

Artigo Científico Original

Dignidade humana e direitos humanos – Ontologia ou construtivismo dos direitos humanos¹

*Menschenwürde und Menschenrechte – Ontologie
oder Konstruktivismus der Menschenrechte*

Stephan Kirste

Resumo

O fundamento jurídico dos direitos humanos positivados é um princípio ideal ou uma construção? Eu gostaria de examinar essa questão a seguir. Isso deverá ocorrer por meio de duas teorias dos direitos humanos: a teoria de *Hans Joas* sobre a “sacralidade da pessoa” como base dos direitos humanos e a construção política da “ideia de direitos humanos” de *Charles R. Beitz*. Enquanto Joas considera a dignidade humana como fundamento “sagrado” dos direitos humanos (II), ela não tem lugar no construtivismo de Beitz (III.). Em contrapartida, apresentarei então uma posição intermediária na forma da construção da dignidade humana como fundamento dos direitos humanos (IV.). Mas eu inicio apresentando brevemente a estrutura dos direitos humanos (I.). Isso é necessário para que não se perca o foco jurídico da investigação: ela deve ser uma reconstrução jusfilosófica e não ética geral ou teológica dos fundamentos dos direitos humanos. Assim, ela não indaga como os direitos humanos *devem ser* com relação à ética, à teologia ou à política – mesmo que sem dúvida essas sejam questões legítimas e importantes para filósofos, teólogos e cientistas políticos. O filósofo do direito antes analisa na ética jurídica valores e normas transformadas em direito e assim as oferece para a crítica ou justificação pelas referidas disciplinas vizinhas.

Palavras-chave: Direitos humanos; ontologia; construtivismo; dignidade humana.

Zusammenfassung

Ist die rechtliche Grundlage der positivierten Menschenrechte ein ideelles Prinzip oder eine Konstruktion? Dieser Frage möchte ich im Folgenden nachgehen. Dies soll anhand zweier Theorien der Menschenrechte geschehen: Der Theorie von *Hans Joas* über die „Sakralität der Person“ als Grund der Menschenrechte und *Charles R. Beitz* politischer Konstruktion

¹ Texto referente à palestra ministrada na abertura do ano jurídico do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região em parceria com o Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Trad. de Yuri Ikeda Fonseca. Revisão de Saulo Monteiro Martinho de Matos.

der „Idee der Menschenrechte“. Während Joas die Menschenwürde als „heilige“ Grundlage der Menschenrechte ansieht (II.), findet sie im Konstruktivismus von Beitz (III.) keinen Platz. Demgegenüber werde ich dann eine vermittelnde Position in Gestalt der Konstruktion der Menschenwürde als Grundlage der Menschenrechte vorlegen (IV.). Ich beginne jedoch, indem ich die Struktur der Menschenrechte kurz vorstelle (I.). Dies ist notwendig, damit der rechtliche Fokus der Untersuchung nicht verlorengeht: Sie soll eine rechtsphilosophische und keine allgemeine ethische oder theologische Rekonstruktion der Grundlagen der Menschenrechte sein. Sie fragt also nicht, wie die Menschenrechte mit Rücksicht auf Ethik, Theologie und Politik sein *sollen* – auch wenn dies zweifellos für Philosophen, Theologen und Politikwissenschaftler legitime und wichtige Fragen sind. Der Rechtsphilosoph analysiert vielmehr in der Rechtsethik die ins Recht transformierten Werte und Normen und bietet sie so den genannten Nachbardisziplinen zur Kritik oder Rechtfertigung an².

Schlusswörter: Menschenrechte; Ontologie; Konstruktivismus; Menschenwürde.

I. O significado da questão por trás do fundamento dos direitos humanos

1. O conceito de direitos humanos

Em sentido jurídico, os direitos humanos são direitos subjetivos³ que se direcionam ao poder público e protegem valores humanos fundamentais⁴. Na forma, eles aparecem como direitos suprapositivos – direitos naturais ou morais – e positivos – constitucionais ou de direito internacional.

Como direitos subjetivos, são exigências de um sujeito de direito contra um outro sujeito de direito sobre um determinado objeto de reivindicação.⁵ A obrigação, por outro lado, consiste na proibição de obstar determinadas liberdades, na exigência de cuidar de determinadas condições de uso da liberdade e, por fim, na limitação da competência do poder público para que não aja fora das competências legitimadas

por meio da autonomia política dos cidadãos. Essas três obrigações fundamentais, porém, se baseiam na exigência de reconhecer o indivíduo como um sujeito que possui a capacidade de ser portador de direitos. Segundo *Georg Jellinek*, pode-se dizer que os direitos humanos protegem o *status negativus* como direitos de defesa, o *status positivus* como direitos de prestação, o *status activus* como direitos de participação e o *status subjectionis* como base daqueles três. Diferentemente de Jellinek, porém, eu entendo isso não como uma sujeição ao poder estatal, e sim ao direito⁶.

Direitos humanos podem ser suprapositivos ou positivos. São suprapositivos aqueles direitos humanos que não se baseiam em decisões normativas vinculantes contratuais (de direito internacional) ou outras. Eles são morais quando podem ser justificados em face de qualquer pessoa⁷ e servem à realização de deveres morais⁸. Direitos

² Für eine derartige Konzeption der Rechtsethik, zu der diese Analyse zu zählen ist, vgl. Kirste 2011, S. 241 ff.

³ Em crítica a isso, Chwaszcza 2010, p. 333 ss., prefere considerar os direitos humanos como normas de alto escalão que estabelecem parâmetros de legitimidade para instituições jurídicas e sociais. Porém, a concepção aqui apresentada não exclui que os direitos humanos também assumem essa função.

⁴ Alexy 1998, p. 244 e s. – Esse diagnóstico atual não infere que em declarações iniciais, como a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, essa estrutura ainda não existia, ou pelo menos não em uma concretização aplicável, sobre isso cf. De um lado Hoffmann 1992, p. 166 e de outro lado Alexy, op. cit., p. 253 s.

⁵ Alexy 1996, p. 171 ss.

⁶ Jellinek 1905, p. 94 ss.

⁷ Alexy 1998, p. 249: “Uma norma vale moralmente quando pode ser justificada em face de qualquer um que admita uma fundamentação nacional. Com isso, direitos humanos então existem precisamente quando podem ser justificados em face de qualquer um no sentido exposto”.

⁸ Luhmann 1998, p. 66: “Um direito moral vale como justificado quando há um correspondente dever moral vinculante que, por sua vez, vale como justificado.”

humanos naturais devem ser válidos porque pertencem à natureza do ser humano como tal⁹ e obrigam os titulares do poder público¹⁰.

Caso não se siga a opinião ocasionalmente defendida de que em geral só é possível falar em direitos humanos nessas formas suprapositivas¹¹, é preciso distinguir os direitos humanos positivos. Esses são acordados internacionalmente em várias declarações, convenções e constituições, ou determinados por meio da elaboração de uma constituição. Dessa forma se concretizam o destinatário, a obrigação e o obrigado¹². Como direito positivo, ao lado da legitimação factual do conteúdo dos direitos humanos, que resulta da natureza humana ou de outras justificativas filosóficas, anda uma legitimação procedimental. Direitos humanos não são uma posse apenas dos poucos aos quais eles “iluminaram” em sua forma natural (“*lumen rationis naturalis*”)¹³, mas um bem comum e uma expressão da autonomia política. Assim, em sua feição completa, os direitos humanos positivos – nacionais e internacionais – possuem uma dupla legitimação: eles são factualmente legitimados por seu conteúdo, que eles concretizam a partir dos direitos humanos naturais; e além disso, há uma legitimação procedimental em virtude de seu reconhecimento pelo povo ou por seus representantes. Conforme os procedimentos para seu estabelecimento, valem universalmente como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, regionalmente para um grupo de Estados como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, ou nacionalmente como o catálogo de direitos fundamentais na Constituição

brasileira ou na Lei Fundamental alemã. Seu caráter vinculante, porém, tem várias formas, desde a DUDH, primeiramente pensada como orientação, até os direitos fundamentais, em todo caso vinculantes para o poder público e indiretamente também para particulares pela eficácia horizontal. Por conta disso é preciso diferenciar, em termos de executoriedade, a sua validade fática, que não é sempre garantida por diferentes mecanismos de implementação, monitoramento e sanção.

O *status negativus* e o *status subjectionis* podem ser protegidos por direitos humanos suprapositivos e positivos. O *status positivus* dos direitos de prestação e o *status activus* de participação das pessoas na fundação e no exercício do poder público necessitam em todo caso também dos direitos humanos positivos: eles são adquiridos a partir de instituições públicas e devem por meio delas ser concretizados e formulados. Para isso não bastam as normas suprapositivas.¹⁴ Isso gera a suposição de que as gerações de direitos humanos também estão ligadas à substituição de seus fundamentos naturais: para o fundamento e a formulação dos direitos de prestação e culturais, isto é, de participação, é necessária a regulamentação pelo direito positivo.

2. Sobre a questão de uma fundamentação

Quando se pergunta sobre a fundamentação de tais direitos humanos positivos, por isso se pode entender se eles são moralmente, teologicamente ou politicamente justificados, ou ainda se sua ulterior universalização é exigida¹⁵.

⁹ Koller 1998, p. 96: “Direitos humanos são, conforme o senso comum, direitos que todos os seres humanos possuem, por assim dizer, por natureza, dessa forma independentemente de circunstâncias contingentes como ascendência, raça, gênero, nação e religião.

¹⁰ Menke 2007, p. 30 s.: “Direitos humanos diferenciam-se de direitos morais na medida em que são exigências que não se dirigem imediatamente a indivíduos, e sim primeiramente ao sistema público governante. O destinatário das exigências dos direitos humanos são, assim, todos os responsáveis pelo sistema público em um local”; Pogge 2000, p. 53.

¹¹ Griffin 2011, p. 2: Um direito humano ou natural é “um direito que temos simplesmente em virtude de sermos humanos”; Kühnhardt 1987, p. 41 s.: “A ideia de direitos humanos, no âmbito deste estudo, deve ser compreendida e defendida no sentido de seu entendimento clássico: como expressão de direitos individuais, inatos, pré-estatais e inalienáveis da pessoa com força de validade universal”.

¹² Mais detalhes em Kirste 2012, nota 42.

¹³ Sobre esse pensamento em Tomás de Aquino, Böckenförde 2006, p. 235 s.

¹⁴ Kriele 1977, p. 16.

¹⁵ Mais detalhes em Kirste 2013, p. 119 ss.

É, pois, o caso se os direitos humanos positivos em questão também exibem uma validade universal moral, religiosa ou outra correspondente, isto é, podem ser justificados no referido âmbito normativo. Em contrapartida, quero aqui perguntar sobre o fundamento que as próprias declarações de direitos humanos e os catálogos de direitos fundamentais contêm ou talvez pressupõem. Elas se referem implícita ou explicitamente às fontes das quais eles pretendem se nutrir, ou seja, se justificar?

II. A genealogia dos direitos humanos de Hans Joas e sua fundamentação na sacralidade da pessoa

O sociólogo e filósofo social Hans Joas recentemente realizou sua pesquisa sobre “Surgimento dos Valores”¹⁶ usando como exemplo os direitos humanos¹⁷. Joas tenta fornecer uma fundamentação dos direitos humanos com base em uma “genealogia afirmativa”¹⁸. Ela retorna à dignidade do ser humano como pessoa como valor último, racional, que não pode ser fundamentado por outro¹⁹.

Por “fundamento” Joas entende uma narrativa histórica que traz consigo uma certa necessidade. Dentro dessa “genealogia afirmativa”, Joas está pri-

meiramente empenhado em refutar a afirmação do surgimento dos direitos humanos como uma tradição secular-iluminista²⁰ e expor suas raízes cristãs. Com isso, ele se apoia especialmente na controversa investigação de *Gerg Jellinek* sobre os direitos humanos²¹. Metodicamente deve *Ernst Troeltsch*²² conduzir a investigação. A tese condutora de Joas afirma:

Eu proponho que a crença nos direitos humanos e na dignidade humana universal seja compreendida como resultado de um processo específico de sacralização – um processo em que cada essência humana individual seja vista mais e mais, e sempre de modo mais fortemente motivador e sensibilizador, como sagrada, e esse entendimento seja institucionalizado no direito.²³

Joas está interessado na “crença nos direitos humanos”²⁴ e gostaria de refutar o “mito do iluminismo racionalista” e a “transfiguração carismática da razão”²⁵. Os direitos humanos são assim analisados aqui de uma forma extrarracional. Seu conhecimento como valor não repousa em uma dedução ou construção racional, e sim em sua revelação²⁶. Eles “nos” apreendem e não são apreendidos²⁷. Justamente dessa forma eles são “sagrados” e a personalidade humana “santa”. “Sagrado” assemelha Joas a *Émile Durkheim*

¹⁶ Joas 1997.

¹⁷ Joas 2011.

¹⁸ Joas 2011, p. 147 ss., “Este método é genealógico porque se libertou radicalmente da ideia de uma contemplação da teologia objetiva... Mas agora essa construção genealógica do passado, isto é, consciente das contingências, deve ser chamada de ‘afirmativa’ porque a redução aos processos de formação de ideais, o surgimento dos valores, não nega nossa ligação com eles ou nos eleva para uma posição de decisão soberana sobre nossas ligações axiológicas, ela antes nos abre frente ao caráter de apelo do sentido historicamente incorporado”.

¹⁹ Joas 2011, p. 13: “Eu não acredito na possibilidade de um fundamento racional mais puro de valores últimos”.

²⁰ Joas 2011, p. 25 s.: “Uma caracterização marcante de minhas teses sobre os direitos humanos é dizer que os direitos humanos de modo algum surgiram na França, e sim na América do Norte; que apesar de o espírito do iluminismo ter sido essencial para esse surgimento, não o foi de modo algum no sentido de um iluminismo antirreligioso; e que a filosofia de Kant não representou o fundamento o fundamento racional imprescindível dos direitos humanos, mas é a expressão talvez mais impressionante de uma transformação cultural, que também se revela certamente problemática”, cf. também Joas 2009, p. 3.

²¹ Jellinek 1996; Joas 2011, p. 40 ss, p. 45: “Uma grande parte da argumentação de Jellinek pode hoje, apesar de todas as objeções que foram e são levantadas contra ela, ser considerada como bem comprovada”.

²² Joas 2011, p. 150 ss.

²³ Joas 2011, p. 18.

²⁴ P. ex. Joas 2011, p. 60.

²⁵ Joas 2011, p. 61.

²⁶ “Revelação é o conceito fenomenológico adequado para essa experiência, o sentimento ter tomado parte em uma revelação que dá, ela própria, ensejo para um sentimento de obrigação”, Joas 2011, p. 164.

²⁷ “Nós não apreendemos nossos valores, mas antes somos apreendidos por eles”, Joas 2011, p. 164.

como expressão de um significado transcendente da pessoa para a sociedade²⁸. Santo aponta, por outro lado, para a extraordinária reivindicação de validade de um valor, por exemplo, para uma visão de mundo e os negócios que dela fluem²⁹. Assim, a sacralidade da pessoa motiva uma atitude empática em face dela³⁰. Do mesmo modo as declarações de direitos humanos indicaram algo que elas pressupõem, elas com efeito declaram, mas não estatuem³¹. Elas também não são o resultado de experiências de injustiça, mas são pressupostas por estas, mostram-se em semelhantes “traumas culturais” enquanto criam um “sentimento de certeza”³².

Com Jellinek, ele não vê as declarações de direitos inglesas desde a Magna Charta como base formal dos direitos humanos³³, e sim os esforços dos quakers, pietistas e batistas em torno de *Roger Williams* no século XVII. Por conseguinte, também a liberdade religiosa e não a liberdade de comunicação ou de propriedade é a base dos direitos humanos. Para isso, Joas também relativiza o papel do maçom e deísta *Thomas Jefferson*, cujos esboços para a Declaração de Independência americana teriam sido corrigidos substancialmente e acrescidos de elementos

religiosos³⁴. Esses direitos humanos teriam seu ponto fixo na dignidade da pessoa humana. Ela repousaria na alma imortal e não teria sido emprestada ou adquirida de outro modo, mas dada com essa alma.³⁵

Não se deve impugnar aqui que existe uma necessidade de uma semelhante “sacralidade”; nem que ela pode ser necessária para a realização cultural dos direitos humanos. Evidentemente, porém, deve ser feita uma distinção entre, de um lado, essa forma de valor dos direitos humanos “revelada” e recebida com gratidão, e de outro, sua forma jurídica. O direito indica normas cujos estabelecimento e execução são regulados por normas. Não é decisivo *que* elas sejam instituídas e executadas, e sim que essas instituições e execuções, *quando* ocorrem, são reguladas normativamente. Assim o direito pode não ser compreendido como ordem ou coerção, e sim, ao contrário, uma ordem e a aplicação de coerção apenas são direito se o procedimento para a sua execução é regulada normativamente. A revelação dos valores, porém, não segue nenhuma norma. Desse modo, as normas deles derivadas também não podem ser direito e valerem como direito. O fim primário do direito

²⁸ Joas 2011, p. 82. Durkheim (“O individualismo e os intelectuais”): “Essa pessoa humana, cuja definição é como se fosse a pedra de toque a partir da qual o bem deve ser distinguido do mal, é considerada como sagrada, por assim dizer, no sentido ritual da palavra. Ela tem algo da majestade transcendente que as Igrejas de todos os tempos emprestam a seus Deuses; ela é considerada como se fosse investida desta misteriosa propriedade que cria um vazio em torno das coisas sagradas, que as retira do contato ordinário e da circulação comum. E exatamente daí vem o respeito de que a pessoa humana é objeto. Qualquer um que ataca um homem ou sua honra nos inspira um sentimento de horror, em tudo análogo àquele que sente o crente que vê profanarem seu ídolo”.

²⁹ Joas 2011, p. 93: “A qualidade da ‘sacralidade’ é atribuída espontaneamente a objetos quando eles configuram uma experiência tão intensa que constituem ou transformam a visão de mundo total e a autocompreensão daqueles que tiveram essa experiência... Objetos sagrados inserem-se em outros objetos e ampliam a sacralidade...”.

³⁰ Joas 2011, p. 101.

³¹ Joas 2011, p. 100.

³² Joas 2011, p. 109, 123 s., 113; com isso Joas desenvolve um contundente argumento contra o “conceito negativo da dignidade humana”, segundo o qual a dignidade humana não se permite definir, mas apenas reconhecer por meio das violações a ela, a respeito Kirste 2013a, p. 241 s.; cf. também BVerfGE 109, s. 279 ff. (312) – Grande Ataque de Espionagem: “Reportando à experiência no tempo do nacional-socialismo, encontram-se primeiramente na jurisprudência fenômenos como abuso, perseguição e discriminação no centro das considerações. Era, como o Tribunal Constitucional Federal formulou em suas primeiras decisões, especialmente proteção contra “humilhação, estigmatização, perseguição, banimento etc.” (cf. BVerfGE 1,97 (104)).”

³³ Nisto, Joas deixa passar despercebido que essas declarações de direitos, embora certamente sejam confirmações de direitos tradicionais em forma contratual e não direitos de todos os seres humanos, elas ainda assim podem ser compreendidas como direitos pertencentes a pessoas individuais e em todo caso como precursoras dos direitos humanos, apesar de sua derivação do *status* feudal, Kirste 2012, nota de rodapé 1 s.

³⁴ Joas 2011, p. 51 s.

³⁵ “O conceito de alma continha uma garantia metafísica daquilo que eu chamo de sacralidade da pessoa, isto é, a aceitação de um núcleo sagrado de toda essência humana, não adquirido por conquistas, mas que não pode ser perdido nem destruído. Se agora o conceito de alma é transformado no conceito de “si”, então os seres humanos são equiparados a sua capacidade de desenvolver autorreflexividade... O que acontece então com aqueles que não são racionais: as crianças ou os senis e os deficientes mentais?”, Joas 2011, p. 225.

não é a produção de um sentimento de estar obrigado³⁶ – embora isso seja útil para a sua legitimação e eficácia –, e sim a produção proceduralmente controlada de obrigações supervisionáveis e geralmente exequíveis. Isso não significa que nenhum dos direitos humanos poderia surgir de revelações. É justamente o mérito do estudo de Joas haver tornado consciente uma tal gênese de direitos humanos; mas esses são direitos humanos em um sentido teológico, em todo caso não jurídico. Eles não contêm nenhuma norma jurídica (obrigação), pois não vieram a aparecer na forma jurídica.

Por conta disso a pesquisa de Joas é sem significado para juristas? Não é o caso, e por duas razões: em primeiro lugar, sua análise mostra que direitos humanos jurídicos não possuem qualquer validade religiosa ou teológica quando contradizem valores revelados. Colocar-se em tal contradição está na liberdade do direito. Diante de fortes valores teológicos, isso pode até mesmo corresponder à sua função de pacificação social por meio de uma neutralidade ideológico-religiosa; mas então o direito deve ser tão firme em si que suporte as devidas críticas e não seja afugentado por elas.

Em segundo lugar, Joas chama atenção ao fato de que qualquer sistema de significados possui valores que não podem ser colocados em questão dentro desse sistema, sem transcender o sistema. Esses valores podem ser também considerados absolutos, pois não há no respectivo sistema nenhum valor do qual eles poderiam ser derivados. Dever-se-ia exorbitar o sistema para por sua vez fundamentá-los. Nesse sentido eles são absolutos relativamente ao respectivo sistema. No sistema jurídico como um sistema de normas, eles são aquelas normas mais altas que ou asseguram a unidade formal do sistema, como

a norma fundamental kelseniana, ou garantem uma unidade material.

Certamente, se Joas afirma que a capacidade de direitos humanos de deficientes ou crianças pode ser garantida exclusivamente com base na sacralidade da pessoa, as análises sociofilosóficas exorbitam sua competência³⁷. Por que não deveria ser possível em qualquer sistema de significados – na teologia, e igualmente na ciência e no direito – produzir valores com reivindicação de validade absoluta para esse sistema? Pode ser correto que o valor dos direitos humanos, a dignidade humana, a liberdade etc. possuem no direito um outro conteúdo que na teologia; também é correto que esses valores no direito não são produzidos por uma revelação; mas é por isso que não se descarta que a verdade na ciência e a justiça no direito pode ser justificada de acordo com a forma do respectivo sistema de significados. A religião e sua ciência podem considerar o direito à luz de seus valores e apreciar sua contribuição; pode-se também investigar o conteúdo teológico no direito no sentido de uma “teologia do direito”³⁸; mas não será possível com isso explicar a forma específica do direito e tampouco os direitos humanos jurídicos.

Assim, podemos anotar que perfeitamente existem para um sistema – o direito – valores absolutos relativos a esse sistema, que não podem ser questionados sem colocar em questão o próprio sistema referido. Isso deve, porém, ser baseado na identidade do próprio sistema e não pode simplesmente deduzido de premissas teológicas.

III. A construção política dos direitos humanos em Charles Beitz

Charles R. Beitz toma um ponto de vista francamente contrário em referência à realidade, isto é,

³⁶ Assim, para os valores fora do direito, Joas 2011, p. 164; e para os direitos humanos *idem*, 2009, p. 5; para o direito penal, entretanto, Joas 2006, p. 72.

³⁷ Joas 2011, p. 62 e 225: “Quem reconhece a reivindicação da dignidade humana na criança recém-nascida, no deficiente mental, nos idosos acometidos de demência, irá buscar outras possibilidades de expressão dessas intuições morais além da oferecida por uma antropologia do ser humano racional”.

³⁸ Wolf 1972.

à construção da origem dos direitos humanos na escola de John Rawls³⁹. No entanto, ele e Joas têm em comum rejeitar uma fundamentação filosófico-especulativa dos direitos humanos. Enquanto os direitos humanos, contudo, representam para Joas um fato dado que apreende as pessoas, para Beitz eles são práticas sociais e não valores ou ideais normativos⁴⁰.

Beitz coloca a pergunta sobre como os direitos humanos influenciam a prática global. Direitos humanos contêm garantias mínimas contra o abuso de poder, sua aplicação depende em parte de determinadas condições sociais e políticas, possuem um caráter relativo e não atemporal ou estático e não são necessariamente primordiais. Eles são implementados para se expandir⁴¹. Eles também abrangem em sua aplicação diferentes providências que vão desde uma mera prestação de contas por incentivos até a coerção⁴². Sua prática “emergente” baseia-se em sua regularidade, na difundida convicção de sua obrigatoriedade e em uma certa institucionalização⁴³.

Em termos de conteúdo, a ideia de direitos humanos internacionais significa uma responsabilidade dos Estados pela satisfação de determinadas condições no tratamento de seus indivíduos, cuja violação justifica providências executórias ou preventivas da comunidade internacional ou de suas agências⁴⁴.

Tendo em vista os problemas que essa prática também traz consigo devido à estrutura dos direitos humanos, fundamentos são necessários para sua escolha e sua validade. Beitz senta-se separado também de “teorias naturalistas”⁴⁵. Por estas ele entende princípios justificadores que apoiam os direitos humanos positivos em direitos suprapositivos, os quais cabem a qualquer ser humano por força de sua humanidade⁴⁶ e aos quais ele pode apelar sem considerar outros fatores contingentes como práticas sociais. Eles devem ainda permanecer na titularidade das pessoas independentemente de lugar e tempo⁴⁷. Beitz analisa especialmente a abordagem personalista orientada aos sujeitos de direitos humanos, de James Griffin⁴⁸. O fundamento dos direitos humanos nessa teoria é a personalidade humana. Beitz não descarta completamente semelhantes abordagens; mas ele pensa que as referidas características só se aplicam a uma parte dos direitos humanos em cada caso. Assim, por exemplo, os direitos humanos do *status positivus* dependem de prestações contingentes. A gênese discursiva e histórica das gerações de direitos humanos fala contra sua atemporalidade etc.⁴⁹ Desse modo, teorias naturalistas não conseguem explicar todas as funções que os direitos humanos atualmente cumprem. Elas negligenciam o significado da prática discursiva. Com isso, ele deduz: “...a ideia de direitos humanos é distingui-

³⁹ Beitz 2011.

⁴⁰ Deixo de considerar aqui se Beitz lida com direitos humanos internacionais, enquanto Joas fala dos direitos humanos em geral.

⁴¹ Beitz 2011, p. 29 s.

⁴² Beitz 2011, p. 33 s.

⁴³ “O empreendimento dos direitos humanos globais constitui uma prática no seguinte sentido: ela consiste em um conjunto de regras para a regulação do comportamento de uma classe de agentes, uma crença mais-ou-menos difundida de que essas regras deveriam ser observadas, e algumas instituições, semi-instituições e processos informais para sua propagação e implementação”, Beitz 2011, p. 42.

⁴⁴ “A ideia central de direitos humanos internacionais é que os Estados são responsáveis por certas condições no tratamento de seu próprio povo e falhas ou prospectivas de falhas em fazê-lo pode justificar alguma forma de ação curativa ou preventiva pela comunidade mundial ou por aqueles atuando como seus agentes”, Beitz 2011, p. 13.

⁴⁵ Beitz 2011, p. 48 ss.

⁴⁶ “...concepções naturalistas consideram os direitos humanos como tendo um caráter e uma base que podem ser inteiramente compreendidos sem referência a sua incorporação e papel em qualquer doutrina ou prática pública”. Beitz 2011, p. 49.

⁴⁷ Beitz 2011, p. 53.

⁴⁸ Griffin 2011; a propósito, nota-se que Beitz lida praticamente apenas com autores anglo-americanos, o que relativiza consideravelmente o alcance de suas afirmações.

⁴⁹ Beitz 2011, p. 57 s.

vel daquela de um direito natural⁵⁰. Tampouco como teorias de reconhecimento as teorias naturalistas bastam para a fundamentação dos direitos humanos⁵¹.

Sua própria abordagem se baseia em *O Direito dos Povos*, de John Rawls⁵². Direitos humanos são uma parte desses direitos, cuja violação é condenada por povos liberais e decentes, mas que também vinculam “Estados fora da lei” nos quais eles não são reconhecidos⁵³. Sua função consiste em excluir intervenções nesses Estados se os direitos humanos forem respeitados, ou então justificá-las se não for o caso. Assim, eles não são derivados da natureza humana, e sim uma parte da razão pública da comunidade de direito internacional. A vantagem dessa concepção deve consistir em que os povos, embora os povos possam querer discutir acerca do conteúdo dos direitos humanos, eles mais facilmente chegam a um acordo quanto à função em si⁵⁴. Beitz, no entanto, tem a opinião de que mesmo essa abordagem ampla não se justifica diante do estado atual do direito internacional. Sua própria “abordagem prática” baseia-se em um modelo de dois níveis que pressupõe primeiramente uma prática comum dos povos, além de uma concordância sobre os objetivos dessa prática – a saber, a proteção dos indivíduos contra a violação de seus interesses mais importantes –, distingue a discordância sobre essa prática da discordância interna e permite uma parte dessas discordâncias como em conformidade com o sistema⁵⁵. Direitos

humanos, portanto, não são valores primários, mas derivados dessa prática⁵⁶. De acordo com a concretude de sua vinculatividade, os “direitos *pro tanto*” podem ser distinguidos dos “direitos-manifesto”: aqueles podem ser sobrepostos por outros pontos de vista dentro de uma ponderação, enquanto estes últimos justificam uma intervenção prontamente de acordo com a espécie de regra⁵⁷. Dependendo de sua extensão, os direitos humanos não garantem nem mesmo uma justiça internacional mínima⁵⁸. Eles não protegem nenhum valor específico, e sim podem proteger um pacote de valores e são justificados pluralisticamente, conforme quais interesses geram uma preocupação internacional⁵⁹. Apesar do perigo do paternalismo, os direitos políticos não fazem parte disso⁶⁰. Em geral, porém, o conteúdo possível desses direitos humanos é “aberto”⁶¹.

A teoria dos direitos humanos de Beitz baseia-se exclusivamente na prática política e não contém nenhum critério de limitação desta. Nisso está sua vantagem – e desvantagem. Sua vantagem na medida em que essa concepção não está sujeita ao risco de se atar a determinados valores e excluir outros – como “valores asiáticos”. Ela deixa a critério a definição dos valores da prática política do direito internacional. Ela também retrata adequadamente a prática dos direitos humanos e sua gênese. Essa vantagem é também sua desvantagem, na medida em que Beitz não consegue produzir qualquer ligação necessária entre os direitos humanos efetivamente reconhecidos.

⁵⁰ Beitz 2011, p. 59.

⁵¹ Beitz 2011, p. 73 ss. Ao lado das teorias que destacam que um determinado número de direitos humanos foram há muito reconhecidos ou estão sendo crescentemente reconhecidos, coloca-se o problema das minorias.

⁵² Rawls 2002.

⁵³ Rawls *Law*, p. 79 s.

⁵⁴ Beitz 2011, p. 99.

⁵⁵ Beitz 2011, p. 107 s.

⁵⁶ Beitz 2011, p. 127.

⁵⁷ Beitz 2011, p. 117 s.

⁵⁸ Beitz 2011, p. 141 ss.

⁵⁹ Beitz 2011, p. 160.

⁶⁰ Beitz 2011, p. 174 ss.

⁶¹ Beitz 2011, p. 212.

Quais direitos são direitos humanos e quais deles são fundamentais e quais são derivados fica em aberto. Também a estrutura normativa desses direitos é definida muito vagamente. Beitz não reflete o cunho normativo da prática dos direitos humanos, mas descreve sua implementação e execução emergentes. O caráter jurídico dos direitos humanos fica fora do domínio explicativo de sua teoria.

Tal como em Joas, portanto, a prática histórica concreta desempenha um papel importante para a formação dos direitos humanos. Como nele, a universalidade significa universalização evolutiva historicamente. No entanto, enquanto em Joas a prática dos direitos humanos se refere a valores desde já fixados, existentes previamente a essa prática, em Beitz os valores e direitos têm origem primeiramente nessa prática. Enquanto em Joas a extensão e a relação hierárquica dos direitos humanos – mesmo que isso não seja feito por ele – podem ser derivadas da personalidade humana, em Beitz não há nenhum parâmetro para isso. Joas deve, porém, vencer os pontos de vista majoritários a partir de valores extrajurídicos. Em ambos os autores o caráter jurídico dos direitos humanos e dos potenciais normativos especiais neles fundados ficam fora de foco. Esse caráter jurídico encontra-se fundado no controle normativo do procedimento para sua implementação e execução de direitos.

Assim, ambas as teorias deixam aberta a questão de qual é o direito humano primordial e como outros direitos humanos são relacionados a ele. Isso será, por fim, tentado aqui com referência à dignidade humana.

III. A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos

1. Introdução

Os direitos humanos devem salvaguardar a posição do ser humano no direito e na sociedade. Nesse sentido, eles contêm a proteção de interesses fundamentais⁶². O que é “fundamental” é expresso, por exemplo, no Preâmbulo da Carta das Nações Unidas e da DUDH, na medida em que se referem ao valor e à dignidade da pessoa humana e à igualdade de direitos do homem e da mulher. É fundamental em qualquer caso aquele interesse que é essencial para a realização da dignidade humana⁶³. A partir disso, então, podem ser derivadas reivindicações de proteção dos valores e interesses humanos elementares, como, por exemplo, o direito de participar da legitimação do poder público, liberdade, vida, propriedade e direitos acerca de conformações processuais mais justas.

2. Dignidade humana

Agora, a menção da dignidade humana nas declarações de direitos humanos, nos pactos e nas constituições significa que essas codificações sejam firmadas em uma fundamentação naturalista dos direitos humanos? Também na fundamentação do conceito jurídico de dignidade humana encontram-se princípios “naturalistas”⁶⁴ e construtivistas. Às fundamentações naturalistas pertencem aquelas que se referem a características do ser humano em si: sua imagem divina⁶⁵ ou

⁶² Alexy 1998, p. 251: “Aos cuidados dos direitos humanos estão a proteção e a cumprimento de interesses e necessidades fundamentais. Um interesse ou necessidade é fundamental se sua violação ou descumprimento significa a morte ou grave sofrimento ou atinge a área nuclear da autonomia”; cf. também Feinberg, que define: “direitos humanos são genericamente direitos morais de um tipo fundamentalmente importante possuídos igualmente por todos os seres humanos, incondicionalmente e inalteravelmente”, 1973, p. 85.

⁶³ Griffin 2011, p. 89 s., que acrescenta como outro critério da fundamentalidade o conceito de uma “capacidade normativa de agir”.

⁶⁴ Decididamente, entre outros, Nipperdey, *Grundrechte II*, p. 1: “O reconhecimento como pessoa e como membro do Estado é a base para todas as reivindicações de direito público, que conseqüentemente se dividem naquelas que o Estado concede a todas as pessoas que entram em sua área e aquelas que ele reserva para os permanentemente pertencentes a ele como cidadãos”.

⁶⁵ Schockenhoff 1996; porém essa não é uma ideia puramente cristã, cf. por exemplo Cícero, *De legibus*, I, 59: “Pois quem conhece a si mesmo, primeiramente observará que possui algo de divino em si, e acreditará que o espírito nele se assemelha a uma consagrada imagem dos deuses, e sempre assim procederá e se sentirá como digno de um presente divino tão significativo”, Cícero: *Über die Gesetze*, p. 65.

sua razão⁶⁶, que são um valor intrínseco de sua natureza⁶⁷. Construtivistas, por outro lado, são o conceito de conquista⁶⁸ dos direitos humanos e também princípios de teorias da comunicação ou do discurso⁶⁹.

Os problemas descritos anteriormente na análise dos direitos humanos por Joas e Beitz também retornam aqui: aquelas abordagens que fundamentam a dignidade humana a partir de propriedades inatas do ser humano veem-se no risco de transcender o direito⁷⁰ e ao mesmo tempo ficar devendo respostas sobre por que determinadas violações históricas à dignidade e concepções religiosas, filosóficas ou ideológicas de dignidade também devem ser juridicamente relevantes. Simultaneamente, evidencia-se bastante depressa que faltam critérios jurídicos para poder decidir entre concepções concorrentes de dignidade.

A perspectiva construtivista (de teorias do discurso⁷¹ ou teorias dos sistemas⁷²) da dignidade humana, por sua vez, corre o risco de não conseguir explicar bens que devem ser protegidos pela vontade do legislador histórico ou então pelas partes contratantes de direito internacional, nem fundamentar suficientemente o elevado significado jurídico do valor da dignidade humana. Se a dignidade da pessoa de fato se baseia em sua conquista racional ou outra, ou no reconhecimento mútuo, então aquele que não consegue articular sua liberdade não possui dignidade. Como es-

sas conquistas e outras articulações da liberdade devem ser atos juridicamente relevantes, aqueles que não possuem capacidade jurídica ou capacidade para atos jurídicos não possuem dignidade. Isso então realmente afeta, como Joas temia, os nascituros, e também pacientes em coma e outras pessoas que não podem mais expressar sua liberdade. Isso ainda excluiu particularmente os judeus no Terceiro Reich, os quais não eram vistos como “camaradas do povo” e por isso não deviam possuir nenhuma capacidade jurídica da posição de sujeitos de direito. Além disso, também salta aos olhos quanto tempo foi necessário nos EUA para a abolição da escravidão. Ao lado de razões políticas e econômicas, também poderia ter sido uma das causas por isso o fato de que não existia nenhuma necessidade jurídica para sua inclusão. Pois nos EUA a dignidade decorre dos direitos de liberdade e não é, ela própria, codificada⁷³.

Agora, considerando-se que os direitos humanos clássicos, justamente devido a fundamentações naturalistas, continham uma grave lacuna normativa a respeito do sujeito do direito, abre-se, por outro lado, a possibilidade de uma outra fundamentação da dignidade humana. Que os direitos humanos pertencem a todas as pessoas e de forma igual para todas as pessoas, foi tratado como um axioma filosófico ou religioso pelas primeiras declarações, portanto, pressuposto. Essa demanda já havia sido cobrada no século

⁶⁶ Por exemplo Blaise Pascal: “Toda a dignidade humana consiste no pensamento, dele devemos nos erguer e não do espaço e do tempo, que nunca iremos esgotar. Esforcemo-nos assim para pensar corretamente, isso é o princípio da moral”, e naturalmente Kant: “Apenas o ser humano considerado como pessoa, isto é, como sujeito de uma razão moral-prática, está acima de qualquer preço; pois como tal (*homo noumenon*), ele não deve ser valorizado como um simples meio para os outros, nem para seus próprios fins, mas como um fim em si, ou seja, ele possui uma dignidade (um valor interior absoluto), pelo que ele demanda consideração por si de qualquer outro ser racional do mundo, pode se comparar com qualquer outro desse tipo e se valorizar em pé de igualdade”, Kant: *Die Metaphysik der Sitten*, p. 568 s.

⁶⁷ Cf., por exemplo, a fundamentação do *Justice Brennan* em *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153: “Eu enfatizo apenas que o principal entre os ‘conceitos morais’ reconhecidos em nossos casos e inerentes à Cláusula é o princípio moral primário de que o Estado, mesmo ao punir, deve tratar seus cidadãos de uma forma consistente com seu valor intrínseco como seres humanos – uma punição não deve ser tão severa a ponto de degradar a dignidade humana”.

⁶⁸ Cf., entre outros, Friedrich Schiller: *Über Anmut und Würde*: “O domínio dos impulsos por meio da força moral é liberdade do espírito, e sua expressão no aparecimento chama-se dignidade”, e naturalmente Luhmann 1999, 53 ss.

⁶⁹ Habermas 2001, 62 ss.

⁷⁰ Por exemplo, quando o ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, na decisão sobre as células-tronco em 2008, disse que a dignidade humana era um direito supralegal (“supralegal dos tratados de direitos humanos”), absoluto, Sarlet 2009/1, p. 91 com documentações mais detalhadas.

⁷¹ Hofmann 1993, p. 353 ss.

⁷² Luhmann 1999.

⁷³ Kirste 175 ss, 188 f.

XIX na Europa Central e fundamentada filosoficamente no “direito originário” do ser humano⁷⁴. Apenas as exclusões totalitárias de grupos de pessoas, não apenas de direitos individuais como o direito de votar, mas da comunidade de direitos como um todo, lançaram em uma proporção politicamente influente a demanda jurídica de uma reivindicação de subjetividade de direitos a todas as pessoas contra semelhantes práticas⁷⁵. Nesse momento histórico *Hannah Arendt* articulou sua ideia de um “direito aos direitos”⁷⁶. A questão de quem deveria ser o necessário sujeito de direito tornou-se com isso uma questão jurídica, e a resposta para isso o direito da dignidade humana. Todo ser humano deve ter o direito de ser tratado, no sentido jurídico, como sujeito e jamais como mero objeto. Esse é o teor da transformação da teoria kantiana do sujeito em conceitos jurídicos. A injustiça da reificação do ser humano conduziu assim a uma transformação da concepção naturalista de dignidade humana em uma concepção jurídica.

3. Dignidade humana e direitos humanos

Os direitos humanos se referem à dignidade, assim determinada, em seus três *status* e os moldam mais de perto. Extraídos do princípio fun-

damental do art. 1 da DUDH, segundo o qual “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, eles e outros acordos buscam primeiramente que seja protegido pelo poder público o potencial de liberdade humana, mesmo em lugares onde ele não pode se desenvolver. Todos os direitos de liberdade pressupõem essa capacidade de liberdade. Os direitos de igualdade derivam daí que toda pessoa possui dignidade de um modo indiscriminado, mesmo que a realize diferentemente. A dignidade humana, além disso, atua como critério para determinar a proporção da liberdade e da igualdade. Nenhum uso da liberdade pode ir tão longe a ponto de violar o direito fundamental de igual consideração de todos os seres humanos; nenhuma demanda de igualdade pode excluir a possibilidade de livre autodeterminação do ser humano. Subsequentes acordos internacionais de direitos humanos filiam-se à Carta e à DUDH e proscrevem o genocídio⁷⁷, a discriminação racial⁷⁸, a discriminação contra as mulheres⁷⁹, diminuem atos de soberania estatal⁸⁰ e asseguram a posição jurídica dos refugiados⁸¹.

Quem não pode desenvolver seu potencial de liberdade por sua própria força possui fundamentalmente uma reivindicação de amparo para a garantia das condições de liberdade. Aqui se

⁷⁴ Pfister 1843, p. 617: “Partindo-se... do conceito de ser humano como um ente capaz de direito, então há um direito absolutamente inseparável de sua essência – o direito de estar sob a lei do direito ou de ser tratado de acordo com a lei da validade mutualmente igual de todos, de modo que seja conciliável com a validade da vontade igualmente absoluta de cada indivíduo. Esse direito originário, no qual todos os outros direitos se seguram, não pode ser renunciado, pois ele é uma consequência necessária da natureza racional-moral do ser humano, cujas leis ele pode transgredir, porém jamais alterar ou revogar. Se alguém se tornasse uma mera coisa, ou propriedade de outrem, deveria deixar de ser humano, o que, enquanto estiver vivo, é uma impossibilidade e absolutamente contra a natureza das coisas. Esse direito não é apenas inalienável, mas também ilimitável”.

⁷⁵ Também Jellinek 1905, p. 28: “É uma demanda moral, reconhecida como produto de um desenvolvimento milenar, reconhecer os seres humanos como sujeitos de direito por excelência”. Em *Teoria Geral do Estado*, é dito: “O reconhecimento como pessoa e como membro do Estado é a base de todas as reivindicações de direito público, que consequentemente se dividem naquelas que o Estado concede a todas as pessoas que entram em sua área e aquelas que ele reserva para os permanentemente pertencentes a ele como cidadãos”.

⁷⁶ Arendt 1949, p. 754.

⁷⁷ Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, de 9 de dezembro de 1948.

⁷⁸ Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 7 de março de 1966, preâmbulo: “Dignidade e igualdade de todos os seres humanos... todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

⁷⁹ Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 18 de dezembro de 1979, preâmbulo: “Fé nos direitos fundamentais do ser humano, na dignidade e no valor da personalidade humana e na igualdade de direitos entre o homem e a mulher... a discriminação da mulher viola os princípios da igualdade de direitos e a consideração da dignidade humana”.

⁸⁰ Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 10 de dezembro de 1984, preâmbulo: “Considerando que, de acordo com os princípios proclamados pela Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da igualdade e da inalienabilidade dos direitos de todos os membros da sociedade humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, considerando que esses direitos derivam da dignidade inerente ao ser humano...”

⁸¹ Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 28 de julho de 1951.

incluem os direitos humanos sociais da segunda geração, que asseguram o *status* positivo do ser humano. Isso deve ser protegido principalmente pelo Pacto Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966⁸².

Enquanto esses direitos humanos se referem ao conteúdo necessário das normas jurídicas, existem outros direitos que realizam sua instituição e execução. Na produção de normas (no sentido mais amplo), o ser humano apenas é respeitado como sujeito de direito se ele também pode contribuir com sua instituição e interpretação. Caso contrário, estaria ele sujeito a um direito que não fora por ele autorizado⁸³. Por isso, o direito humano da dignidade é também a fundação da participação democrática e de outras formas de participação política⁸⁴. Estas, por sua vez, exigem determinados direitos de comunicação que preparam e ladeiam essa influência. Como Jürgen Habermas mostrou, esse direito humano à democracia⁸⁵ tem dois lados: por um lado, protege o direito à possibilidade de participação do indivíduo na formação da vontade política; por outro lado, os direitos humanos não devem mais ser concedidos paternalisticamente por meio de um Estado de bem-estar esclarecido, e sim as pessoas devem, elas mesmas, reconhecer esses direitos para si. Assim, o Pacto Sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 serve especialmente à dignidade humana do *status activus*. Levando-se essa dimensão mais além e entendendo-a como um direito a que nenhum direito e nenhuma obrigação possa ser realizado sem a parti-

cipação daqueles que dizem respeito a ela ou a quem ela diz respeito, então a ela pertencem até mesmo as camadas mais antigas dos direitos humanos, a saber, o direito ao *habeas corpus* e, por exemplo, a proibição da dupla penalização ou a proibição da retroatividade⁸⁶.

Esses direitos, porém, têm seu fundamento no reconhecimento do ser humano como sujeito de direito no *status subjectionis*. Aqui o ser humano, por força de sua dignidade, tem uma reivindicação de ser reconhecido no direito jamais como objeto, mas sempre como sujeito de direito, isto é, de ser reconhecido como pessoa de direito. Nisso há menos um direito substantivo aos direitos, como pensam Hannah Arendt e autores a ela subsequentes, do que a proteção da inerente subjetividade de todos os direitos. Onde os tratados de direitos humanos proibem o tráfico humano⁸⁷ e a escravidão⁸⁸, protegem esse *status*.

Por que a dignidade humana é, com isso, o fundamento dos direitos e dos direitos humanos e por que não transcende o sistema jurídico como sistema normativo? Definíamos o direito como um ordenamento de normas cuja instituição e execução é regulada por normas. A coerção de sua aplicação e de sua obrigatoriedade é consequentemente rompida e ao mesmo tempo orientada por meio da norma: nem toda coerção que surge naturalmente é direito, mas apenas aquelas que o direito permite por uma livre decisão. Ele também não obriga os sujeitos às normas a simplesmente seguir suas ordens, mas espera o seu cumprimento voluntário das normas. O direito,

⁸² De 19 de dezembro de 1966, Diário de Leis Federais (BGBl). 1973 II, 1569. O número necessário de 35 ratificações para a entrada em vigor foi alcançado de fato para ambos os pactos somente em 1976.

⁸³ Alexy 1998, p. 261.

⁸⁴ Cf. Kirste 2015, p. 11 ss.; também Peter Häberle, § 22 *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, in: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (HbStR) II, 2004, nota 61 ss., 67.

⁸⁵ Cuja existência é discutida. Cf. para crítica, por exemplo, Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Ist Demokratie eine notwendige Forderung der Menschenrechte?* In: *Philosophie der Menschenrechte*. Eds. Gosepath, Stefan; Lohmann, Georg. Frankfurt/Main 1998, p. 233-243, p. 239 s.; Griffin (n. 62), p. 249; Joshua Cohen, *Is there a Human Right to Democracy?* Oxford 2006; a favor, entre outros: Otfried Höffe, *Die Menschenrechte als Legitimation und kritischer Maßstab der Demokratie*, in: Johannes Schwartländer, (Ed.), *Menschenrechte und Demokratie*, Kehl 1981, p. 241 ss., p. 256 s.

⁸⁶ Esses direitos eram especialmente importantes nas Declarações de Direitos na América do Norte.

⁸⁷ Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e da Prostituição de Outrem, de 2 de dezembro de 1949 (preâmbulo).

⁸⁸ Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura, de 7 de setembro de 1956.

consequentemente, presume a liberdade e assegura a liberdade. Objetivamente, ante o exposto, o direito pressupõe a capacidade de liberdade como condição de sua função. Sem ela, ele seria alguma outra coisa, mas não direito. Com a dignidade humana, essa condição da função se tornou ao mesmo tempo um direito – um direito humano. O torturador, ou o sequestrador, não apenas viola a dignidade de outo, como também faz uma relação unilateral de força fora da relação jurídica recíproca. Com a violação da dignidade, a relação jurídica entre ambos é necessariamente destruída⁸⁹. Se a dignidade humana fosse juridicamente violável, o próprio direito desmoronaria. O direito negaria a subjetividade jurídica, sem a qual não é suficiente outorgar direitos e obrigações jurídicas. Um Estado que não reconhece a dignidade – explícita ou implicitamente – cai de volta ao estado de natureza⁹⁰.

Assim, a dignidade humana é – como Ingo Sarlet formulou em relação à Constituição brasileira⁹¹ – o ponto focal do direito; um ponto focal a partir do qual, por exemplo, o Tribunal Constitucional húngaro reergueu, em um sentido liberal, os direitos socialistas da parcialmente revogada Constituição socialista⁹². Sem sua proteção explícita ou implícita ele seria imperfeito, porque pressuporia algo que ele mesmo não garante. Consequentemente, não há valor mais alto no direito que a dignidade humana. Ela é necessariamente e simultaneamente um valor jurídico. Desse modo, a concepção apresentada se distingue tanto daquela de Joas quanto de Beitz: de Joas, pois a dignidade humana jurídica não transcende o direito positivo; de Beitz, pois ela é um direito humano substancialmente necessário. A dignidade humana é o fundamento dos direitos humanos e, portanto, paralela ao bem comum do direito de modo geral.

Referências

- ALEXY, Robert. 1996. *Theorie der Grundrechte*. 3. Aufl. Frankfurt/Main: Suhrkamp.
- 1998. Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat. In: *Philosophie der Menschenrechte*. Hrsg. v. Gosepath, Stefan; Lohmann, Georg. Frankfurt/Main: Suhrkamp.
- ARENDT, Hannah. 1949. Es gibt nur ein einziges Menschenrecht. In: *Die Wandlung 1949*, S. 754-770.
- BEITZ, Charles R. 2011. *The Idea of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. 2006. *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie. Antike und Mittelalter*. 2. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck.
- CHWASZCZA, Christine. 2010. The Concept of Rights in Contemporary Human Rights Discourse, in: *Ratio Juris* 23 (2010), S. 333-364.
- CICERO, Marcus Tullius. 2004. *Über die Gesetze/de legibus*. Stuttgart: Reclam.
- FEINBERG, Joel. 1973. *Social Philosophy*. Prentice Hall.
- GRIFFIN, James. 2011. *On Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- HABERMAS, Jürgen. 2001. *Die Zukunft der menschlichen Natur*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- HAVERKATE, Görg. 1992. *Verfassungslehre. Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung*. München: Beck.
- HOFMANN, Hasso. 1992. Menschenrechtliche Autonomieansprüche – Zum politischen Gehalt der Menschenrechtserklärungen, in: *JZ* 1992, S. 165-175.
- 1993. *Die versprochene Menschenwürde*. In: *AöR* 118 (1993), S. 353-377.
- JELLINEK, Georg. 1905. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. 2. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck.
- 1996. *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte. Ein Beitrag zur modernen Verfassungsgeschichte*. Schutterwald/Baden.
- JOAS, Hans (2006): Die überirdische Majestät der menschlichen Person. Über den Wandel des Strafsystems und seine kulturellen Hintergründe. In: *Neue Zürcher Zeitung*, 1./2.4.2006, S. 31.

⁸⁹ Maihofer 1968, p. 19; sobre isso também Kirste 2010, p. 103 s.; Kirste 2015a, p. 345 ss. Kirste 2015b, p. 473 ss.

⁹⁰ Maihofer 1968, p. 28.

⁹¹ Sarlet 2009/1, p. 85 seguindo Haverkate 1992, p. 142: "O ponto arquimediano do Estado constitucional é a dignidade do indivíduo. Dela o Estado não pode dispor; o Estado deve respeitá-la; ela é a medida da atividade estatal. Essa indisponibilidade da dignidade do indivíduo é o núcleo cristalino da instituição 'direito constitucional'".

⁹² Cf. A esse respeito Kirste 2010, p. 175 ss.

- 2009. Die Sakralität der Person, in: fiph-Journal 13 (2009), S. 1-5.
- KIRSTE, Stephan. 2013. Das Fundament der Menschenrechte. In: Der Staat 2013, S. 119-138.
- 2010. Menschenwürde im internationalen Vergleich der Rechtsordnungen. In: Das Dogma der Unantastbarkeit. Eine Auseinandersetzung mit dem Absolutheitsanspruch der Würde. Hrsg. v. R. Gröschner u. O. W. Lemke. Tübingen, S. 175-214.
- 2010a. Die Würde des Menschen als Grundlage des Rechtsstaats. In: Menschliche Existenz und Würde im Rechtsstaat. Beiträge zum Kolloquium für Werner Maihofer zum 90. Geburtstag. Hrsg. v. S. Kirste u. G. Sprenger. Berlin, S. 103-120.
- 2011. Eine deskriptive Rechtsethik. In: Jahrbuch für Recht und Ethik 2011, S. 241-260.
- 2012. § 204. Die naturrechtliche Idee überstaatlicher Menschenrechte. In: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 10. Hrsg. v. P. Kirchhof und J. Isensee. Heidelberg, S. 1-30.
- 2013a. Menschenwürde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. In: Menschenwürde und Medizin. Ein interdisziplinäres Handbuch. Hrsg. v. E. Hilgendorf u. J. Joerden. Baden-Baden, S. 241-264.
- 2015. The Human Right to Democracy as the Capstone of Law. In: Human Rights, Democracy, Rule of Law and Contemporary Social Challenges in Complex Societies. Hrsg. v. B. A. Rocha, M. C. Galuppo, M. Sette Lopes, K. Salgado, Th. Bustamante, Lucas Gontijo. Stuttgart 2015 (ARSP-Beiheft 146), S. 11-31.
- 2015a. Die beiden Seiten der Maske – Rechtstheorie und Rechtsethik der Rechtsperson. In: Kirste, S./Gröschner, R./Lembcke, O. (Hrsg.): Person und Rechtsperson. Tübingen (Mohr, Reihe Politika) 2015, S. 345-382.
- 2015b. Die Hermeneutik der Personifikation im Recht. In: ARSP 101 (2015), S. 473-487.
- KRIELE, Martin. 1977. Menschenrechte in Ost und West. Köln.
- KÜHNHARDT, Ludger. 1987. Die Universalität der Menschenrechte. München.
- LOHMANN, Georg. 1998. Menschenrechte zwischen Moral und Recht. In: Philosophie der Menschenrechte. Hrsg. v. Gosepath, Stefan; Lohmann, Georg. Frankfurt/Main: Suhrkamp.
- LUHMANN, Niklas. 1999. Grundrechte als Institution. Berlin: Dunker & Humblot.
- MENKE, Christoph. 2007. Philosophie der Menschenrechte. Hamburg.
- NIPPERDEY, Hans Carl. 1968. Die Grundrechte II. Berlin.
- PFISTER, Paul. 1843. Urrechte oder unveräußerliche Rechte. In: Staats-Lexikon, Hrsg. V. C. v. Rotteck u. C. Welcker, Bd. 15. Altona 1843.
- POGGE, Thomas. 2000. The international Significance of Human Rights, in: The Journal of Ethics 4 (2000), S. 45-69.
- RAWLS, John. 2002. Law of the Peoples. Cambridge/Mass.
- SCHOCKENHOFF, Eberhard. 1996. Naturrecht und Menschenwürde. Mainz.
- WOLF, Erik. 1972. Rechtstheologische Studien. Hrsg. v. Alexander Hollerbach. Frankfurt/Main.