

QUEM DEFINE OS DIREITOS?

Tudo isto imbrica com a terceira questão. A 'verdade' da lei natural não depende da sua aceitação pública, mas o seu reconhecimento como razão politicamente relevante sim. A justiça 'objectiva' só adquire legitimidade política através do processo político justo. *Auctoritas, non veritas, facit legem*, reza o famoso *dictum* de Hobbes, exprimindo a primazia institucional, legal e prática do político sobre a metafísica . A lei natural – ou qualquer outro princípio último de justiça – para ser eficaz tem de ser socialmente ratificada e juridicamente validada: tem de ser legitimamente positivada. Sendo assim, qual a instância dessa positivação? A resposta curta é que essa competência – numa democracia representativa – pertence ao poder legislativo, sobretudo em função constituinte. Entretanto, o constitucionalismo liberal – consciente dos riscos de abuso de poder ou de 'tirania da maioria' – gerou um sistema de separação e concorrência de poderes independentes, de pluralismo, mediação e representação, de freios e contrapesos. Por um lado, trata-se de limitar o poder coercivo e preservar as liberdades: a 'dos antigos' e a 'dos modernos'. Por outro lado, pretende-se favorecer a deliberação racional, conceder espaço, tempo e ambiente para o exercício da prudência reflectida, para o debate e crítica, e para a sensatez. Entre aqueles recursos liberais, avulta o controlo judicial de constitucionalidade – para garantir que os 'direitos fundamentais' não fiquem à mercê de maiorias flutuantes – que tem assumido ultimamente especial relevo.

A expansão da soberania dos tribunais foi propiciada pelo que poderíamos chamar a 'crise da lei'. A lei ordinária perdeu dignidade e prestígio, durabilidade e clareza. Foi depreciada pela inflação legiferante, pela eficácia directa e ampliada da Constituição, pela multiplicação de instâncias legislativas sobrepostas e concorrentes, enfim pelo caos normativo. O papel institucional dos juízes foi ainda potenciado pelo enfraquecimento do Estado e multipolarização do poder, pela crise da representação e pela crescente conflitualidade das sociedades modernas, que acabam por conferir aos tribunais maior protagonismo na arbitragem e regulação política e social. Por fim, o reforço da tutela judicial decorre da 'auréola' do conceito de dignidade humana – o seu carácter nebuloso e *sfumato* – carente de revelação, concretização e actualização . Daí a necessidade de reequacionar a irresponsabilidade judicial – e, ao contrário, a legitimação política dos tribunais (sem beliscar a sua independência) –, como foi recentemente notado . Não sei se é fácil separar a revalorização da função judicial – a dimensão criativa da jurisprudência e a sua justa autonomia – da arbitrariedade, 'activismo' e abuso. Em qualquer caso, parece difícil de aceitar que os tribunais substituam o juízo dos representantes do povo pelas suas convicções pessoais, impondo aos outros os seus próprios valores (ainda que 'verdadeiros'); ou que os magistrados forcem a leitura moral das Constituições para nelas descobrirem as políticas ou posições morais de que são adeptos, invocando uma lei natural – ou qualquer outro princípio filosófico de direito – superior à lei escrita, sem fundamento no texto

46 62 Ensaio.indd 61 9/30/10 6:25:35 PM

constitucional, na sua estrutura e lógica ou na sua interpretação histórica . Essa usurpação judicial do poder legislativo – que julgo ocorrer nos EUA e tender a acontecer na Europa – frustra o auto-governo, afecta a legitimidade de um regime e constituiria um novo despotismo ilustrado. De resto, os juízes não têm um acesso privilegiado – que outros não tenham – aos fundamentos do direito, como a discrepância de juízos demonstra. O mesmo se aplica à jurisdição internacional, que não garante necessariamente melhor (ou pior) a tutela da dignidade humana, por ser potencialmente tão arbitrária e ideológica como a jurisdição interna. Nem sequer os juízes internacionais são anjos, para evocar outra vez a metáfora de James Madison. É verdade que o 'despotismo democrático' é particularmente pernicioso, ora anestesiante ora brutal. Mesmo assim, a prevalência do poder legislativo, em última análise – p.e., por via da revisão ou emenda da Constituição – é o meio menos mau para evitar o pior: o império injusto de uma minoria 'iluminada', contra as convicções da maioria das pessoas, sem garantia de maior razoabilidade. Entretanto, nada garante absolutamente que a Constituição não seja iníqua, ou que a legislação ordinária não seja injusta, ou que os tribunais não julguem perversamente. Essa injustiça pode decorrer de convenções não razoáveis embora 'politicamente legítimas' (como aconteceu outrora no caso da escravatura e ocorre agora no caso do aborto). Tudo dependerá da rectidão moral e virtudes intelectuais dos cidadãos, que são a matéria-prima da democracia.

O 'PROBLEMA TEOLÓGICO-POLÍTICO'

Em retrospectiva, a questão principal é a seguinte: será que a dignidade da pessoa humana como fundamento material dos direitos pode ser sustentada pela razão e ser politicamente legítima e operacional? A "auto-evidência" dos direitos por remissão ao Criador – mencionada pelos autores da Declaração de Independência – já não está disponível. Pode o direito natural constituir uma 'gramática ética comum' – no que é politicamente relevante – prescindindo da referência ao Deus bíblico, da reverência à sacralidade da vida humana e à sua liberdade encarnada? Se dispensarmos a inteligência criadora, encobrindo o sentido e logos ínsitos na natureza, poder-se-á ainda fundar algum direito? Sem Deus, a lei 'natural' distinguir-se-ia da lei da selva? Noutros termos, será que a Segunda Tábua se aguenta de pé, sozinha, desamparada da Primeira? Ivan Karamazov sugeriu – embora não o tenha dito expressamente – que 'se Deus não existe, tudo é permitido'. Pelo menos, foi assim que Smerdiakov o entendeu . Mesmo a solução pretensamente formal e 'política' de Ignatieff parece exigir que se postule a dignidade humana como *a priori* da ética, do direito e da política. O imperativo categórico, a 'justiça como equidade' de Rawls, o 'igual respeito' de Dworkin ou o 'juízo imparcial' de Adam Smith e Amartya Sen sobreviveriam à morte de Deus? Suponho que Kant e Nietzsche diriam ambos que não, embora com sentimentos diversos. Será aquele postulado fruto de um decisionismo irracional? 'Nobre mentira' e ficção piedosa, ou realidade razoável e necessária? O 'problema teológico-político' é mesmo o problema fundamental da Cidade, nunca resolvido mas incontornável, como pensava Strauss?

Enfim, parece claro que a democracia não é nem pode ser absoluta: é um 'artefacto perfectível', o menos mau, que não esconjura a injustiça nem segura a liberdade. Mas tem que ser a maioria a reconhecer os seus limites, em *ultima ratio*. Também a razão não é absoluta ou auto-suficiente: a racionalidade asséptica e a-histórica é incapaz de demonstrar o que é razoável ou o que não é. Mas tem que ser a própria razão a descobrir isso. Ambas carecem de temperança, prudência e humildade. De resto, *in God we trust*…

NOTAS

[1] Cf. Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, 1996; [2] Cf. Abraham Lincoln, "First Inaugural Address", 4 de Março de 1861 (citado por Robert P. George, *Choque de Ortodoxias. Direito, Religião e Moral em Crise*, Tenacitas, 2008, p. 168); [3] Cf. Abraham Lincoln, "Speech at Springfield", 26 de Junho de 1857 (citado por R. P. George, *op. cit.*, pp. 172-173); [4] Cf. Leo Strauss, *Direito Natural e História*, Edições 70, 2009, p. 3; [5] É o caso dos mencionados direitos ao aborto ou à escravatura. Ver Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais I*, Almedina, 2007, pp. 527-534; [6] Cf. Michael Ignatieff, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton University Press, 2001, p. 55. Na mesma linha, ver também Joseph Raz, Human Rights Without Foundations, Oxford Legal Studies, Research Paper No. 14/2007; [7] Ver Martin Rhonheimer, "Christian Secularity and the Culture of Human Rights", no Symposium *A Growing Gap – Living and Forgotten Christian Roots in Europe and the Unites States*, 2006, pp. 5-6; [8] Ver Andrés Ollero, "La neutralidad engañosa", em *Aceprensa*, nº 116/07; [9] Não presumo, evidentemente, que esta afirmação tão rotunda não seja amplamente contestada, de Jeremy Bentham a Peter Singer (não por acaso, ambos defensores estrénuos dos direitos dos animais). Existem, também, como vimos acima, perspectivas críticas da fundamentação natural dos direitos, relacionadas com razões de ordem prática e 'política', que são compatíveis com a especial dignidade humana. O que sugiro é que – se queremos "levar os direitos a sério" – precisamos de um ponto de Arquimedes, como dizia Rawls; e que o mais firme e convincente ponto de apoio para alavancar os direitos fundamentais dos seres humanos é ainda a sua 'humanidade'; [10] Ver Robert P. George, *op. cit.*, pp. 193-197; [11] Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977; [12] Cf. Leo Strauss, *op. cit.*, p.12; [13] Cf. Leo Strauss, *op. cit.*, p. 39 (a propósito do ponto de vista de Weber); [14] Paralelamente, deve dizer-se que a política não trata, efectivamente, das questões derradeiras ou das mais elevadas e sublimes que conferem sentido e plenitude à vida das pessoas. Sobre isso há necessariamente um pluralismo razoável. Há uma distinção real entre a esfera privada dos bens últimos e a esfera pública dos bens políticos (protegidos pelo poder coercivo do Estado). O domínio da política não é totalizante; é instrumental e 'menor': visa a paz social e a segurança, a convivência e cooperação social, um módico de justiça e um máximo de liberdade; [15] Ver John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Law Series, pp. 219-220; [16] Ver M. Rhonheimer, "The Political Ethos of Constitutional Democracy and the Place of Natural Law in Public Reason: Rawls' *Political Liberalism Revisited*" (Notre Dame Law School, Natural Law Lecture 2005), *The American Journal of Jurisprudence*, 50, 2005, p. 43; [17] Ver M. Rhonheimer (2005), passim; [18] Ver M. Rhonheimer (2006), p. 6. A solução de Hobbes – submergir inteiramente a verdade e a justiça na factualidade da lei positiva – não é contudo aceitável, pelo que já foi dito; [19] Ver Paulo Otero, *op. cit.*, pp. 559-560; [20] Ver Paulo Rangel, *O Estado do Estado*, Dom Quixote, 2009, Parte II; [21] Ver R. P. George, *op. cit.*, caps. 7 a 10, *passim*; [22] Aliás, as cartas de direitos não ganham maior justiça por serem internacionais. O direito internacional não vem directamente do Céu, nem expressa mais seguramente o justo por natureza. Note-se o processo sinuoso, opaco e até tortuoso que marca frequentemente a sua positivação – e a pressão recente para que consagre 'não-direitos'; [23] Contudo, só serão legítimas se não obrigarem os cidadãos a fazer o mal ou a colaborar nele, respeitando a objecção de consciência. Em caso contrário, esse regime – democrático ou não – seria uma tirania; [24] Fiodor Dostoiévski, *O diálogo com o demónio*, Irmãos Karamazov, 1879; [25] Ver Amartya Sen, *The Idea of Justice*, Harvard University Press, 2009, *passim*.

46 62 Ensaio.indd 62 9/30/10 6:25:35 PM