

## A Pessoa Humana dos Direitos Humanos\*

Winfried Brugger\*\*

**Resumo:** Há vantagens e desvantagens em falar da pessoa humana dos direitos humanos. O recurso da pessoa humana promete uma visão global, resumida dos direitos humanos. A desvantagem da reflexão sobre a concepção da pessoa nos direitos humanos consiste, sobretudo, no perigo natural, evidente, de uma instrumentalização ideológica de uma das culturas consideradas. A sugestão do texto é determinar a pessoa humana dos direitos humanos como condução de vida autônoma, com significado e responsável. Essa fórmula tem cinco elementos: Autonomia, Significação, Responsabilidade, Vida e Condução de vida.

**Abstract:** There are advantages and disadvantages in speaking about the human being of the human rights. The resource of the human being promises a global view, summarized of the human rights. The disadvantage of the reflection about the concept of the person in the human rights consists, above all, of the danger, clearly visible, of an ideological instrumentalization of one of the considered cultures. The suggestion of the text is to determine the human being of the human rights as an autonomous life conducting, responsible and with a significance. That formula is composed of five elements: Autonomy, Significance, Responsibility, Life and Life conducting.

**Palavras-chaves:** Direito Constitucional – Direitos Humanos.

**Key Words:** Constitutional Law – Human Rights.

### 1 História e Positivização dos Direitos Humanos

Há vantagens e desvantagens em falar da pessoa humana dos direitos humanos. O recurso da pessoa humana promete uma visão global, resumida dos direitos humanos. Frente à diversidade daquilo que é, hoje, reconhecido e exigido, no Direito Positivo, como direito humano,<sup>1</sup> é uma vantagem, pois assim se chega a uma concentração abstrata

\* Palestra proferida na Jornada de Direito Constitucional e Direito Internacional – Estado Constitucional Cooperativo, realizada pelo NUPECONST – Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional da UniBrasil, nos dias 21, 22 e 23 de Setembro de 2005 e coordenada pelos Profs. Dr. Marcos Augusto Maliska e Dr. Eduardo Biacchi Gomes. Texto traduzido do alemão para o português pela Profa. Msc. Elisete Antoniuk e revisado pelo Prof. Dr. Marcos Augusto Maliska.  
\*\* Professor Catedrático de Direito Público, Teoria Geral do Estado e Filosofia do Direito da *Ruprecht-Karls-Universität*, de Heidelberg, Alemanha.

<sup>1</sup> Ver a exposição sumária em Bruno Simma/Ulrich Fastenrath (Org.), *Menschenrechte. Ihr internationaler Schutz*, 3ª ed. 1992. Nos seus pormenores diferenciam os textos lá citados quanto à vinculação jurídica: eles passam desde as declarações das instituições supranacionais até os vinculantes direitos dos tratados internacionais e o direito comunitário. Além desse, Karl J. Partsch, "Vor- und Nachteile einer Regionalisierung des internationalen Menschenrechtsschutzes", in: *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1989, pp. 1 e seg..

do universal ao particular, do geral ao específico. Uma outra vantagem é que, através da reflexão sobre a concepção da pessoa personificada nos direitos humanos, objetiva-se uma forma de humanização e personificação da reflexão, que confere à análise dos direitos humanos uma base de acessibilidade emocional, na forma de um "Gestalt" (figura) com feições humanas, na qual toda pessoa pode-se reconhecer.

A desvantagem da reflexão sobre a concepção da pessoa nos direitos humanos consiste, sobretudo, no perigo natural, evidente, de uma instrumentalização ideológica de uma das culturas consideradas. Cada cultura é caracterizada por 'imagens' em vista a pessoas como tal, ou, também, como pessoas em papéis especiais que são mais que uma foto ou representações gráficas de pessoas vivas; elas são modelos daquilo que tal cultura considera como objetivo válido de ser almejado no desenvolvimento da personalidade.<sup>2</sup> Colocando-se uma dessas idéias diretrizes típicas da cultura, no diálogo mundial, de forma absoluta e defendendo-a sem reservas frente a outras imagens concorrentes da pessoa e do mundo, não se chegará a nenhum consenso. Permanece-se, então – se tudo correr bem – em uma paz negativa de mera delimitação. Em tais concorrências ideológicas, se o desenvolvimento dos fatos sair do eixo, pode-se ter, também agressões bélicas. Assim, não se chega a uma paz positiva no sentido da aproximação paulatina dos Estados e povos, pelo menos com relação ao crescente entendimento recíproco.<sup>3</sup>

A única saída para perceber as vantagens da reflexão sobre a concepção da pessoa nos direitos humanos e, simultaneamente, evitar as desvantagens está na consideração, de um lado, dos importantes estágios de desenvolvimento dos direitos humanos e, de outro, do espectro atual existente em pactos e declarações sobre os direitos humanos. A luta de duzentos anos pelos direitos humanos foi, primeiramente, fruto do Iluminismo ocidental e das revoluções civis na Europa e na América. No entanto, o apelo às garantias dos direitos humanos se expandiu tanto que, no panorama geral de todas as respectivas declarações, nenhuma das culturas cosmopolitas e, também, nenhum dos blocos políticos de poder pode requerer para si o monopólio na interpretação da idéia dos direitos humanos. Se, desta forma, uma determinação da pessoa humana quer ter a perspectiva de adquirir reconhecimento

<sup>2</sup> Philip Selznick, "Sociology and Natural Law". *In Natural Law Forum* 6 (1961), pp. 84 e ss. Ele fala nesse ponto em "master ideals". Thomas Rentsch. *Die Konstitution der Moralität. Transzendente Anthropologie und praktische Philosophie*, 1990, pp. 106, 113, 176, 184, 192, 243 fala em "Erfüllungsgestalten" (formas de satisfação).

<sup>3</sup> Para essas duas perspectivas ver Immanuel Kant. *Zum ewigen Frieden. Werke, Preußische Akademieausgabe*. Vol. VIII, pp. 341-367: "[A natureza] serve-se de dois meios para impedir a mescla entre os povos e os separar: as diferenças de línguas e religiões, que, se pode levar ao ódio recíproco e ser pretexto para a guerra, pode também conduzir à cultura arraigada e à gradual aproximação das pessoas para um grande apoio aos Princípios de convivência em paz, que não (...) são produzidos e garantidos por meio do enfraquecimento de todas as forças, mas através do zelo intenso em igual medida para todos."

universal, então, já de início ela não pode ser expressão somente de uma das cosmovisões concorrentes; ela deve considerar tanto a história dos direitos humanos como, também, a sua situação atual de positivização.

A história do desenvolvimento da idéia dos direitos humanos pode ser dividida em três estágios: os direitos de primeira, de segunda e de terceira geração.<sup>4</sup> Os direitos de primeira geração foram, sobretudo, exigidos nos catálogos franceses dos direitos humanos do fim do século XVIII. Eles se concentram na garantia de direitos negativos de defesa (reacional) contra o Estado e de direitos democráticos de cooperação e colaboração no Estado. Georg Jellinek conferiu a esses direitos, acertadamente, o *status negativus* e o *status activus*.<sup>5</sup> Insere-se nos direitos de defesa as garantias judiciais e a proteção da vida, liberdade e propriedade. São direitos democráticos de cooperação, sobretudo, os direitos políticos eleitorais, a liberdade de associação e reunião.

No século XIX ocorreu um deslocamento do ponto principal das prerrogativas dos direitos humanos. Ensejados, sobretudo, pelos problemas da Revolução Industrial, analisada e combatida por socialistas e comunistas, os direitos humanos da segunda geração assumiram a posição central na discussão política. Entre eles estão os direitos sociais e econômicos para satisfação das necessidades básicas materiais frente ao ameaçante empobrecimento de grande parte da população trabalhadora. Dentro desse movimento distinguem-se dois grupos: A tendência revolucionária é representada, sobretudo, pelo marxismo-leninismo e almeja alcançar uma dissolução do capitalismo através do comunismo. A tendência reformista, representada na Alemanha pelos autores Lorenz von Stein e Hermann Heller, propugna por um capitalismo com feição humana, uma economia social de mercado. Essa concepção assumiu a dianteira (ofensiva) em muitas partes do mundo. Aqui, o *status positivus* se coloca no centro.<sup>6</sup>

No século XX ocorrem dois outros deslocamentos na discussão dos direitos humanos. Por um lado, chega-se, na seqüência à segunda guerra mundial, a uma universalização do pensamento dos direitos humanos. Isso fica manifesto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, não somente circunscrita à Europa e aos Estados Unidos, mas incorporadora do "ideal comum a ser

<sup>4</sup> Ver também Gerhard Oestreich, *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, 2ª ed. 1978; Hasso Hofmann, "Zur Herkunft der Menschenrechtserklärungen". In *Juristische Schulung* 1988, pp. 841 e ss.; em especial para a terminologia acima empregada EIBE RIEDEL, "Menschenrechte der dritten Dimension". In *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1989, pp. 9 e ss. Riedel observa o perigo de um entendimento equivocado na utilização do conceito geração: a terceira geração não é melhor ou superior as duas gerações anteriores; ela, para usar uma expressão de Hegel, não suprime (Aufheben) as outras duas. Trata-se, muito mais, de uma análise na perspectiva histórica, um tipo ideal de compreensão. Por isso, ele prefere o conceito "dimensão" ao invés de "geração".

<sup>5</sup> Ver Georg Jellinek, *Das System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892, 2ª ed., 1905, Cap. VII-X.

<sup>6</sup> No sentido da terminologia de Georg Jellinek, citada na nota de rodapé nº 7.

alcançado por todos os povos e nações".<sup>7</sup> Com isso, os direitos humanos atingiram, terminantemente, o status universalis. Por outro lado, nas últimas décadas, tem se exigido uma extensão dos direitos humanos a outros âmbitos. Enquanto que até agora somente indivíduos eram vistos como sujeitos dos direitos humanos, especialmente os Estados do Terceiro Mundo exigem que os direitos humanos também sejam conferidos a grupos étnicos e aos próprios Estados, a favor de seus membros por eles representados. Fazem parte desses direitos de terceira geração, sobretudo, os direitos reclamados por Estados pobres, como de desenvolvimento, à paz e à proteção do meio-ambiente, bem como o direito de participação no "patrimônio universal da humanidade", no que se refere às riquezas do fundo do mar, mas, também, aos demais patrimônios cultural e natural do mundo e o uso do espaço sideral (universo).

Voltando a análise para o desenvolvimento histórico confronta-se, na posição atual da positivização dos direitos humanos, com uma plenitude de declarações e pactos.<sup>8</sup> Os textos referidos têm, em parte, caráter regional, em parte, caráter universal.<sup>9</sup> Materialmente eles se referem a (1) regras gerais, (2) direito de auto-determinação e o pensamento do desenvolvimento, (3) proibição de genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, (4) proibições de discriminação, (5) proibição da escravidão, trabalho forçado e comércio de pessoas, (6) refugiados, asilo, expatriação, pluralidade de nacionalidades e estrangeiros, (7) tratamento do indivíduo, especialmente de presos e reclusos pela administração e órgãos judiciais, (8) setor social, (9) trabalho, inclusive liberdade de associação e livre trânsito, (10) casamento e família, direitos do menor, (11) liberdade de imprensa e informação, (12) proteção de dados, (13) direito de recusa ao serviço militar e (14) direito de guerra.<sup>10</sup>

### 2 Dos Interesses Fundamentais da Pessoa Humana dos Direitos Humanos

Tendo em vista esse amplo âmbito de direitos, tem-se a dificuldade de uma clara concepção dos direitos humanos em si. A dificuldade desse empreendimento não deve ser contida pela tentativa de uma visão global, pois nela repousa a tarefa específica da Filosofia do Direito, e os políticos e juristas que querem esquivar-se do pensamento de manipulação e instrumentalização total dos direitos humanos, podem aproveitar-se dessa realização. Onde e como se deve aplicar a reflexão?

<sup>7</sup> Preâmbulo. Impresso como n° 2 da coletânea citada na nota de rodapé n° 3.

<sup>8</sup> Como assinalado acima, na nota de rodapé n° 3, a vinculação jurídica dos instrumentos citados varia consideravelmente. Assim, não há como aqui se aprofundar nessa questão.

<sup>9</sup> Os direitos fundamentais das Constituições nacionais também são, naturalmente, objeto de definição da proteção dos direitos humanos.

<sup>10</sup> Assim, a classificação dos textos em Simma/Fastenrath (nota de rodapé n° 3).

Na filosofia há muitas sugestões. Somente algumas podem ser aqui citadas. Um primeiro princípio, o direito natural negativo, parte da idéia da estrutura antropológica de necessidade e interesses do homem, que toda ordem jurídica deve respeitar, em geral, se ela quer se manter no tempo.<sup>11</sup> Uma outra concepção, que parte do conteúdo mínimo do direito natural, determina dados fundamentais da existência humana e da existência com o próximo. Nisso se incluem o altruísmo limitado, a força de vontade limitada, os meios limitados e o entendimento limitado.<sup>12</sup> Uma outra visão analisa bens fundamentais naturais e sociais, em cuja existência e disponibilidade todo indivíduo tem interesse, mesmo que os planos de vida sejam diferentes.<sup>13</sup> Trata-se de aperfeiçoamentos da doutrina clássica natural e da razão que, da mesma forma, já chamaram atenção, de forma e acento variado, à vida, à liberdade e à propriedade como interesses fundamentais.<sup>14</sup> Essas determinações de interesses fundamentais da humanidade podem ser relacionadas com os direitos humanos citados. Dever-se-ia determinar, mais precisamente, quais das teorias citadas apresentam e justificam de forma mais ampla e mais convincente o material a ser tematizado sobre os direitos humanos.

Aqui deve ser sugerido um caminho um pouco diferente, que não negue a legitimação das teorias citadas para a determinação de interesses fundamentais, mas que, no entanto, as coloque numa fórmula da pessoa humana e, com isso, as humanize. O processo para determinação dessa pessoa humana dos direitos humanos apóia-se na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal que, muitas vezes, ancorado na Lei Fundamental alemã, falou da pessoa humana constante desta para justificar, mais uma vez de forma aproximada, uma ponderação concreta de direito fundamental entre Estado e cidadão ou cidadãos. A tarefa específica de ponderação, para o Tribunal Constitucional Federal, consiste na dissolução da tensão entre o cidadão que recorre a um direito fundamental e o Estado que intervém nesse direito fundamental. O Estado pode intervir no direito fundamental, no entanto ele deve respeito à restrição inerente a esse direito fundamental. Do contrário, a ação estatal é inconstitucional por violação do direito fundamental e pode ser reparada pelos Tribunais. No caso de conflito entre dois cidadãos que se reportam a uma violação de direito fundamental, a

<sup>11</sup> Ver Ernst-Joachim Lampe. *Grenzen des Rechtspositivismus. Eine anthropologische Untersuchung*. 1988, pp. 42 e ss.

<sup>12</sup> Ver H.L.A. Hart. *Der Begriff des Rechts*. 1973, pp. 266 e ss. Essa argumentação eu utilizei para demonstrar que o direito ilimitado de asilo, como havia na Alemanha até 1993, não se justificava. Ver Winfried Brugger. "Für Schutz der Flüchtlinge - gegen das Grundrecht auf Asyl!". *In Juristenzeitung* 1993, pp. 119 e ss.

<sup>13</sup> Ver John Rawls. *Eine Theorie der Gerechtigkeit, deutsche Taschenbuchausgabe*. 1979, pp. 83, 111 e ss.

<sup>14</sup> Aproximadamente Heiner Bielefeldt. *Neuzeitliches Freiheitsrecht und politische Gerechtigkeit. Perspektiven der Gesellschaftsvertragstheorien*. 1990.

colisão de direito fundamental deve ser resolvida através de uma determinação adequada e da delimitação dos direitos fundamentais correspondentes. Se o Tribunal Constitucional Federal recorre, em tais casos, também à pessoa humana da Lei Fundamental, quer com isso ilustrar e personalizar toda a idéia e esclarecer ao interessado: "Para pessoas desse tipo há a possibilidade de entender e aceitar essa ponderação." Para isso, o tribunal coloca em vista todo o âmbito de proteção dos direitos fundamentais bem como as reservas restritivas e formula essa imagem da pessoa correspondente a uma idéia geral. Tal formulação é representativa: "A pessoa humana da lei fundamental não se refere a um indivíduo isolado; ao contrário, a Lei Fundamental resolveu a tensão indivíduo-sociedade, no sentido da relação e vinculação da pessoa com a comunidade, sem, com isso, violar seu valor próprio."<sup>15</sup>

Esse método de reflexão também é frutífero para a análise da pessoa humana dos direitos humanos. Ele tem a vantagem de colocar em foco a totalidade dos direitos humanos. Ele também pode tematizar as tensões entre prerrogativas de direitos humanos concorrentes e a necessidade de, às vezes, interferir em direitos individuais em prol de interesses sociais dominantes.<sup>16</sup> Além disso, esse método se aproxima da forma de trabalho do jurista que trata dos direitos humanos e depende de uma explicação filosófica da proposta fundamental dos direitos humanos. A tarefa da reflexão é, também aqui, em vista a todos os âmbitos de proteção e todos os limites dos direitos humanos, desenvolver uma fórmula que, por um lado, envolva todas as posições jurídicas e, por outro, seja tão breve e precisa que seja reconhecível e utilizável não somente como formulação de agregação mas como fórmula filosófica. Mas ela não deve ser tão breve pois, querendo-se resumir todos os direitos humanos a uma única posição tal como "liberdade", se atingiria um grau de abstração no qual não mais estariam ainda disponíveis argumentos contra uma instrumentalização ideológica: Aqui se colocaria, então, compreensão liberal de liberdade contra compreensão socialista de liberdade, ou individualismo ocidental contra idéias asiáticas ou africanas de desenvolvimento da personalidade, ligadas à tradição.

<sup>15</sup> Coletânea oficial de decisões do *Bundesverfassungsgericht* (BVerfGE) Vol. 4, p. 7, pp. 15 e ss. *Jurisprudência consolidada*, ver BVerfGE 65, 1, 34 e, de modo pormenorizado, também Peter Häberle, *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, 1988.

<sup>16</sup> A maioria dos direitos humanos positivados contém possibilidades de limitação.

### 3 A Pessoa Humana dos Direitos Humanos

Minha sugestão é determinar a pessoa humana dos direitos humanos como condução de vida autônoma, com significado e responsável.<sup>17</sup> Essa fórmula tem cinco elementos que serão explicados a seguir. Ao final, explicarei sua relação e sua função na dicotomia entre prerrogativa universal e interpretação cultural específica dos direitos humanos.

**1. Autonomia:** Com isso se caracteriza a possibilidade da pessoa de se colocar objetivos, desenvolver um plano de vida individual, segui-lo e defendê-lo. Esse plano de vida também será, até certo grau, expressão da natureza empírica do homem, portanto, tendo em consideração necessidades fundamentais.<sup>18</sup> Imperativos funcionais como instinto de sobrevivência, porém, não são suficientes para tematizar a autonomia da pessoa. Nela trata-se, também, da forma específica, na qual a pessoa se posiciona com relação a impulsos e tendências inerentes à natureza humana,<sup>19</sup> e essa tomada de posição pode ser positiva, fortalecedora como negativa, delimitadora. Nesse sentido, no âmbito da autonomia, podem ser distinguidos dois grupos de casos:

- a. Nesse direcionamento da pessoa se evidencia uma liberdade de escolha. Âmbitos que se estendem à liberdade de escolha dizem respeito à escolha da profissão, da religião, do parceiro e escolha de partidos políticos.
- b. Tais escolhas são também de responsabilidade da pessoa. Isso quer dizer: a pessoa não pode somente gozar das vantagens de suas decisões de vida; ela também é responsável pelo risco do fracasso. A auto-responsabilidade é o outro lado da liberdade de escolha.

**2. Significação:** Esse elemento lembra o fato antropológico, fundamental, de que o desenvolvimento individual, assim como grupal, do povo ou voltado ao gênero do homem e de suas comunidades, é sustentado pela cultura considerada. Cultura é a segunda natureza do homem. As pessoas, em razão

<sup>17</sup> Para uma demonstração anterior dessa fórmula ver os meus trabalhos: "Menschenrechte im modernen Staat". In *Archiv des öffentlichen Rechts*. 114 (1989), pp. 537, 578 e ss.; "Stufen der Begründung von Menschenrechten". In *Der Staat* 31 (1992), pp. 19, 22 e ss. (para a problemática dos Direitos Humanos); "Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika", 1987, § 37 III (para a pessoa humana da Constituição Americana); "Elemente liberaler Grundrechtstheorie". In *Juristenzeitung* 1987, pp. 633, 637 e ss. (para a pessoa humana da Lei Fundamental Alemã); "Staatszwecke im Verfassungsstaat". In *Neue Juristische Wochenschrift* 1989, pp. 2425, 2433 e ss. (para a pessoa humana no moderno Estado Constitucional).

<sup>18</sup> Também aqui talvez o trabalho de Lampe (nota de rodapé n° 13).

<sup>19</sup> Também aqui, de forma pormenorizada, talvez Selznick (nota de rodapé n° 4), pp. 90 e ss.

do amplo desligamento de determinação biológica, devem criar e construir elas próprias seu mundo; elas próprias devem programar sua vida e o programa – orientação para o que é válido de ser almejado e para o que deve ser evitado – é a cultura tradicional considerada.<sup>20</sup> Ela contém, mais ou menos, instruções amplas e vinculantes para a ‘vida boa’, como também, os parâmetros de distribuição justa de vantagens e encargos. Isso não significa que a cultura necessariamente determine o ser individual e seu desenvolvimento, mas que a cultura sempre oferece um horizonte – mais estreito ou mais amplo – de perspectivas de desenvolvimento a que o próprio indivíduo deve se ajustar em seu comportamento se quiser se desviar dessas possibilidades preferenciais.

**3. Responsabilidade:** auto-responsabilidade já foi tematizada no ponto 1b. A responsabilidade compreende três outros elementos não primeiramente relacionados à própria vida, mas a um sentido racional:

a. Reciprocidade: quem sempre recorre a direitos e liberdades deve conferir a outras pessoas, que estão na mesma situação, os mesmos direitos e liberdades. Isso pode ser visto como consequência lógica de se reportar a direitos gerais; de toda forma, a dignidade moral de se reportar a direitos humanos se fundamenta na aceitação de prerrogativa e obrigação recíprocas. Ninguém se coloca, como pessoa, a priori, sobre ou abaixo dos outros, todos têm, fundamentalmente, o mesmo direito de respeito a seus planos de vida.

b. Responsabilidade significa, também, ter que responder por violações de direitos. Uma sociedade entendida juridicamente deve atentar para que direitos não sejam somente postulados, mas também observados e que, em caso de violação, sejam restabelecidos e compensados. Nas ordens jurídicas modernas servem a esse objetivo o direito delitual, atrelado a obrigações de indenização quando haja violações jurídicas ilícitas, e o direito de condições, que atrela desvios imotivados (sem justa causa) de patrimônios a obrigações de devolução; disso faz parte, naturalmente, também, todo o direito penal.

c. Enfim, responsabilidade compreende responsabilidades sociais para os casos em que se possa exigir dos membros de uma comunidade jurídica, que respondam pelo risco de fracasso de planos de vida de indivíduos isolados, mas não somente desses, e sim, de toda a comunidade. Nisso se inserem, também, medidas de prevenção para não deixar que o “valor da liberdade” para indivíduos se desfaça. São meios, sobretudo, proporcionar posse e educação, formulado mais genericamente, colocar à disposição prestações

<sup>20</sup> Ver além de Lampe (nota de rodapé nº 13) Friedrich H. Tenbruck, *Die kulturellen Grundlagen der Gesellschaft*. 2ª ed., 1990, Parte I.

sócio-estatais com o objetivo de conferir igualdade real de chances a pobres e fracos ou demais pessoas que não possam se afirmar na luta social por asserção. Também dentro do Estado há muitas associações que se ocupam do bem-estar de seus membros, iniciando pela família, passando por comunidades religiosas até associações profissionais. E, além do Estado, há comunidades étnicas e mundiais que também buscam ajuda e apoio para seus membros fracos e pobres.

**4. Vida:** condução da vida pressupõe, primeiramente, a sua proteção. Sobreviver é, sem dúvida, um interesse vital de toda pessoa que somente pode ser sacrificado em situações excepcionais, por exemplo auto-imolação como ato político de oposição. Na filosofia há teorias que postulam o interesse de sobrevivência como um objetivo da legitimidade estatal que triunfa sobre tudo.<sup>21</sup> Falando juridicamente entram aqui em jogo os direitos clássicos de habeas-corpus e direitos de justiça estatal – o Estado de direito formal, segundo a visão alemã, e o ‘rule of law’, na terminologia americana. Na nova discussão para a legitimação da estatização demonstra-se que o espaço de vida da pessoa também necessita de proteção. Com esse interesse ecológico pode-se ter em conta que se entende como ‘vida’ também as bases naturais do meio-ambiente e o ambiente de convivência.

**5. Condução de vida:** condução de vida representa o elemento conclusivo e centralizador da forma de vida dos direitos humanos. Ela implica, além da mera possibilidade de sobrevivência e a proteção da vida, pelo menos uma medida mínima de liberdade para um estilo de vida individual.<sup>22</sup> Essas decisões sempre são informadas pela cultura considerada e nela orientadas; em alguns casos, o indivíduo também irá se desviar dos parâmetros tradicionais. Isso nunca se pode excluir pois, enfim, o homem é tanto criatura como também criador da própria cultura.<sup>23</sup> De toda forma descortina-se nessa relação recíproca de referência o que deveria ser chamado de personalidade ou auto-realização autêntica.<sup>24</sup> Também deve ser considerado que a cultura referida também contém as medidas de dar e receber recíprocos e da imputabilidade individual, portanto, as quatro dimensões da responsabilidade. Alguém que

<sup>21</sup> Um conhecido exemplo é Thomas Hobbes. *Leviathan*. 1651, organizado por Iring Fetscher, 1966, Parte I, Cap. 13, p. 96: Ao evitar a submissão ao poder estatal, “o que tem de pior é o constante receio e perigo de uma morte violenta”.

<sup>22</sup> Esse é o entendimento do *Bundesverfassungsgericht*, quando acima, na nota de rodapé nº 17, ele fala sobre proteção da “singularidade” (*Eigenverts*) da Pessoa.

<sup>23</sup> Ver Tenbruck (nota de rodapé nº 22), p. 16.

<sup>24</sup> Ver Terry Pinkard. *Democratic Liberalism and Social Union*. 1987, Cap. 1, em especial as pp. 12 e 27.

se coloca esses critérios e direciona sua condução de vida por eles, legítima, com isso, também suas ações. Nessa auto-determinação responsável toma expressão a dignidade humana. De que forma pode ser utilizada essa fórmula em discussões sobre os direitos humanos? Quais são seus pontos fortes, suas fraquezas?

### 4 Formas Funcionais da Fórmula da Pessoa Humana

1. O ponto de partida da resposta a essas questões é o desenvolvimento e positivização dos direitos humanos citados na parte I. Na fórmula podem ser tematizados os direitos humanos, hoje protegidos e exigidos. Isso deve ser apresentado, sucintamente, com base nas três gerações dos direitos humanos: Os direitos de primeira geração concentram-se na autonomia da pessoa: livre escolha no âmbito financeiro, comunicativo e social e participação no âmbito político. Pressuposto para isso é a proteção da vida. A mais importante consolidação jurídico-positiva desses direitos de primeira dimensão é o pacto internacional sobre direitos políticos e civis de 19 de dezembro de 1966.<sup>25</sup> Os direitos de segunda geração apóiam-se, sobretudo, na responsabilidade social entre os cidadãos; esta deve reagir à necessidade da pessoa, como no caso de pobreza e doença. Importantes consolidações jurídico-positivas desses direitos são o pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais de 19 de dezembro de 1966 e a Carta Social Européia de 18 de outubro de 1961.<sup>26</sup> Os direitos de terceira geração absorvem o pensamento da autonomia e responsabilidade social, mas os relacionam mais fortemente à tradição do direito exigida pelo povo ou Estado relacionado, que assume o status de titular do direito humano – com garantia fiducial (de confiança) para o cidadão mediado pela associação considerada.<sup>27</sup> Portanto, a fórmula do direito fundamental é ampla com relação às declarações dos direitos humanos existentes.

2. A fórmula pode ser utilizada analiticamente. Nessa função, investiga-se até que grau uma declaração de direitos humanos, ou uma Constituição nacional, ou um programa de partido, ou um governo, ou um tribunal ou um filósofo accentua ou põe um ou outro momento. Assim, no âmbito da fórmula fica claro que uma

<sup>25</sup> Impresso como nº 8 da coletânea citada na nota de rodapé nº 3.

<sup>26</sup> Impressos como nº 11 e 42, respectivamente, da coletânea citada na nota de rodapé nº 3.

<sup>27</sup> Para a extensão atual dos direitos de terceira geração ver os documentos em Riedel (nota de rodapé nº 6).

concepção econômico-liberal de sociedade acentua, mais ou menos em analogia aos direitos de primeira geração, a autonomia dos indivíduos, apóia-se na sua aplicação e concorrência, porque se espera desse, proveito de toda sociedade e, o quanto possível, também uma distribuição justa dos bens. De toda forma, pontos-de-vista de responsabilidade estatal e social tem importância somente subsidiária. Uma visão sócio-estatal do liberalismo irá acentuar que são inaceitáveis os pontos de partida desvantajosos de muitos indivíduos para a concorrência social. Como falta um critério de "auto-responsabilidade" para a situação social ruim, o Estado, como estado social, teria que promover uma maior igualdade social de chances.<sup>28</sup> O socialismo e o comunismo vão além dessa visão sócio-estatal reformista e vêem a pessoa como ser genérico, cuja realização dependeria, sobretudo, da supressão total da pobreza da real classe da humanidade, ou seja, o proletariado. Aqui há uma ampla negação da auto-responsabilidade da pessoa como indivíduo; o momento de significação foi cientificado (teorema da sobre-estrutura) e historicizado (a história como história das lutas de classes) no marxismo: na mão do proletariado, comandado pelo partido único marxista-leninista, repousa a responsabilidade para a ascensão na história do homem que inicia após a expropriação dos exploradores.<sup>29</sup> O comunitarismo acentua o momento da significação: decisões individuais de escolha falham, quando feitas no isolamento da cultura circundante; em geral, elas erram o alvo que objetivam: realização e contentamento. Temos que aprender, diz essa teoria, a ver nossas formas de vida não somente instrumentalmente, como meio para fins que estão além delas, mas, também, conferir-lhes um certo valor próprio que tem que se realizar com a escolha objetiva dos indivíduos.<sup>30</sup> Com outras palavras: A diferenciação dos cinco elementos da fórmula do conceito humano permite desenvolver diferenças entre teorias sociais isoladas, programas partidários e de governo e posições sobre os direitos humanos. Nisso repousa a sua capacidade analítica de realização.

3. Mas o que deve acontecer se diversas posições são confrontadas? Muda-se a perspectiva da análise sobre a determinação normativa. Um ponto está claro do que foi até agora explicado: a utilização ideológica do pensamento dos direitos humanos ocorre quando uma concepção quer dominar ou excluir

<sup>28</sup> Assim podem ser confrontadas, de forma breve, as posições de Robert Nozick. *Anarchie, Staat, Utopia* e John Rawls. *Eine Theorie der Gerechtigkeit* (Nota de rodapé nº 15).

<sup>29</sup> Para a Teoria Marxiana, ver Winfried Brugger. *Menschenrechtsethos und Verantwortungspolitik. Max Webers Beitrag zur Analyse und Begründung der Menschenrechte*. 1980, § 6 III.

<sup>30</sup> Também, aproximadamente, Philip Selznick. *The Moral Commonwealth. Social Theory and the Promise of Community*. 1992 e Winfried Brugger, "Menschenrechte von Flüchtlingen in universalistischer und kommunitaristischer Sicht". In *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 80 (1994), pp. 318 e ss.

todas as outras posições; isso significaria, por exemplo, que somente os direitos humanos da primeira, ou da segunda ou da terceira geração seriam reconhecidos; ou que somente seria reconhecido o pacto sobre direitos civis e políticos, mas não o pacto sobre os direitos sociais e culturais. Tal procedimento seria expressão de um imperialismo cultural; assim não se pode fazer jus à prerrogativa universal do pensamento dos direitos humanos.

Mas, então, como proceder? Minha sugestão para a compreensão dos direitos humanos é entender os cinco elementos da fórmula da pessoa humana no sentido de uma procedência comum.<sup>31</sup> Neles são elencados os dados fundamentais da existência humana, todos os que fazem parte da condução de uma vida humana digna. Mas isso não significa que todos eles teriam que ter o mesmo peso. Como a cultura é a segunda natureza do homem, mas as culturas concretas diferem nas suas obviedades, deve ser possível que se varie quanto ao peso dos elementos isolados. Este é o justo cerne do particularismo no pensamento dos direitos humanos que quer ter eficácia no direito positivo para além dos dispositivos de proteção e reservas restritivas dos direitos humanos isoladamente, bem como na regionalização da proteção dos direitos humanos. Mas para manter o universalismo da idéia dos direitos humanos é necessário que nenhum desses elementos seja dominado ou excluído totalmente por um outro ou pelos demais. A essência de cada elemento no qual, simultaneamente, se encontra seu conteúdo de dignidade humana, deve ser respeitada por toda teoria, todo programa e todo governo. Esse pensamento da procedência comum e do respeito à essência dos cinco elementos da fórmula da pessoa humana está expressa, exemplarmente, no art. 30 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que dispõe: "Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada de maneira a envolver para qualquer Estado, agrupamento ou indivíduo o direito de se entregar a alguma atividade ou de praticar algum ato destinado a destruir os direitos e liberdades aqui enunciados." Ainda, mais uma vez, em outras palavras: todos os elementos da fórmula da pessoa humana, devido à sua procedência comum, devem relacionar-se entre si em concordância prática.<sup>32</sup> Ponderações entre os

<sup>31</sup> Para o conceito de procedência comum (*Gleichursprünglichkeit*) ver Rentsch (nota de rodapé nº 4), pp. 95 e ss.: "Procedência comum são indicados como aspectos de constituição, 1. quando eles não são dedutíveis um do outro, 2. quando eles, na sua compreensão, são irreduzíveis um sobre o outro, e 3. quando eles, somente juntos ou por meio do outro, são compreensíveis e, não, por ainda, outro traço fundamental, são dedutíveis. Dito de outra forma, os aspectos precisam-se deixar apresentar como irrenunciáveis um para o outro".

<sup>32</sup> Para essa fórmula, a partir do direito constitucional alemão, ver Konrad Hesse. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 17ª ed., 1990, número de margem 72.

elementos isolados não podem ser, no entanto, evitadas, mas devem ser entendidas no sentido de que cada um dos elementos de configuração autônoma de vida deve ser respeitado na sua essência.

4. Tem tal postulado normativo chance de aceitação na discussão dos direitos humanos? Esta questão fica em aberto. De toda forma, dois pontos estão claros. Por um lado, querendo determinar-se a pessoa humana ou a idéia central dos direitos humanos sobre um nível ainda mais abstrato que aqui sugerido – como se reportando à ‘liberdade’ da pessoa –, poder-se-ia chegar a uma maior aceitação. Mas esta aceitação foi largamente desvalorizada através de interpretações divergentes do conceito principal, de forma que, realisticamente, somente se pode falar de um consenso aparente que mais esconde, do que revela. Por outro lado, decidindo-se por uma determinação a um nível de reflexão mais concreto que o aqui sugerido, aumentaria o perigo de que as diferenças culturais rompessem, totalmente, quando da interpretação dos direitos humanos. A concepção considerada (ocidental, oriental, individualista, tradicional, etc.) dos direitos humanos iria exigir, então, ela própria, incorporar a idéia dos direitos humanos. Com isso, não se poderia mais falar, realisticamente, de uma prerrogativa universal dos direitos humanos. Mantendo estas duas alternativas diante de si, reconhece-se a grande chance igualitária de aceitação da fórmula da pessoa humana aqui apresentada: nela toda cultura pode reconhecer-se em parte. Mesmo que no âmbito da ‘condução de vida’ autônoma, significativa e responsável o espectro possível dos direitos humanos seja muito restrito ou muito amplo, compreenda muitos ou poucos direitos humanos muito vagos ou muito específicos, ou coloque pontos cruciais discutíveis, nenhuma das culturas consideradas tem que se renegar ao aderir ao diálogo sobre os direitos humanos. Cada uma delas deve, provavelmente, assumir compromissos e aceitar parcialmente perspectivas de outras nações e povos, se quiser entrar em acordo. Apesar disso não ser garantia de consenso, pode ser o melhor ponto de partida para um acordo ou, caso esse não ocorra, pelo menos, para um certo entendimento mesmo em caso de conflito. Tal entendimento é um importante pressuposto para a manutenção, pelo menos, da paz negativa, da coexistência pacífica à distância.

5. A indeterminação atrelada à fórmula, como já esclareceram as explicações anteriores, não é, necessariamente, uma fraqueza e sim uma força: Cada um dos elementos apresentados é, do ponto de vista teórico-normativo, um princípio ou um valor acessível a uma direção ou importância no âmbito do conteúdo essencial indisponível que toda interpretação deve respeitar. Portanto, não se trata, nos elementos isolados, de regras para as quais vale o princípio tudo ou nada: a ‘autonomia’ (ou ‘significação’ ou outro elemento)

será totalmente respeitada ou colocada totalmente fora de vigor.<sup>33</sup> Tal modelo normativo dos direitos humanos, que se apóia na segurança do significado e de sua realização, somente se concretiza, no âmbito do modelo de princípio aqui desenvolvido de 'condução de vida autônoma, significativa e responsável', em um contexto estatal que corresponda, em suas estruturas e pressupostos sociais, mais ou menos às democracias ocidentais. Talvez, ainda, no contexto europeu da convenção européia dos direitos humanos, mas esta já permite aos Estados isolados uma margem de interpretação em certos âmbitos.<sup>34</sup> No contexto mundial, de toda forma, uma certa flexibilidade na interpretação e realização dos direitos humanos não é, necessariamente, um defeito de nascença permanente, e sim, pode ser, da mesma forma, um pressuposto para aceitação real nas culturas correspondentes.

6. Uma última objeção poderia ser feita no sentido de que a formulação da pessoa humana dos direitos humanos sugerida, apesar de considerar tanto elementos universais como imagens específicas da cultura, permanece estática diante de uma aceitação direta de concepções religiosas e cosmopolitas mais importantes na cultura considerada – mas justamente sua motivação, poder-se-ia criticar, seria necessária para não somente formular direitos humanos, como, também, torná-los eficazes no comportamento prático das pessoas. A objeção quanto à inércia diante da 'última fundamentação' específica da cultura é certa, mas não pode ser entendida como fraqueza da argumentação: se a fórmula da pessoa humana incorporasse diretamente uma das fundamentações finais específicas da cultura, e se tornasse indistinta dela, então haveria justamente uma forma de ideologização que, no discurso mundial sobre direitos humanos, satisfaz totalmente um lado e exclui todos os outros. Para evitar essa instrumentalização, toda fórmula da pessoa humana que realmente se apóie na aceitação universal, deve objetivar um 'penúltimo patamar de fundamentação' ao qual as culturas consideradas podem aderir em seus entendimentos finais.<sup>35</sup> Exatamente nesse sentido deveria ser entendida a 'condução de vida autônoma, significativa e responsável': como configuração dos direitos humanos que permite outras configurações no âmbito do que é comum a todos nas diferenças.

<sup>33</sup> Para a diferença entre regras e princípios ver Robert Alexy. *Theorie der Grundrechte*, Taschenbuchausgabe, 1986, Cap. 3.

<sup>34</sup> Para "margin of appreciation" ver Eibe Riedel, "Die Meinungsfreiheit als Menschenrecht und ihre Verbürgung durch die Europäische Menschenrechtskonvention - Ansätze zu einer internationalen Menschenrechtsordnung". In Johannes Schwartländer/Dietmar Willoweit, *Orgs. Meinungsfreiheit - Grundgedanken und Geschichte in Europa und USA*, 1986, pp. 275 e 283.

<sup>35</sup> Para a diferença entre o último e o penúltimo patamar de fundamentação, ver Eibe Riedel. *Theorie der Menschenrechtsstandards*, 1986, pp. 349 e ss.

## V Bibliografia

- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, Taschenbuchausgabe, 1986.
- BIELEFELDT, Heiner. *Neuzeitliches Freiheitsrecht und politische Gerechtigkeit. Perspektiven der Gesellschaftsvertragstheorien*. 1990.
- BRUGGER, Winfried. "Für Schutz der Flüchtlinge - gegen das Grundrecht auf Asyl!". *In Juristenzeitung*. 1993.
- \_\_\_\_\_. "Menschenrechte im modernen Staat". *In Archiv des öffentlichen Rechts* 114 (1989).
- \_\_\_\_\_. "Stufen der Begründung von Menschenrechten". *In Der Staat*. 31 (1992).
- \_\_\_\_\_. *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika*. 1987.
- \_\_\_\_\_. "Elemente liberaler Grundrechtstheorie". *In Juristenzeitung*. 1987.
- \_\_\_\_\_. "Staatszwecke im Verfassungsstaat". *In Neue Juristische Wochenschrift*. 1989.
- \_\_\_\_\_. *Menschenrechtsethos und Verantwortungspolitik. Max Webers Beitrag zur Analyse und Begründung der Menschenrechte*. 1980.
- \_\_\_\_\_. "Menschenrechte von Flüchtlingen in universalistischer und kommunitaristischer Sicht". *In Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. 80 (1994).
- HÄBERLE, Peter. *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, 1988.
- HART, H.L.A. *Der Begriff des Rechts*. 1973.
- HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 17<sup>e</sup> ed., 1990.
- HOBBS, Thomas. *Leviathan*. 1651, organizado por Iring Fetscher, 1966.
- HOFMANN, Hasso. "Zur Herkunft der Menschenrechtserklärungen". *In Juristische Schulung*. 1988.
- JELLINEK, Georg, *Das System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892, 2<sup>a</sup> ed., 1905, Cap. VII-X.
- KANT, Immanuel. *Zum ewigen Frieden, Werke, Preußische Akademieausgabe*. Vol. VIII.
- LAMPE, Ernst-Joachim. *Grenzen des Rechtspositivismus. Eine anthropologische Untersuchung*. 1988.
- NOZICK, Robert. *Anarchie, Staat, Utopia*.
- OESTREICH, Gerhard. *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten*. 2<sup>a</sup> ed., 1978.
- PARTSCH, Karl. J. "Vor- und Nachteile einer Regionalisierung des internationalen Menschenrechtsschutzes". *In Europäische Grundrechte Zeitschrift*. 1989.
- PINKARD, Terry. *Democratic Liberalism and Social Union*. 1987.
- RAWLS, John. *Eine Theorie der Gerechtigkeit, deutsche Taschenbuchausgabe*. 1979.
- RENTSCH, Thomas. *Die Konstitution der Moralität. Transzendente Anthropologie und praktische Philosophie*. 1990.
- RIEDEL, Eibe. "Menschenrechte der dritten Dimension". *In Europäische Grundrechte Zeitschrift*. 1989.
- \_\_\_\_\_. "Die Meinungsfreiheit als Menschenrecht und ihre Verbürgung durch die Europäische Menschenrechtskonvention - Ansätze zu einer internationalen

## A PESSOA HUMANA DOS DIREITOS HUMANOS

Menschenrechtsordnung". In Johannes Schwartländer/Dietmar Willoweit, Orgs. *Meinungsfreiheit - Grundgedanken und Geschichte in Europa und USA*. 1986.

\_\_\_\_\_. *Theorie der Menschenrechtsstandards*. 1986.

SCHWARTLÄNDER, Johannes e WILLOWEIT, Dietmar. (Orgs.) *Meinungsfreiheit - Grundgedanken und Geschichte in Europa und USA*. 1986.

SELZNICK, Philip. *The Moral Commonwealth. Social Theory and the Promise of Community*, 1992.

\_\_\_\_\_. "Sociology and Natural Law". In *Natural Law Forum*. 6, 1961.

SIMMA, Bruno und FASTENRATH, Ulrich. (Org.), *Menschenrechte. Ihr internationaler Schutz*. 3ª ed., 1992.

TENBRUCK, Friedrich H. *Die kulturellen Grundlagen der Gesellschaft*. 2ª ed., 1990.