

3ª. AULA. Direito e dignidade da pessoa humana

TEXTO:

HABERMAS, Jürgen, *Sobre a Constituição da Europa*, Tradução de Denilson Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo, São Paulo, UNESP, 2012, ps. 07 a 37.

CASO PRÁTICO: O CASO DE ASSÉDIO MORAL

Ana é funcionária pública, e trabalha no ambulatório do sistema municipal de saúde, de uma pequena cidade no interior do Espírito Santo. Prestou concurso, e é efetiva, mas desde a chegada de uma nova equipe de médicos na cidade, liderados pelo Dr. Astor, apenas vem assistindo o crescimento da intolerância no ambiente de trabalho. Isso porque a indicação deste médico, para assumir o posto de Diretor do Hospital Municipal, se deu a partir de critérios estritamente políticos, o que levou a uma forte reação por parte do sindicato dos trabalhadores da saúde. Ana é filiada ao sindicato, mas nunca teve ligações políticas fortes, além de ser mulher de idade, com responsabilidades familiares extensas, considerando seus quatro filhos.

A nova equipe médica, sob a orientação do Dr. Astor, resolve dispensar tratamento diferenciado aos diversos profissionais, abrindo chances e readequando o serviço, para os “amigos”, e relegando os “inimigos”. Sem saber, nas reuniões veladas da equipe médica, Ana foi considerada da “turma de lá”. Por isso, seu superior começou a tratá-la com rispidez, denegrindo os resultados de seu trabalho, e colocando-a em posição sistematicamente inferior à dos demais. Ana passa a receber tratamento discriminatório, a ter de lidar com as piores emergências médicas, são-lhe suprimidos instrumentos mínimos de trabalho e sua escala recai sobre os piores horários, além de sua sala ter sido desmontada, para atender às “modificações institucionais necessárias”. A supressão de informações lhe era constante, de forma que dificilmente conseguia concluir com êxito uma tarefa, contando, inclusive, com pouco apoio dos colegas de trabalho. Nos corredores, no dia a dia do trabalho, passa por constrangimentos e humilhações, ouvindo sarcasmos, zombarias, sendo exposto a situações vexatórias perante os pacientes do Hospital, chegando a ouvir frases tais como “lá vem ela”, “ah, não, essa mulher”, “passa pra Ana esse atendimento, ela vai adorar resolver esta situação”, “não falamos com qualquer um(a)”, seja de seu superior, seja dos demais colegas de trabalho.

A situação perdura já 3 anos, e os expedientes visam, exatamente, que a servidora se desligue daquele hospital, ou peça a aposentadoria. Um incidente, claramente persecutório, fez com que Ana tomasse as medidas necessárias. Após o desaparecimento de materiais de enfermagem do almoxarifado, pois um processo administrativo é aberto com o seu nome. Não sendo responsável pela área, e nem utilizando daquele tipo de produto, sendo sua área o atendimento ao público, Ana se vê encurralada. Sob intensa pressão, acaba tendo de pedir afastamento profissional, após um susto de pânico e convulsões, tendo que procurar atendimento médico-psicológico em função de transtornos e outros sintomas. Após atendimento, é diagnosticada com situação de forte tensão e estado avançado de transtornos psicológicos.

Sabendo-se que a situação é de assédio moral na relação de trabalho, Ana acaba procurando o sindicato, que lhe faz diversas reuniões e recomendações:

1. Enquanto sindicalista, apresente a Ana as medidas que podem ser tomadas por ela no ambiente de trabalho, e ajude-a a identificar as provas que poderão ser utilizadas para eventual embasamento de ação judicial. Ao final, demonstre a Ana as medidas que o sindicato irá tomar, considerando a relação entre assédio moral e improbidade administrativa;
2. Enquanto advogado do sindicato, e profissional designado para mover uma ação judicial em seu favor, apresente a Ana a relação entre o conceito de “dignidade da pessoa humana” e o “conjunto de dispositivos legais” violados pela prática do “assédio moral na relação de trabalho”. Ao final, apresente a Ana a modalidade de ação judicial cabível, e esclareça a ela a expectativa que pode ter, relativa à possível decisão judicial, considerando-se os critérios para a análise e quantificação do dano, e, portanto, da avaliação do “grau de violação da dignidade da humana”.

JÜRGEN HABERMAS

SOBRE A CONSTITUIÇÃO DA EUROPA

HABERMAS

SOBRE A CONSTITUIÇÃO DA EUROPA

A explosão das ilusões neoliberais promoveu a concepção de que os mercados financeiros, principalmente os sistemas funcionais que perpassam as fronteiras nacionais, criam situações problemáticas na sociedade mundial que os Estados individuais – ou as coalizões de Estados – não conseguem mais dominar. A política como tal, a política no singular, é desafiada em certa medida por tal necessidade de regulamentação: a comunidade *internacional* dos Estados tem de progredir para uma comunidade *cosmopolita* de Estados e dos cidadãos do mundo, levando adiante a juridificação democrática do poder político.



editora
unesp



editora
unesp

As três intervenções documentadas no adendo podem ser lidas como comentários àquela imagem etnocêntrica da Europa que se espelha na percepção auto-centrada da Alemanha reunificada.

Starnberg, início de setembro de 2011

Jürgen Habermas

O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos*

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pelas Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, começa no artigo I com o princípio: "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos".¹ O preâmbulo também menciona, em um mesmo fôlego, a dignidade humana e os direitos humanos. Confirma a "fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana".² A lei

* Ensaio impresso na *Deutschen Zeitschrift für Philosophie* [*Revista Alemã de Filosofia*] (v.58, 2010, p.343-57) e, em formato reduzido (com o título de "O declive utópico"), nos *Blättern für deutsche und internationale Politik* [*Folha de política alemã e internacional*] (v.8, 2010, p.43-53). Para a publicação neste volume, ele foi revisado uma vez mais pelo autor. Título original: "Das Konzept der Menschenwürde und die realistische Utopie der Menschenrechte".

1 "All human beings are born free and equal in dignity and rights." Na primeira sentença o preâmbulo exige simultaneamente o reconhecimento da "inherent dignity" [dignidade inerente] e dos "equal and inalienable rights of all members of the human family" [direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana].

2 "The peoples of the United Nations have in the Charter reaffirmed their faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person."

fundamental da República Federal da Alemanha, promulgada há mais de sessenta anos, começa com uma seção sobre os direitos fundamentais, e no artigo I recomeça com a afirmação: "A dignidade do ser humano é inviolável". Antes disso, formulações semelhantes estavam presentes em três das cinco constituições dos Estados alemães promulgadas entre 1946 e 1949. A dignidade humana desempenha também hoje um papel proeminente nos discursos dos direitos humanos e na jurisprudência.³

A inviolabilidade da dignidade humana dominou a esfera pública alemã em 2006, quando o Tribunal Constitucional Federal considerou inconstitucional "a Lei de Segurança Aérea" promulgada pelo parlamento alemão. Na época, o parlamento tinha em mente o cenário do "11 de Setembro", ou seja, o ataque terrorista às torres gêmeas do World Trade Center. Pretendia autorizar as forças armadas a, em situação semelhante, abater aviões de passageiros transformados em bombas, de modo a proteger um número indefinidamente maior de pessoas ameaçadas em solo. Porém, segundo a concepção do Tribunal, a morte de passageiros por meio de órgãos estatais seria inconstitucional. O dever do Estado (segundo o artigo 2, inciso 2 da Constituição Federal)⁴ de proteger a vida das potenciais vítimas de um ataque terrorista não pode vir antes do dever de respeitar a dignidade humana dos passageiros: "quando suas vidas são colocadas unilateralmente à disposição do Estado, nega-se

[Trad.: "Os povos das Nações Unidas reafirmam, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana".]

3 Denninger, *Der Menschenwürdesatz im Grundgesetz und seine Entwicklung in der Verfassungsrechtsprechung*, p.397-411.

4 "Cada um tem o direito à vida e à integridade física."

aos passageiros à bordo do avião o valor que é devido aos seres humanos em vista de seu próprio bem".⁵ O eco do imperativo categórico de Kant é evidente nessas palavras do Tribunal. O respeito à dignidade humana de cada pessoa proíbe o Estado de dispor de qualquer indivíduo apenas como meio para outro fim, mesmo se for para salvar a vida de muitas outras pessoas.

É interessante a circunstância em que somente após o final da Segunda Guerra Mundial o conceito filosófico de dignidade humana, que entrou em cena já na Antiguidade e adquiriu em Kant sua acepção válida atualmente, tenha sido introduzido nos textos do direito das gentes e nas diferentes constituições nacionais desde então em vigor. Em um tempo relativamente curto, ele veio a desempenhar um papel central também na jurisprudência internacional. Em contrapartida, o conceito de dignidade humana como conceito jurídico não aparece nem nas declarações clássicas dos direitos humanos do século XVIII, nem nas codificações do século XIX.⁶ Por que no direito o discurso dos "direitos humanos" surgiu tão mais cedo do que o da "dignidade humana"? Com certeza, os documentos de fundação das Nações Unidas, que estabelecem expressamente o vínculo dos direitos humanos com a dignidade humana, foram uma

5 BVerfG, I BvR 357/05 de 15 de fevereiro de 2006, Inciso 124; sobre esse julgamento, cf. Von Bernstorff, *Pflichtenkollision und Menschenwürdegarantie. Zum Vorrang staatlicher Achtungspflichten im Normbereich von Art. 1 GG, Der Staat*, p.21-40. [BVerfG corresponde a Bundesverfassungsgericht – Tribunal Constitucional Alemão; e BvR, a Verfassungsbeschwerde – recurso constitucional promovido por qualquer um que considere que seus direitos fundamentais foram feridos pelo poder público. – N. E.]

6 Cf. McCrudden, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. The European Journal of International Law*, p.655-724.

resposta evidente aos crimes de massa cometidos sob o regime nazista e aos massacres da Segunda Guerra Mundial. Explica-se por isso o papel proeminente que a dignidade humana assume nas constituições pós-guerra da Alemanha, Itália e Japão, isto é, nos regimes que sucederam aos dos que causaram essa catástrofe moral do século XX e dos que foram seus aliados? É somente no contexto histórico do holocausto que a ideia de *direitos humanos* é depois carregada (e possivelmente sobrecarregada) moralmente com o conceito de *dignidade humana*?

A carreira tardia do conceito de dignidade humana nas discussões sobre direito constitucional e direito das gentes tende a apoiar essa ideia. Só existe uma exceção na metade do século XIX. No contexto dos debates sobre a abolição da pena de morte e da punição corporal, afirma-se no § 139 da Constituição de Frankfurt [*Paulskirchenverfassung*] de março de 1849: "um povo livre deve respeitar a dignidade humana mesmo no caso do criminoso".⁷ Contudo, essa constituição, que foi o produto da primeira revolução burguesa na Alemanha, não entrou em vigor. De um modo ou de outro, a assimetria temporal entre a história dos *direitos humanos* que remonta ao século XVII e o surgimento recente do conceito de *dignidade humana* nas codificações do direito das gentes, bem como nas decisões jurídicas do último século, permanece um fato digno de nota.

Em contraposição à suposição de que foi atribuída retrospectivamente uma carga moral ao conceito de *direitos humanos* por meio do conceito de *dignidade humana*, pretendo defender a tese de que, desde o início, mesmo que ainda primeiro de modo

7 Denninger, *Der Menschenwürdesatz im Grundgesetz und seine Entwicklung in der Verfassungsrechtsprechung*, p.397.

implícito, havia um vínculo conceitual entre ambos os conceitos. Direitos humanos sempre surgiram primeiro a partir da oposição à arbitrariedade, opressão e humilhação. Hoje ninguém pode pronunciar algum desses artigos veneráveis — por exemplo, o princípio: "ninguém será submetido a tortura nem a penas ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes" (Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo 5)⁸ — sem ouvir o eco que ressoa do grito de incontáveis criaturas humanas torturadas ou assassinadas. O apelo aos *direitos humanos* alimenta-se da indignação dos humilhados pela violação de sua dignidade humana. Se esse vínculo conceitual se encontra já no início, ele deve poder ser demonstrado também no próprio desenvolvimento do direito. Primeiro, temos de responder então à questão se "*dignidade humana*" é a expressão para um conceito fundamental normativamente substantivo, a partir do qual os *direitos humanos* podem ser deduzidos por meio de uma especificação das condições de violação da dignidade humana, ou se é apenas a expressão vazia para um catálogo de *direitos humanos* individuais, espalhados e não relacionados.

Mencionarei algumas razões teóricas jurídicas para sustentar que a *dignidade humana* não é uma expressão classificatória posterior, ou uma espécie de simulacro por detrás do qual se esconde uma multiplicidade de fenômenos diferentes, mas sim a "fonte"⁹ moral da qual os *direitos fundamentais* extraem seu conteúdo (1). Em seguida, pretendo examinar, sob pontos de vista sistemá-

8 "No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment."

9 "A inviolabilidade da dignidade do ser humano é a fonte de todo direito fundamental", como é dito no artigo 1-4, inciso 2 da Constituição do Estado Livre da Saxônia no ano de 1992.

ricos e histórico-conceituais, o papel catalisador desempenhado pelo conceito de dignidade na composição dos direitos humanos a partir da moral racional e da forma do direito [*Rechtsform*] (2). Por fim, a origem dos direitos humanos a partir da fonte moral da dignidade humana explica a força política explosiva de uma utopia concreta, que pretende defender contra a rejeição total dos direitos humanos (Carl Schmitt) e também contra as tentativas mais recentes de atenuar seu conteúdo radical (3).

(I)

Em virtude de sua universalidade abstrata, os direitos humanos precisam ser concretizados em cada caso particular. Com isso, legisladores e juízes chegam a resultados muito distintos em contextos culturais diferentes. Atualmente, um bom exemplo disso é a regulação de questões éticas controversas como a eutanásia, o aborto ou a manipulação eugénica da herança genética. Ao mesmo tempo, é menos controverso que os conceitos jurídicos universais, em razão dessa catênia de interpretação, são mais apropriados para a formação de compromissos negociados. Assim, na fundação das Nações Unidas, principalmente na negociação de pactos sobre os direitos humanos e nas convenções do direito das gentes, o apelo ao conceito de dignidade humana sem dúvida facilitou a produção de um consenso sobreposto entre as partes de diferentes origens culturais. “Cada um podia concordar com a posição de que a dignidade humana tinha um significado central, mas não por que e de que forma.”¹⁰

¹⁰ McCrudden, Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights, *The European Journal of International Law*, p.678.

Mas isso não basta para o sentido jurídico da dignidade humana se esgotar na função de uma cortina de fumaça, por detrás da qual as diferenças mais profundas desapareceriam provisoriamente. A função de compromisso, que a dignidade humana desempenhou no decurso da diferenciação e da difusão dos direitos humanos, e ocasionalmente também na neutralização de diferenças intransponíveis, não consegue explicar seu surgimento tardio como conceito jurídico. Pretendo mostrar que as condições históricas modificadas converteram em tema e tornaram consciente algo que já estava inscrito nos direitos humanos desde o início — a saber, aquela substância normativa da dignidade humana igual de cada um, que foi, por assim dizer, explicitada pelos direitos humanos. Assim, juízes recorrem à proteção da dignidade humana quando, por exemplo, diante dos riscos imprevisíveis causados pelas novas tecnologias invasivas, introduzem um direito à autodeterminação informacional. O Tribunal Constitucional Federal [da Alemanha] procedeu de modo semelhante em sua decisão inovadora de 9 de fevereiro de 2010 para determinar o direito aos benefícios a partir do § 20, inciso 2 SGB II (do seguro-desemprego II).¹¹ Por ocasião disso “derivou-se” do artigo 1 da lei fundamental um direito fundamental a um mínimo existencial que possibilita ao favorecido (e seus filhos) uma “participação adequada na vida social, cultural e política”.¹²

* SGB é abreviação de *Sozialgesetzbuch*, codificação da justiça social alemã. (N. T.)

¹¹ BVerG, I BvL 1/09 de 9 de fevereiro de 2010. [BvL refere-se a *Normkontrolle auf Vorlage der Gerichte*, controle de normas para apresentação judicial. — N. T.]

¹² *Ibid.*, inciso 135.

A experiência da violação da dignidade humana tem uma função de descoberta – por exemplo, em vista das condições sociais de vida insustentáveis e da marginalização das classes sociais empobrecidas; em vista do tratamento desigual de mulheres e homens no mercado de trabalho, da discriminação de estrangeiros, de minorais culturais, linguísticas, religiosas e raciais; também em vista do sofrimento de mulheres jovens de famílias de imigrantes que precisam se libertar dos códigos de honra tradicionais; ou diante da expulsão brutal de imigrantes ilegais ou dos que buscam asilo. À luz dos desafios históricos, em cada momento são atualizadas *outras* dimensões do sentido da dignidade humana. Essas características da dignidade humana, especificadas em cada ocasião, podem levar tanto a uma maior exploração do conteúdo normativo dos direitos fundamentais assegurados, como ao descobrimento e à construção de novos direitos fundamentais.¹³ Com isso a intuição implícita no pano de fundo penetra de início a consciência dos atingidos e depois os textos do direito, para então ser conceitualmente articulada.

A constituição da República de Weimar de 1919, que introduziu os direitos sociais, fornece um exemplo para esse desdobramento paulatino. O artigo 151 trata da “garantia de uma existência humana digna para todos”. Aqui o conceito de dignidade humana se esconde ainda no uso predicativo de uma palavra usada no cotidiano; contudo, em 1944, em um contexto semelhante, a Organização Internacional do Trabalho

¹³ Em casos semelhantes, McCrudden fala da “necessidade de justificar a criação de novos direitos e a expansão dos direitos existentes”. McCrudden, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, *The European Journal of International Law*, p. 721.

(OIT) usa a retórica da dignidade humana sem abreviações.¹⁴ E alguns anos mais tarde, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no artigo 22, já exige a garantia de direitos econômicos, sociais e culturais, de modo que cada um possa viver sob condições que são “indispensáveis para sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade”.¹⁵ Desde então falamos de diferentes “gerações” de direitos humanos. A partir da função heurística da dignidade humana, revela-se também o vínculo lógico das quatro categorias de direitos conhecidas: os direitos fundamentais apenas podem resgatar politicamente a promessa moral de respeitar a dignidade humana de cada um se eles *intergerem igualmente* em todas as suas categorias.¹⁶

Os *direitos liberais de liberdade*, que se cristalizaram em torno da inviolabilidade e da liberdade de ir e vir da pessoa, da livre

¹⁴ Na declaração sobre os objetivos e as finalidades da Organização Internacional do Trabalho, promulgada na Filadélfia em 10 de maio de 1944, afirma-se no inciso 2º: “Todos os seres humanos, independentemente de sua raça, credo e sexo, têm o direito de buscar o bem-estar material e o desenvolvimento espiritual em liberdade e dignidade, em segurança econômica e em condições favoráveis iguais”.

¹⁵ “*Everyone, as a member of society, has the right to social security and is entitled to realization, through national effort and international co-operation and in accordance with the organization and resources of each State, of the economic, social and cultural rights indispensable for his dignity and the free development of his personality.*” [Trad.: “Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade”].

¹⁶ Lohman, *Die Menschenrechte: Unteilbar und gleichgewichtig?* – Eine Skizze, p. 5-20.

relação de mercado e do livre exercício da religião e que servem para impedir a intromissão do Estado na esfera privada, foram, com os *direitos de participação democrática*, o conjunto dos assim chamados direitos fundamentais clássicos. Mas, de fato, os cidadãos só conseguem fazer uso desses direitos em igualdade de oportunidades quando ao mesmo tempo é assegurado que os cidadãos sejam suficientemente independentes em sua existência privada e econômica, capazes tanto de formar quanto de estabilizar sua identidade pessoal nos respectivos ambientes culturais que desejarem. Experiências de exclusão, sofrimento e discriminação ensinam que os direitos fundamentais clássicos só adquirem "um valor igual" (Rawls) para todos os cidadãos quando acrescidos de *direitos sociais e culturais*. As reivindicações por uma participação adequada na prosperidade e na cultura estabelecem limites estreitos a fim de evitar que os custos e os riscos *gratuitamente* recaiam sobre os destinos individuais. Essas reivindicações se voltam contra o alargamento das grandes diferenças sociais e contra a exclusão de grupos inteiros do circuito integral da cultura e da sociedade. Uma política como a que predominou nas últimas décadas, não apenas nos EUA e na Inglaterra, mas também no continente europeu, e mesmo no mundo inteiro, que pretende ser capaz de assegurar uma vida autodeterminada aos cidadãos *primariamente* por meio de garantias de liberdades econômicas, destrói o equilíbrio entre as diferentes categorias de direitos fundamentais. A dignidade humana, que é uma e a mesma em todo lugar e para cada um, fundamenta a *indivisibilidade* dos direitos fundamentais.

A partir desse desenvolvimento, explica-se também a preferência que esse conceito tem alcançado na jurisprudência. Quanto mais fortemente os direitos fundamentais penetram o

todo do sistema jurídico, mais frequentemente estendem sua influência para além das relações verticais dos cidadãos individuais com o Estado, permeando as relações horizontais entre os cidadãos individuais. Com isso aumentam as colisões que exigem uma ponderação entre reivindicações de direitos concorrentes.¹⁷ Em tais *casos difíceis*, muitas vezes só é possível fundamentar uma decisão quando se recorre a uma violação da dignidade humana *válida de modo absoluto* e que reivindica um primado. No interior do discurso jurídico, esse conceito não desempenha a função vaga de um guardador de lugar para uma concepção mal integrada de direitos humanos. A dignidade humana é um ismógrafo que mostra o que é constitutivo para uma ordem jurídica democrática — a saber, precisamente os direitos que os cidadãos de uma comunidade política devem se dar para poderem se *respeitar* reciprocamente como membros de uma associação voluntária de livres e iguais. *Somente a garantia desses direitos humanos cria o status de cidadãos que, como sujeitos de direitos iguais, pretendem ser respeitados em sua dignidade humana.*

Depois de dois séculos de história constitucional moderna, reconhecemos melhor o que marcou esse desenvolvimento *deste* o *início*: a dignidade humana forma algo como o portal por meio do qual o conteúdo igualitário-universalista da moral é importado ao direito. A ideia da dignidade humana é a dobradiça conceitual que conecta a moral do respeito igual por cada um com o direito positivo e com a legislação democrática de tal modo que, na sua cooperação sob circunstâncias históricas favoráveis, pôde emer-

17 A discussão feita na Europa, há mais de meio século, sobre o assim chamado "efeito horizontal dos direitos fundamentais" encontrou também recentemente eco nos EUA. Cf. Gardbaum, The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights, *Michigan Law Review*, p. 388-459.

gir uma ordem política fundamentada nos direitos humanos. Na verdade, as clássicas declarações dos direitos humanos, quando falam de direitos "inatos" ou "inalienáveis", "inherent" [inerente] ou "natural rights" [direitos naturais], "droit naturels, inaliénables et sacrés" [direitos naturais, inalienáveis e sagrados], ainda revelam suas origens a partir de doutrinas religiosas e metafísicas ("We hold these truths to be self-evident, that all men are [...] endowed with certain unalienable rights"). Porém, num Estado neutro do ponto de vista das concepções de mundo, tais predicados têm o papel de um guardador de lugar; relembram-nos do modo cognitivo — para além do controle do Estado — de uma fundamentação do conteúdo moral transcendente desses direitos, capaz de ser aceita universalmente. Para os pais fundadores também estava claro que os direitos humanos, independentemente de sua fundamentação moral pura, teriam de ser "esclarecidos" democraticamente, especificados e implementados no espaço de uma comunidade política.

Visto que a promessa moral deve ser resgatada na moeda jurídica, os direitos humanos mostram uma face de Jano, voltada simultaneamente à moral e ao direito.¹⁸ Independentemente de seu conteúdo moral exclusivo, eles possuem a forma de direitos subjetivos positivos coercitivos que asseguram aos indivíduos um espaço de liberdade e pretensões. Estão dispostos de modo que são concretizados pela via da legislação democrática, especificados caso a caso por meio da jurisprudência e impostos com sanções estatais. Portanto, os direitos humanos circunscvem precisamente a parte de uma moral esclarecida que pode ser traduzida

* Trad.: "Assumimos essas verdades como autoevidentes, que todos os homens são [...] dotados de certos direitos inalienáveis". (N. I.) 18 Lohman, Menschenrechte zwischen Moral und Recht, p.62-95.

no *medium* do direito coercitivo e ter realidade política efetiva na robusta configuração de direitos fundamentais efetivos.¹⁹

(2)

Nessa categoria de direitos, outrora inteiramente nova, voltaram a ser combinados dois elementos que, no decurso inicial dos tempos modernos, se liberaram da simbiose do direito natural entre fatos e normas, autonomizando-se e desenvolvendo-se, a princípio, em direções opostas. De um lado, encontra-se a

19 Não acredito que essa reflexão exija uma revisão em minha introdução originária do sistema de direitos (Habermas, *Faktizität und Geltung*, cap. III; cf. também Habermas, *Der demokratischen Rechtsstaat — eine paradoxe Verbindung widersprüchlicher Prinzipien?*, p.154-75). Os direitos humanos diferenciam-se dos direitos morais entre outras coisas por estarem orientados para uma institucionalização — portanto, devem ser criados — e para isso necessitam de uma formação da vontade comum democrática, enquanto pessoas agindo moralmente consideram, sem mediações adicionais, um ao outro como sujeitos que *de si próprios* estão imersos em uma rede de deveres e direitos morais (cf. Flynn, J., Habermas on Human Rights: Law, Morality and Intercultural Dialogues, *Social Theory and Praxis*, p.431-57). Naquele tempo, porém, não observei duas coisas. Primeiro, as experiências cumulativas de dignidade violada formam uma fonte de motivação moral para a práxis constitucional, sem precedentes históricos, no final do século XVIII; segundo, a noção geradora de *status* do reconhecimento social da dignidade do outro fornece a ponte conceitual entre o conteúdo moral do respeito igual de cada um e a forma jurídica dos direitos humanos. Deixarei de lado aqui se esse deslocamento do foco para essas questões tem consequências adicionais para minha interpretação deflacionada do princípio do discurso "D" na fundamentação dos direitos fundamentais. Cf. minha discussão a partir das objeções de Karl-Otto Apel em Habermas, *Zur Architektonik der Diskursdifferenzierung. Kleine Replik auf eine gro e Auseinandersetzung*, p.84-105.

moral interiorizada, ancorada na consciência subjetiva e fundamentada racionalmente, que em Kant se retira inteiramente ao domínio do inteligível; de outro lado, o direito coercitivo positivo, que servia aos governantes absolutistas e às assembleias estamentais dos velhos parlamentos como um instrumento para a construção das estruturas modernas do Estado e que também servia de meio de organização para o controle do intercâmbio capitalista de mercadorias. O conceito de direitos humanos decorre de uma improvável síntese desses dois elementos. *É esse vínculo realizado-se por meio da doutrina conceitual da dignidade humana.* O conceito de dignidade humana, disponível na linguagem cotidiana, foi ele próprio transformado nesse processo de vinculação. Nesse processo, aquelas representações linguísticas correntes sobre a dignidade social, que estavam associadas a um *status* particular nas sociedades estamentais da Idade Média europeia e nas sociedades das corporações de ofícios nos primórdios dos tempos modernos, evidentemente desempenharam um papel importante.²⁰ Para a hipótese desenvolvida a seguir, certamente seriam necessários documentos históricos mais precisos em termos tanto da história conceitual quando da história das ideias das revoluções europeias.

Considerando a genealogia dos direitos humanos, pretendo sublinhar dois aspectos: (a) por um lado, o papel da dignidade humana na mudança de perspectiva que vai dos deveres morais aos direitos jurídicos; (b) por outro, a universalização paradoxal de um conceito de dignidade que originalmente não estava

20 Sobre o surgimento do conceito jurídico de dignidade humana por meio da universalização da dignidade humana associada ao *status*, cf. Wäldron, Dignity and Rank, *European Journal of Sociology*, p.201-37.

desenhado para um reconhecimento igual da dignidade de cada um, mas sim para a *diferença* de *status*.

(a) As doutrinas modernas da moral racional e do direito racional apoiam-se no conceito fundamental da autonomia do indivíduo e no princípio do respeito igual por cada um. Esse fundamento comum da moral racional e do direito racional obscurece muitas vezes a diferença decisiva entre eles: enquanto a moral nos impõe deveres que perpassam completamente todas as esferas de ação, o direito moderno cria espaços livres ao arbítrio privado e à configuração da vida individual. Sob a premissa revolucionária de que, do ponto de vista jurídico, é permitido tudo o que não está explicitamente proibido, os direitos subjetivos, e não os deveres, formam o ponto de partida da constituição do sistema de direitos. Para Hobbes e para o direito moderno, o modelo é a autorização igual para todas as pessoas fazerem ou deixarem de fazer o que lhes agrada no espaço da lei. Os atores assumem uma perspectiva diferente quando, em vez de *seguir* mandamentos morais, exercem seus direitos. Em uma *relação moral*, uma pessoa se pergunta o que ela deve a outra pessoa, independentemente de sua relação social com ela — o quão estranha essa outra pessoa é, como se comporta e o que se espera dela. Em contrapartida, pessoas que estão numa *relação jurídica* umas com as outras reagem às *pretensões* que o respectivo outro *exige* em relação a ela. Em uma comunidade jurídica, as obrigações surgem para a primeira pessoa em virtude das pretensões que uma segunda pessoa pode lhe apresentar.²¹

21 Sobre isso, Lohmann escreve: "um direito moral vale como direito justificado quando existir uma obrigação moral correspondente que da sua parte vale como justificada [...]"; um direito legal, por

Imaginemos o caso de um policial que pretende extrair uma confissão de uma pessoa suspeita por meio da ameaça ilegal de tortura. No seu papel de pessoa moral, já com essa ameaça, e mais ainda ao infligir propriamente a dor, o policial teria má consciência independentemente de como se comporta o delinquente. Uma relação jurídica entre o policial agindo ilegalmente e o indivíduo sob interrogação somente se atualiza quando *est último* se defende e reivindica o seu direito (ou quando um promotor público reage à violação do direito). Naturalmente, em ambos os casos, a pessoa ameaçada é uma fonte de pretensões normativas que são violadas pela tortura. Mas para a má consciência do agressor é suficiente que a moral tenha sido violada no decorrer dos acontecimentos, ao passo que a relação jurídica objetivamente violada permanece latente enquanto não for erigida uma pretensão que a atualize.

Por isso, Klaus Günther vê na "passagem de deveres morais recíprocos para direitos estabelecidos e concedidos reciprocamente" um ato que vai "da autoautorização para a auto-terminação".²² A passagem da moral racional para o direito racional requer uma mudança das perspectivas, simetricamente entrelaçadas, que vai do respeito e da estima pela autonomia de cada outro para as pretensões de reconhecimento e estima da sua própria autonomia por parte do outro. No lugar da consideração demandada moralmente pelo outro vulnerável, entra a exigência autoconsciente pelo reconhecimento jurídico como sujeito autodeterminante

sua vez, quando é parte constitutiva de uma ordem jurídica positiva que pode reivindicar legitimidade como um todo". Lohmann, Die Menschenrechte: Unteilbar und gleichgewichtig? — Eine Skizze, p.66.

22 Uma passagem que Lohmann (ibid., p.87) parece confundir como a passagem de uma moral tradicional a uma moral do esclarecimento.

que "vive, sente e age segundo seu próprio juízo".²³ O reconhecimento *reivindicado* pelos cidadãos vai além do reconhecimento moral recíproco de sujeitos que agem de modo responsável. Ele tem o significado robusto do respeito *exigido* pelo *status* próprio *merecido* e alimenta-se, neste aspecto, das conotações daquela "dignidade" que no passado estava associada ao pertencimento a corporações prestigiadas socialmente.

(b) O conceito concreto de dignidade ou de "honra social" pertence ao mundo das sociedades tradicionais divididas hierarquicamente. Por exemplo, nelas uma pessoa podia receber sua dignidade e autorrespeito a partir do código de honra da nobreza, do *ethos* estamental das corporações de ofício ou da consciência corporativa das universidades. Quando essas dignidades dependentes do *status*, que surgem no plural, se juntam numa dignidade universal "do" ser humano, essa nova dignidade absoluta se desfaz das características particulares de um *ethos* estamental. Mas a dignidade universal, atribuída igualmente a todas as pessoas, mantém ao mesmo tempo a conotação de um *autior-respeito* que se apoia no *reconhecimento social*. Sendo uma dignidade desse tipo, a dignidade humana requer também o ancoramento em um *status* civil, isto é, o pertencimento a uma comunidade organizada no espaço e no tempo. Mas mesmo aqui o *status* deve ser igual para todos. O conceito de dignidade humana transfere o conteúdo de uma moral do respeito igual por cada um para a ordem de *status* de cidadãos que derivam seu autorrespeito do fato de serem reconhecidos pelos outros cidadãos *como sujeitos de direitos iguais reivindicáveis*.

23 Günther, Menschenrechte zwischen Staaten und Dritten. Vom vertikalen zum horizontal Verständnis der Menschenrechte, p.275 et seq.

Não é sem importância que esse *status* pode ser estabelecido somente no espaço de um Estado constitucional que nunca surge espontaneamente. Antes, deve ser *criado* pelos próprios cidadãos *por meio do direito positivo* e deve ser protegido e desenhado sob circunstâncias históricas modificáveis. Como um conceito jurídico moderno, a dignidade humana se vincula com o *status* que os cidadãos assumem em uma ordem política *autocríada*. Como destinatários, os cidadãos apenas começam a usufruir dos direitos que protegem sua dignidade humana quando conseguem estabelecer e manter em comum uma ordem política fundamentada nos direitos humanos.²⁴ A dignidade que atribui o *status* de cidadania alimenta-se da valorização republicana dessa atividade democrática e da respectiva orientação para o bem comum. Isso relembra o significado que estava associado à palavra *dignitas* na Roma clássica — o prestígio dos homens de Estado e os funcionários públicos que serviam à *res publica*. Claro, a distinção alcançada pelos poucos e elevados “portadores de dignidade” e pelas notoriedades opõe-se à dignidade que o Estado constitucional garante *igualmente a todos* os cidadãos.

Jeremy Waldron aponta para o fato paradoxal de que o conceito igualitário de dignidade humana resulta da universalização de uma dignidade particularista, que não pode perder inteira-

24. Por isso os direitos humanos não estão em oposição à democracia, mas são cooriginários com ela. Estão numa relação de presuposição recíproca: direitos humanos tornam possível o processo democrático, sem o qual não poderiam, por sua vez, serem positivados e concretizados no espaço de um Estado constitucional constituído pelos direitos fundamentais. Sobre a fundamentação nos termos da teoria do discurso, cf. Günther, *Liberalie und diskurs-theoretische Deutungen der Menschenrechte*, p. 38-59.

mente sua conotação de “diferenças finas”: “associado outrossa à diferenciação hierárquica de posição e *status*, o conceito de ‘dignidade’ expressa agora a ideia de que todos os homens têm a mesma posição, certamente posição bem elevada”.²⁵ Waldron entende essa universalização de tal modo que agora todos os cidadãos assumem a mais alta posição possível, por exemplo, aquela que outrora era reservada ao nobre. Mas essa consideração apreende o sentido da dignidade humana igual para cada um? Mesmo os antepassados diretos que o conceito de dignidade humana encontra na filosofia grega, principalmente entre os estoicos e no humanismo romano — como em Cícero — não formam uma ponte semântica que leva ao sentido igualitário do conceito moderno. Naquele tempo, a *dignitas humana* era explicada a partir da posição, definida ontologicamente, do ser humano no cosmos, a partir da posição específica que o ser humano assumia em virtude das qualidades da espécie, como ser dotado de razão e reflexão, diante de formas de vida “inferiores”. O valor superior da espécie podia talvez fundamentar algum tipo de proteção, mas não a inviolabilidade da dignidade da pessoa individual como fonte de pretensões normativas.

Faltam ainda dois passos decisivos na genealogia do conceito. Para ocorrer a universalização coletiva, é preciso, primeiro, ter início a individualização. Trata-se do *valor do indivíduo* nas relações horizontais entre seres humanos, e não da posição do ser humano na relação vertical com Deus ou nos graus subordinados do ser. Segundo, o valor superior relativo da humanidade e de seus membros individuais deve ser substituído pelo valor absoluto da pessoa. Trata-se do *valor incomparável* de cada um.

25 Waldron, *Dignity and Rank*, *European Journal of Sociology*, p.201.

Na Europa, esses dois passos ocorreram no percurso de uma apropriação filosófica de motivos e figuras de pensamento da tradição judaico-cristã, que pretendo relembrar brevemente.²⁶

Já na Antiguidade produziu-se um vínculo estreito entre *dignitas* e *persona*, mas foi somente nas discussões medievais sobre a criação do homem à semelhança de Deus que a pessoa individual começou a ser liberada da estrutura de papéis sociais. Cada um aparece como pessoa única e insubstituível diante do Juízo Final. Outro estágio na história conceitual da individualização é representado pelos tratados da escolástica espanhola tardia sobre a distinção entre os direitos subjetivos e a ordem objetiva do direito natural.²⁷ O deslocamento definitivo, é, no entanto, a moralização da compreensão da liberdade individual em Hugo Grotius e Samuel von Pufendorf. Kant aguçou essa compreensão do ponto de vista deontológico com o conceito de autonomia, mas cuja radicalidade foi paga com o *status* incorpóreo da vontade livre no “reino dos fins” além do mundo. A liberdade consiste agora na capacidade da pessoa para a autolegislação racional. A relação dos seres racionais uns com os outros é definida por meio do reconhecimento recíproco da vontade legisladora universal de cada um, na qual cada um “jamais deve tratar a si mesmo e a todos os outros como simples meio, mas sempre ao mesmo tempo como fim em si mesmo”.²⁸ Com isso

26 Sobre o pano de fundo teológico do conceito de dignidade humana, cf. a investigação na história das ideias feita por Steins, *Himmelsche Quellen und irdisches Recht. Religiöse Voraussetzungen des freiheitlichen Verfassungsstaates*, especialmente o capítulo 7. Cf. também Huber, *Gerechtigkeit und Recht. Grundlinien christlicher Rechtslehre*, p.222-86.

27 Böckenförde, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie*, p.312-70.

28 Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, p.66.

são definidos os limites de uma esfera que deve permanecer absolutamente livre da disposição de outros. A “dignidade infinita” de cada pessoa consiste na pretensão de que todos os outros respeitem essa esfera da vontade livre como sendo inviolável.

É interessante ver como em Kant a dignidade humana não adquire um lugar sistemático. O peso da fundamentação recai inteiramente na explicação filosófica moral da autonomia: “a autonomia, portanto, é o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda natureza racional”.²⁹ Antes de podermos entender o que significa “dignidade humana”, temos de compreender o “reino dos fins”.³⁰ Na *Doctrina do direito*, Kant introduz os direitos humanos — ou antes, o direito “único” que cabe a cada um “por força de sua humanidade” — numa referência imediata à liberdade de cada um, “na medida em que possa coexistir com a liberdade dos outros segundo uma lei universal”.³¹ Também em Kant os direitos humanos derivam seu conteúdo moral, o qual eles soletram na linguagem do direito positivo, da fonte de uma dignidade humana entendida de modo universal e individual. Mas esta é assimilada a uma liberdade intreligível para além do espaço e do tempo, perdendo precisamente a conotação de *status* que havia inicialmente qualificado a dignidade humana como elo histórico entre a moral e os direitos humanos. Mas a graça do caráter jurídico dos direitos humanos consiste

29 *Ibid.*, p.69.

30 “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Aquilo que tem preço, pode ser trocado também por outra coisa, como equivalente; mas aquilo que está além de qualquer preço tem uma dignidade, não permitindo, portanto, qualquer equivalente”, *ibid.*, p.68.

31 *Id.*, *Die Metaphysik der Sitten. Rechtslehre*, p.345.

em proteger uma dignidade humana que extrai sua conotação de autorrespeito e reconhecimento social do *status* de uma cidadania democrática situada no espaço e tempo.³²

Do ponto de vista da história conceitual, investigamos conjuntamente três elementos: um conceito de dignidade humana altamente moralizado, a recordação de uma compreensão tradicional de dignidade social e, com o surgimento do direito moderno, a posição autoconsciente das pessoas do direito que erguem pretensões em relação a outras pessoas de direito. Temos agora de passar da história conceitual à história social e política para tornar pelo menos plausível a dinâmica do encadeamento entre os conteúdos da moral racional e a forma do direito positivo, por meio da universalização de uma "dignidade" que, originalmente vinculada ao *status*, se transforma em uma "dignidade humana". Além disso, trata-se de uma referência mais ilustrativa do que rigorosa do ponto de vista histórico. A reivindicação e a imposição dos direitos humanos raramente transcorreu de modo pacífico. Os direitos humanos resultaram de lutas por reconhecimento violentas, e às vezes revolucionárias.³³ Retrospectivamente, podemos ter uma noção das situações mirantes, em que aqueles três elementos conceituais puderam se entrelaçar uns com os outros na cabeça dos primeiros defensores

32 Sob as premissas da própria teoria de Kant tal "mediação" entre o reino transcendental da liberdade e o reino fenomênico da necessidade não é possível e nem necessário. Mas tão logo o caráter da vontade livre é destranscendentalizado (como na *teoria da ação comunicativa*), a distância entre moral e direito tem de ser transposta. É precisamente isto que o conceito de dignidade humana realiza.

33 Cf. Honneth, *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*.

da liberdade (digamos: os Levellers). As experiências históricas de humilhação e degradação, interpretadas já à luz de uma compreensão cristã e igualitária da dignidade humana, constituíram um motivo para revolta. Mas agora a indignação política podia articular-se na linguagem do direito positivo como exigência autoconsciente por direitos universais. Talvez já estivesse vinculado com isso — recordando o conceito estramental de dignidade — a expectativa de que tais direitos básicos fundamentariam um *status* de cidadãos, no qual eles se reconheceriam reciprocamente como sujeitos de direitos iguais.

(3)

A origem conflituosa explica apenas em parte o caráter polêmico que os direitos humanos mantêm até hoje. É também a carga moral que confere a esses direitos sancionados pelo Estado algo de insaturado. Esse caráter explica por que, com as revoluções constitucionais do final do século XVIII, uma tensão inquietante penetrou as sociedades modernas. Naturalmente, em todo espaço social existe uma distância entre normas e comportamentos reais; mas, com a práxis histórica sem precedentes de criação de uma constituição democrática, surge algo completamente diferente, uma distância utópica deslocada para o interior da dimensão temporal. Por um lado, os direitos humanos só podem adquirir a validade positiva de direitos fundamentais em uma comunidade particular — primeiro, no interior de um Estado nacional. Por outro lado, sua pretensão de validade universalista, que aponta para além das fronteiras nacionais, só pode ser resgatada em uma comunidade

cosmopolita inclusiva.³⁴ Essa contradição só pode ser resolvida em uma sociedade mundial constituída democraticamente (que não precisa ela mesma assumir qualidades estatais).³⁵ Desde o

34 Wellmer, *Menschenrechte und Demokratie*, p.265-91. Para uma análise precisa das implicações que a falta de congruência entre direitos humanos e direitos dos cidadãos tem tanto para os cidadãos quanto para os "estrangeiros" residentes no interior de um Estado de direito democrático, cf. Denninger, "Die Rechte der Anderen". *Menschenrechte und Bürgerrecht im Widerstreit, Kritische Justiz*, p.226-38.

35 Sobre isso, cf. meus textos: *Zur Legitimation durch Menschenrechte* [1998]; *Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?* [2004]; e *Konstitutionalisierung des Völkerrechts und die Legitimationsprobleme einer verfa. ten Weltgesellschaft* [2008]. A contradição entre direitos do cidadão e direitos humanos não pode ser resolvida somente por meio de uma expansão global dos Estados constitucionais em combinação com o "direito a ter direitos" reivindicado por Hannah Arendt (em vista da situação das pessoas expatriadas no final da Segunda Guerra Mundial), pois o direito das gentes clássico deixou as relações internacionais em um "estado de natureza". A necessidade de coordenação da sociedade mundial que surgiu nesse meio-tempo, pode somente ser sauífeita por uma condição jurídica cosmopolita (no sentido kantiano, revisito contemporaneamente). Nesse contexto tenho de corrigir um grave equívoco no caderno especial *Symposium on Human Rights: Origins, Violations, and Rectifications* (p.2) da revista *Metaphilosophy* (e no artigo de Andreas Follesdals, *Universal Human Rights as a Shared Political Identity. Necessary? Sufficient? Impossible?*, p.85 et seq.). Naturalmente, defendo há muito a tese de que a identidade coletiva de uma comunidade democrática pode ser ampliada para além dos limites dos Estados nacionais existentes e de modo algum partilho das reservas que os nacionalistas liberais têm nesse sentido. Tendo em vista a minha argumentação a favor do sistema multidimensional de uma sociedade mundial constitucional, desenvolvi outras razões para a tese de que um governo mundial não é nem desejável, nem realizável.

início existe uma tensão dialética entre os direitos humanos e os direitos dos cidadãos, que sob circunstâncias históricas favoráveis pode desencadear uma "dinâmica de abrir portas" (Lutz Wingert).

Isso não quer dizer que a intensificação da proteção dos direitos humanos no interior dos Estados nacionais e sua ampliação global mundo afora teria sido possível sem os movimentos sociais e as lutas políticas, sem a oposição corajosa à opressão e degradação. A luta para impor os direitos humanos continua não apenas em nossos próprios países como também, por exemplo, na China, na África ou na Rússia, na Bósnia ou em Kosovo. Cada deportação dos que buscam asilo que ocorre por detrás das portas fechadas de um aeroporto, cada navio naufragado com refugiados que fogem da pobreza na rota mediterrânea entre a Líbia e a ilha de Lampedusa, cada tiro na cerca da fronteira mexicana coloca uma questão inquietante aos cidadãos do Ocidente. Com a primeira declaração dos direitos humanos, fixou-se um padrão que inspira os refugiados, os lançados na miséria, os exilados, os ofendidos e degradados, dando-lhes a consciência de que seu sofrimento não tem o caráter de um destino natural. Com a positividade dos primeiros direitos humanos, criou-se uma *obrigação jurídica* de realizar o conteúdo moral transcendente que se impregnou na memória da humanidade.

Os direitos humanos formam uma *utopia realista* na medida em que não mais projetam a imagem decalcada da utopia social de uma felicidade coletiva; antes, eles ancoram o próprio objetivo ideal de uma sociedade justa nas instituições de um Estado constitucional.³⁶ Naturalmente, essa ideia transcendente de jus-

36 Bloch, *Naturrecht und menschliche Würde*.

tiça introduz uma tensão problemática no interior da realidade política e social. Independentemente da força meramente simbólica dos direitos fundamentais em muitas das democracias de fachada da América do Sul e de outros lugares,³⁷ na política dos direitos humanos das Nações Unidas revela-se a contradição entre a ampliação da retórica dos direitos humanos, de um lado, e seu mau uso como meio de legitimação para as políticas de poder usuais, de outro. É verdade que a Assembleia Geral das Nações Unidas promove a *codificação do direito das gentes* e a diferenciação do conteúdo dos direitos humanos, por exemplo, com a aprovação dos pactos sobre direitos humanos. A *institucionalização* dos direitos humanos também fez progressos com o procedimento da petição individual, com os relatórios periódicos sobre a situação dos direitos humanos em Estados individuais, sobretudo com a instalação de cortes internacionais, como a Corte Europeia dos Direitos Humanos, os diferentes tribunais de crimes de guerra e os tribunais penais internacionais. Mais espetaculares são as intervenções humanitárias autorizadas pelo Conselho de Segurança em nome de uma comunidade internacional, mesmo contra a vontade do governo soberano, quando necessário. Mas é justamente nesses casos que se mostra o lado problemático da tentativa de promover uma ordem mundial que por enquanto ainda está institucionalizada de modo fragmentário. Pois pior do que as tentativas legítimas malsucedidas é sua ambiguidade, que coloca os próprios padrões morais na penumbra.³⁸

37 Neves, *The Symbolic Force of Human Rights, Philosophy & Social Criticism*, p.411-44.

38 Além disso, a "política governamental dos direitos humanos" atualmente vigente destrói acentuadamente o vínculo entre direitos humanos e democracia. Sobre isso, cf. Günther, K. "Menschenrechte

Lembro o caráter seletivo e monoclar das decisões do Conselho de Segurança não representativo, que é tudo menos imparcial, ou a tentativa hesitante e incompetente de impor intervenções autorizadas — e seus oportunos fracassos catastróficos (Somália, Ruanda, Darfur). Essas operações policiais ainda continuam sendo conduzidas como guerras, nas quais a morte e o sofrimento da população inocente são descritos pelos militares como "danos colaterais" (por exemplo, Kosovo). Os poderes de intervenção ainda não demonstraram em nenhum caso que são capazes de reunir a força e a persistência necessárias para construir um Estado, isto é, para reconstruir a infraestrutura destruída ou desintegrada das regiões pacificadas (como o Afeganistão). Quando a política dos direitos humanos torna-se um mero simulacro e veículo para impor os interesses das grandes potências; quando a superpotência empurra para o lado a Carta das Nações Unidas e arroga-se o direito de intervir; quando ela conduz uma invasão que viola o direito das gentes humanitário e a justifica em nome de valores universais, então se confirma a suspeita de que o programa dos direitos humanos *consiste* em seu mau uso imperialista.³⁹

zwischen Staaten und Dritten. Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis der Menschenrechte", com Maus, *Menschenrechte als Ermächtigungsnormen internationaler Politik oder: der zerstörte Zusammenhang von Menschenrechten und Demokratie*, p.276-92. Sobre essa tendência, cf. também agora Günther, *Von der gubernativen zur deliberativen Menschenrechte als Akt kollektiver Selbstbestimmung*, p.45-60.

39 Carl Schmitt foi o primeiro a formular conceitualmente essa suspeita. Cf. Schmitt, *Die Wendung zum diskriminierendem Kriegsbegriff*, e id., *Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz: "Nullum crimen, nulla poena sine lege"*. Schmitt denuncia, acima de tudo,

A tensão entre ideia e realidade que com a positividade dos direitos humanos se introduziu na própria realidade nos confronta hoje com a exigência de pensar e agir de modo realista, sem cair no impulso utópico. Mas essa ambivalência pode nos levar muito facilmente à tentativa de ou assumir uma posição idealista, mas desvinculada, a favor do conteúdo moral transcendente, ou adotar a pose cínica dos assim chamados "realistas". Uma vez que não é mais realista rejeitar completamente, na esteira de Carl Schmitt, o programa dos direitos humanos, cuja força subversiva se infiltrou, nesse meio-tempo, nos poros de todas as regiões do mundo, o "realismo" assume hoje uma outra face. A crítica desmascaradora direta é substituída por um deflacionamento brando dos direitos humanos. Esse novo

os direitos humanos como a ideologia que discrimina a guerra como um meio legítimo para a solução de controvérsias internacionais. Já o ideal de paz da política de Wilson fez com que a "distinção entre guerra justa e injusta" levasse "a uma distinção cada vez mais profunda e aguda, cada vez mais total entre amigo e inimigo" (id., *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff*, p.50). Nas relações internacionais primitivas, a moralização do inimigo é um método fatal para mascarar os interesses próprios, pois o agressor entrincheira-se atrás da fachada aparentemente transparente de uma abolição da guerra, apresentada como racional porque é humanitária. A crítica de uma "moralização" em nome dos direitos humanos cai no vazio, porque erra o alvo, a saber, a *transposição* dos conteúdos morais no *medium* do direito coercitivo. À medida que a condenação da guerra leva faticamente a uma juridificação das relações internacionais, a distinção jusnaturalista ou religiosa entre guerra "justa" e "injusta" é abandonada a favor da "guerra legal", que deve, então, assumir a forma de uma medida de polícia mundial. Sobre isso, cf. Günther, *Kampf gegen das Böse? Zehn Thesen wider die ethische Aufklärung der Kriminalpolitik, Kritische Justiz*, p.135-57.

minimalismo acaba relaxando a força dos direitos humanos, ao separá-los de seu impulso moral essencial, a saber, a proteção da dignidade igual de cada um.

Na esteira de John Rawls, Kenneth Baynes distingue essa abordagem como uma concepção "política" dos direitos humanos,⁴⁰ em contraste com as representações jusnaturalistas de direitos "inatos", que devem ser atribuídos a cada pessoa exclusivamente com base em sua natureza humana. "Os direitos humanos são entendidos como condições de inclusão em uma comunidade política."⁴¹ Concorde com ele. Problemático é o passo seguinte que acaba ofuscando o sentido moral dessa inclusão — que cada um seja respeitado em sua dignidade humana como sujeito de direitos iguais. Certamente é necessário cautela em vista de fracassos inevitáveis na política dos direitos humanos. Mas isso não fornece uma razão suficiente para roubar a mais-valia moral própria dos direitos humanos e estreitar de antemão o foco da temática dos direitos humanos, limitando-a a questões de política internacional.⁴² Esse minimalismo esquece que a contínua relação, *interitri ao Estado*, entre os direitos humanos universais e os direitos particulares dos cidadãos é o fundamento normativo para a dinâmica internacional.⁴³ Quando não consideramos

40 Baynes, *Toward a Political Conception of Human Rights, Philosophy & Social Criticism*, p.371-90.

41 Id., *Discourse Ethics and the Political Conception of Human Rights, Ethics & Global Politics*, p.1-21.

42 "Os direitos humanos são entendidos em primeiro lugar como normas internacionais, cujo objetivo é proteger interesses humanos fundamentais e assegurar aos indivíduos a oportunidade de participarem como membros de uma sociedade política." *Ibid.*, p.7.

43 Para uma crítica a essa posição minimalista, cf. Forst, *The Justification of Human Rights and the Basic Right to Justification*.

esse vínculo, a difusão global dos direitos humanos exige uma fundamentação específica. A isso serve o argumento de que nas relações internacionais as obrigações morais entre os Estados (e cidadãos) emergem primeiro da crescente integração sistêmica de uma sociedade mundial cada vez mais interdependente.⁴⁴ Desse ponto de vista, as pretensões de inclusão resultam primeiro da dependência recíproca em interações que ocorrem *fatitamente*.⁴⁵ Esse argumento tem certa força explicativa para a questão empírica sobre como se forma em nossas sociedades de bem-estar uma sensibilidade para a pretensão legítima de grupos populacionais marginalizados e desprivilegiados que querem ser incluídos nas relações de vida liberais. Mas as próprias pretensões normativas fundamentam-se a partir de uma moral universalista cujo conteúdo há algum tempo foi introduzido, por meio da ideia

A Reflexive Approach, *Ethics*, p.711-40. Ali é dito: "é geralmente equivocado enfatizar o papel político jurídico de tais direitos como fornecendo a justificativa para uma política de intervenção legítima. Isso é pôr a carroça na frente dos bois. Precisamos primeiro construir (ou descobrir) um conjunto justificável de direitos humanos que uma autoridade política legítima tem de respeitar e garantir, e então perguntar que tipos de estruturas legais são exigidas no âmbito internacional para vigiá-los e assegurar que a autoridade política é efetivamente exercida dessa maneira" (*ibid.*, p.276). Além disso, esse estreitamente projetado às relações internacionais sugere a ideia de uma exportação paternalista dos direitos humanos, com a qual o Ocidente agracia o resto do mundo.

44 Cohen, *Minimalism About Human Rights: The Most We Can Hope For*, *The Journal of Political Philosophy*, p.190-213.

45 "Os direitos e as respectivas obrigações são criados pelas relações específicas que os indivíduos têm uns com os outros, e não pelas pretensões que os indivíduos têm em virtude de sua humanidade", Baynes, *Toward a Political Conception of Human Rights*, p.382.

de dignidade humana, nos direitos humanos e nos direitos dos cidadãos das constituições democráticas. Somente esse vínculo *intimo* entre dignidade humana e direitos humanos produz aquela fusão explosiva da moral no *matium* do direito, no interior do qual deve ser efetuada a construção das ordens políticas justas.

Essa carga moral do direito é o resultado das revoluções constitucionais do século XVIII. Quem neutraliza essa tensão abandona também uma compreensão dinâmica que sensibiliza os cidadãos de nossas próprias sociedades parcialmente liberais para uma exploração sempre mais intensiva dos direitos fundamentais existentes e para o perigo cada vez mais agudo de erosão dos direitos de liberdade assegurados.