

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 46 • nº 182
Abril/junho – 2009

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

A influência do constitucionalismo alemão do século XIX na categoria “direitos fundamentais”

Formalização do direito público e neutralização do *Rechtsstaat*

Paulo Sávio Peixoto Maia

Sumário

1. Introdução. 2. A Revolução Francesa e o surgimento do *Rechtsstaat*. 3. Congresso de Viena como neutralização do constitucionalismo moderno. 4. *Rechtsstaat* como conceito de combate: o pré-março (*Vormärz*). 5. Formalização do direito público e o esvaziamento do *Rechtsstaat*. 6. Conclusão: passado e presente dos direitos fundamentais.

1. Introdução

A noção de que um determinado indivíduo tem direitos que lhe são inatos independentemente de sua origem social é algo recente em termos históricos. É uma inovação que depende do início da modernidade (MAIA, 2007, p. 298-299), do alvorecer do constitucionalismo moderno (DIPPEL, 2006, p. 59-67), da inauguração do paradigma do Estado de Direito após a deflagração da Revolução Francesa (COSTA, 2003, p. 44-45). Um movimento ao mesmo tempo tão complexo quanto permanente na cultura jurídica ocidental.

Com efeito, o artigo 16 da francesa *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, de 26 de agosto de 1789, fez fortuna na história jurídica ao afirmar que “qualquer sociedade na qual a garantia dos direitos não esteja assegurada, nem a separação de poderes determinada, não possui Constituição”¹.

Paulo Sávio Peixoto Maia é Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Professor de Direito Constitucional e de Direito Administrativo da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogado.

¹ Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs

Mais que uma bela sentença, esse artigo lança um conceito de Constituição e os alicerces do conceito ocidental de Estado de Direito (SCHMITT, 2001, p. 58-62). Um Estado sem separação dos poderes e que não garante direitos aos indivíduos não pode ser qualificado como “de Direito” (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1991). Essa “garantia dos direitos”, à qual faz referência o artigo 16 da *Déclaration* francesa, possui várias denominações que não necessariamente se sucedem no tempo: ao contrário, são concorrentes, concomitantes. Essa “garantia” pode ser chamada de “direitos subjetivos”, “direitos do homem”, “direitos individuais” ou “direitos fundamentais”². Tal “garantia” é tanto uma das bases do constitucionalismo quanto objeto deste trabalho.

Chamar a “garantia dos direitos” pela alcunha de *direitos fundamentais* se deve, basicamente, à influência da dogmática alemã. A tão mencionada “garantia” se chama, na Alemanha, *Grundrechte* – direitos fundamentais. Mas os conceitos não são gratuitos; dependem de um contexto que se porta como um pano de fundo que os dota de sentido (FARR, 1995, p. 24-25). Por que os alemães não aceitaram traduzir a expressão “direitos do homem” ou “direitos individuais” para o seu idioma, já que a França, aqui, antecedeu a Alemanha? Por que preferir “direitos fundamentais” a “direitos do homem”? Quais as consequências dessa escolha?

Este artigo apresenta subsídios para a formulação de uma resposta para tal problema – ainda que sem a menor pretensão de exaustividade. Para tanto, será privilegiado o conceito de *Rechtsstaat*, um equivalente, não tão perfeito, da noção de Estado de Direito (razão pela qual preferimos mantê-la no original). A publicística alemã conferiu vários sentidos ao *Rechtsstaat* até

déterminée, n’a point de Constitution. (DUVERGER, 1996, p. 18).

² Uma exploração desse desencontro conceitual por parte da dogmática constitucional em Sarlet (1998, p. 182-193)

os dias de hoje. Verificar todos esses usos seria tarefa por demais ampla. Procedese, então, a um recorte: este estudo é restrito ao período constitucional compreendido entre o início da Revolução Francesa e as décadas de 1850-1860³.

A escolha de *Rechtsstaat* para servir de guia conceitual não é outra: uma vez que o *Rechtsstaat* designa, pelo menos em sua aparição inicial, um Estado limitado pelo direito – tal qual prescrito pela Revolução Francesa –, verificar de que forma tal conceito foi abordado em solo alemão acaba por se revelar um expediente interessante para mensurar o impacto do constitucionalismo moderno na Alemanha. E pelo fato de separação de poderes e direitos dos cidadãos serem o cerce do conceito de Estado de Direito, analisar a tematização de *Rechtsstaat* revela-se, ao fim e ao cabo, um meio de saber como os direitos do homem/fundamentais foram acreditados na terra de Goethe. A análise desse passado diz muito sobre seu presente: esse, o objetivo a ser perseguido.

2. A Revolução Francesa e o surgimento do *Rechtsstaat*

O constitucionalismo moderno tem seu início com o processo revolucionário norte-americano. Contudo, se é verdade que a Revolução Americana não passou despercebida em solo alemão, também o é que seus contornos não foram bem apreendidos pela burguesia local, dada a imensa dificuldade que se tinha de entender formas políticas e sociais tão inéditas como as que estavam sendo incubadas no período de reflexão constitucional norte-americano⁴

³ De 1866 até 1871, o Chanceler da Prússia, o Conde Otto von Bismarck, leva a efeito a unificação alemã. Com isso, as bases do direito público alemão são modificadas, e o princípio da unidade do Estado somado ao princípio monárquico passam a ser os pontos cardeais da publicística; o que não será analisado aqui.

⁴ Expressão cunhada por Gerald Stourzh (1988, p. 45) para designar o período que se estende desde a crise em decorrência da crise do Stamp Act até a sentença redigida pelo Chief Justice John Marshall,

(DIPPEL, 1977, p. 60-70). Formas políticas amparadas em um novo princípio: o da soberania do povo.

A situação muda com o início da Revolução Francesa. A proximidade geográfica torna a aristocracia alemã mais temerosa. E aí alguns paralelos entre os eventos revolucionários norte-americano e francês começam a ser confeccionados. A ponto, até, de os autores da época descreverem tais revoluções como fenômenos contínuos (Idem, p. 280-281). À exata proporção em que na aristocracia crescia o medo, na burguesia crescia o entusiasmo com os acontecimentos revolucionários, de modo que, durante a década de 1790, já surgem sete projetos de constituição para a Alemanha, nos moldes franceses, que buscavam limitar o poder do Estado (DIPPEL, 2006a, p. 8). O que esses projetos de constituição formalizam é nada mais que o constitucionalismo moderno. Pela primeira vez, surge, em solo alemão, a pretensão de o direito limitar o Estado, por meio de instituições e não por apelo à boa vontade do soberano.

É esse o contexto histórico que assiste à primeira ocorrência do termo *Rechtsstaat*. O primeiro uso desse conceito é imputado a um bibliotecário chamado Johann Wilhelm Placidus, que em 1798 descreveu o posicionamento teórico de Kant e seus seguidores como sendo a “Escola crítica ou Escola dos teóricos do Estado de Direito” (*die kritische oder die Schule der Rechts-Staats-Lehrer*) (JOUANJAN, 2001, p. 7). Simone Goyard-Fabre (2002, p. 313) é muito precisa ao ressaltar que, na obra de Kant, não há propriamente o emprego da expressão *Rechtsstaat*, “mas o estatuto que, na sua filosofia normativo-crítica, Kant dá ao Estado torna este inseparável das estruturas jurídicas que, pela institucionalização da *trias politica* (os três poderes), tornam possível a coexistência das liberdades”. De modo que seria a própria ideia de liberdade, em Kant,

no caso *Marbury v. Madison*, ocasião em que as consequências do constitucionalismo moderno se fizeram sentir de forma expressa.

que faria com que o Estado não pudesse ser concebido como uma autoridade absoluta que se utiliza do poder de forma totalmente arbitrária⁵.

E Placidus tinha razão quando se referiu a Kant. Quando Kant traçou a diferença entre estado de natureza e estado civil, entendeu este último como uma sociedade política garantida pelo direito, em que a liberdade e a igualdade são asseguradas aos cidadãos. De modo que, em Kant, não são todas as sociedades jurídicas (*rechtmässige Gesellschaften*) que automaticamente constituem um *rechtlicher Zustand*, isto é, “estado de direito no sentido de reino do direito assegurado pela ‘garantia social’” (KERVÉGAN, 2001, p. 111). Ou seja, um estado jurídico em que a relação entre os homens é regulada pelo direito, como se vê no § 41 da *Rechtslehre*, de Kant (1796). Importante perceber que, em tal definição, Kant ainda não utiliza o “singular coletivo” *Staat*, mas *Zustand*, que tem como correspondente o termo latino *status*, que indica também uma situação⁶.

Esse impasse semântico é sintomático. E mais uma vez Kant mostra que foi um dos primeiros intérpretes da modernidade em língua alemã. Quando ele aborda o *rechtlicher Zustand*, confronta-se com um problema social novo: a relação do Direito com um novo conceito de Estado, fornecido pela prática revolucionária francesa. Kant se embate com o seguinte paradoxo introduzido no continente com a Revolução Francesa: se, por um lado, a supressão do *Ancien Régime* propiciou a invenção de direitos inerentes aos indivíduos, por outro lado, ao se extinguir o pluralismo de *états* em nome de um só *État*, que se identifica com a Nação, tem-se, de fato, um notável reforço do poder do Estado (STARCK, 1990, p. 255).

⁵ No mesmo sentido, propondo a influência da noção kantiana de reino dos fins no conceito de *Rechtsstaat*, cf. Rosenfeld (2001, p. 1324).

⁶ Para a evolução semântica de Estado, continua imprescindível Brancourt (1976, p. 39-54).

Assim, a nova ordem social inaugurada com a Revolução Americana e Francesa, e representada pelo constitucionalismo moderno, desafiou abertamente o sistema de estamentos (*Stände*) da Alemanha. Um sistema que, aliás, impedia a unidade política daquilo que só futuramente conheceremos como Alemanha. Por isso afirmou Hegel (1972, p. 8), a esse tempo, que “a Alemanha já não é um Estado”, pois “sua situação política deveria ser considerada como uma anarquia jurídica, e seu direito estatal como um sistema de direito contra o Estado” (Idem, p. 18-19). O que Hegel (1972, p. 63) descreve é a situação de fragmentação política do Sacro Império Romano-Germânico, que, mesmo sendo nominalmente unificado em uma “cabeça”, o Imperador, não tinha uma unidade efetiva para ser mais que uma “coleção de solenes documentos jurídicos fundamentais”.

As observações de Hegel tinham uma razão de ser. Durante o Sacro Império, mas também ao longo da curta existência da Confederação do Reno (1806-1815), a situação da Alemanha era de notória fragmentação política. Esse estado de coisas começa a mudar com a instauração do Congresso de Viena, que durou de 1815-1820⁷. Um de seus efeitos concretos foi o de reorganizar o mapa europeu, após a queda do Império Napoleônico. Nessa oportunidade, os cerca de 300 estados alemães foram reduzidos para 39, ocasião em que se fundou a Confederação Alemã (*Deutscher Bund*) (CLARK, 2001, p. 41).

Mas o Congresso de Viena estava muito longe de consistir em apenas uma aliança multinacional com o intuito de promover a unificação dos povos. Antes disso, foi um esforço das casas dinásticas europeias no sentido de fornecer um contraponto à Revolução Francesa, um espectro que estava a propor um outro princípio de legitimidade

⁷ Que, na verdade, foi apenas um entre vários tratados de direito internacional que aconteceram após a queda de Napoleão, em 1814. (Cf. RUDÉ, 1991, p. 27-36).

do poder que não o sangue real: o princípio da soberania popular (BLACKBOURN, 2003, p. 54-67).

3. Congresso de Viena como neutralização do constitucionalismo moderno

Em seu aspecto político e constitucional, o adversário frente ao qual o Congresso de Viena se levantava fora o constitucionalismo moderno, uma autêntica ameaça ao princípio da legitimidade dinástica. Os destronamentos em série causados pelas vitórias de Napoleão, de um lado, e pelo jacobinismo, de outro, levaram a uma inusitada aliança entre a aristocracia, o trono e o altar (RUDÉ, 1991, p. 54-55); entes políticos que, nos tempos anteriores às revoluções liberais, travavam incessante disputa pelo poder, mas que logo se uniram ante a aspiração do terceiro estado de também ser incluído no aparato decisório do sistema da política: na Alemanha não aconteceu diferente (STOLLEIS, 2001, p. 66).

Os membros da Santa Aliança sabiam que uma mera afirmação do antigo regime não era mais possível; que não se poderia negar *tout court* o constitucionalismo. Até por isso, começa a tomar corpo, já a partir de 1799, a noção de que seria necessário proceder a uma reforma “a partir de cima”, antes que se sucedesse, tal como ocorreu na França, uma revolução “a partir de baixo”⁸. Esse movimento político é normalmente descrito como Restauração, porque teria promovido a volta da monarquia que Napoleão tivera combatido e derrotado. Mas se algo foi “restaurado”, o foi somente em parte.

Logo em seu início, o Congresso de Viena tomou as atitudes necessárias no sentido de conservar o poder das monarquias da Europa Central, o que vem ilustrado no *Bundesakte* de 8 de junho de 1815, que, em seu art. 13, declarava: “Todos os estados

⁸ A paternidade dessa diferença parece ser do ministro prussiano Von Struensee. (Cf. BLACKBOURN, 2003, p. 54).

da Confederação (*Bund*) possuirão uma constituição estamental (*landständische Verfassung*)⁹. Esse início já torna o modelo alemão de Constituição bem diferente de suas contrapartes francesa e norte-americana. É um conceito de Constituição que aparece, à primeira vista, como um *compromisso*. Para manter a legitimidade monárquica intacta, o Congresso de Viena se apressou em traduzir os elementos da velha ordem social europeia em uma roupagem mais moderna, no caso, mediante um arremedo do exemplo constitucional franco-americano (STOLLEIS, 2001, p. 59).

Tal estratégia consistiu, sem dúvida alguma, em uma tentativa engenhosa de neutralização, porquanto percebeu com acerto que o movimento constitucional franco-americano não admitia os privilégios de uma ordem monárquica (Idem, p. 60). Assim, o Congresso de Viena aceitava a existência do terceiro estado, e ajudou a confeccionar um modelo que, *à primeira vista*, aceitava dividir a soberania com a representação popular, cuja participação se dava nas Dietas dos *Länder*. Essa primeira impressão é até mesmo reforçada quando se lê o art. 57 do Ato Final do Congresso de Viena (*Wiener Schlußakte*), de 15 de maio de 1820: “a totalidade do poder do Estado se reúne no chefe do Estado, e o soberano, por meio de uma constituição estamental, poderá condicionar o exercício de certos direitos à participação dos estamentos” (Ibidem, p. 62).

A essa característica da “monarquia constitucional”, a semelhante concentração da totalidade do poder no soberano real, deu-se o nome de *princípio monárquico* (*das monarchisches Prinzip*). Como percebeu Jacky Hummel (2002, p. 74), ele tem em seu cerne a distinção entre *substantia* e *usus*, que se encontrava presente no preâmbulo da Charte francesa de 1814 (que marcou o retorno dos Bourbons à França) e que, por um lado, conservava as prerrogativas da

coroa, mas, de outro, modificava a forma de exercício do poder em decorrência da aceitação da “diferença dos tempos”¹⁰. Assim, se por um lado o monarca aceita *exercer* alguns poderes de forma compartilhada (com a representação popular), de outro lado a *substância* do poder é ainda reservada àquele que é titular de todo o poder estatal (HUMMEL, 2002, p. 74). Mas as semelhanças entre a monarquia constitucional alemã e sua equivalente francesa terminam aqui. Se na França o soberano é descrito como um monarca que *règne, mais il ne gouverne pas*¹¹, na Alemanha ele reina, governa, legisla e ainda é imune ao poder judiciário, uma vez que, segundo o art. 52 do Ato Final do Congresso de Viena, o princípio monárquico é incompatível com a separação dos poderes (CARVALHO NETTO, 1992, p. 157).

O princípio monárquico, então, diz que o monarca é o detentor exclusivo do poder do Estado, que é reunido em sua real pessoa. Como todo o poder do Estado é reconduzível à pessoa do monarca, a Constituição somente pode ser entendida, a partir de tal localização semântica, como uma outorga graciosa por parte do monarca, que unilateralmente decide condicionar a validade de algumas funções estatais à presença da representação popular em uma Dieta (BÖCKENFÖRDE, 1991, p. 93; CALDWELL, 1997, p. 41). É inevitável perguntar: após a outorga monárquica da Constituição, é possível ao monarca se desvincular do que foi estabelecido?

Durante o período histórico compreendido entre 1815 e 1848, a imensa luta travada pelos juristas alemães pode ser resumida como uma tentativa de responder a essa pergunta (STOLLEIS, 2001, p. 62). Os

¹⁰ Ver O preâmbulo da Charte constitutionnelle de 4 de junho de 1814, em Duverger (1996, p. 129-130).

¹¹ Segundo Benjamin Constant (2005, p. 84): “O monarca está num recinto à parte, e sagrado: nenhum olhar deve jamais atingi-lo. Ele não tem intenções, não tem fraquezas, não tem convivência com seus ministros, porque não é um homem, é um poder neutro e abstrato, acima das zonas das tempestades.”

⁹ Ver Document 14: German Confederal Act, 8 June 1815, em Breuilly (2002, p. 122).

liberais da época¹² a respondiam da seguinte forma: a Constituição é outorgada pelo monarca, mas, após sua concessão, vira um *compromisso* entre rei e representação popular, constituindo, assim, um regime dualístico pactuado (BÖCKENFÖRDE, 1991, p. 94). Por tal razão, as Dietas consistiriam, na verdade, em Parlamentos, de cuja confiança dependeria o governo (STOLLEIS, 2001, p. 67-68). Assim, o Poder Legislativo seria o guardião dos direitos do povo e, portanto, afirma Karl von Rotteck, “a essência da Constituição consiste na representação nacional” (GOZZI, 2006, p. 319-321), de modo que seria essa participação parlamentar na feitura das leis que diferenciaria um Estado de direito (*Rechts-Staat*) de um Estado de força (*Gewalts-Staat*) (HUMMEL, 2001, p. 128). Obviamente, os liberais tinham uma pauta política a defender, de modo que essa descrição não pode ser vista como um exercício teórico desinteressado. Seja como for, esse conceito de constituição não prevaleceu.

A prática constitucional alemã mostra claramente o quão impossível é falar de uma parlamentarização das monarquias constitucionais durante tal época (STOLLEIS, 2001, p. 68). A administração pública, exército, direito de celebrar tratados internacionais e o próprio governo (*Regierung*) dependiam da vontade *substancial* do monarca, que *exercia* o poder quando representado por seus ministros. Contudo, o instituto da responsabilidade ministerial, a esse tempo, não tinha nenhuma aplicabilidade política prática. O resultado é que a Constituição outorgada jamais poderia

¹² O conceito liberal é aqui compreendido como uma posição política que se coloca a favor das aquisições trazidas pelo constitucionalismo moderno. Quando Olivier Jouanjan (2001a, p. 273-287) analisa o embate acerca da dificuldade para a instauração de um controle de constitucionalidade na Alemanha do século XIX, o jurista francês procede à mesma contraposição que é adotada aqui: de um lado liberais como partidários do constitucionalismo moderno e, de outro, monarquistas como aqueles que buscavam neutralizar as consequências do constitucionalismo moderno.

se transformar verdadeiramente em um pacto, pois, se o monarca – enquanto totalidade do poder do Estado, personificação da soberania – tem o poder de se vincular, possui também o de se desvincular. O monarca não é um “funcionário do povo”, mas um soberano: o governo não se pauta pelo princípio da soberania popular, mas pelo *princípio monárquico*.

Alegar o contrário seria pretender que o poder estatal, que é uno por natureza, fosse dividido com um outro poder, no caso a representação popular. Mas o art. 52 do Ato Final do Congresso de Viena lembra que a separação de poderes é incompatível com o *princípio monárquico*. Assim, a Constituição é algo à disposição do monarca (BARTHÉLEMY, 1905, p. 729-730). Neste ponto, vale a síntese de Olivier Jouanjan (2005, p. 205-206): “afirmar o caráter patrimonial da soberania era afirmar a natureza originária, anterior e superior do poder monárquico em relação à Constituição; era afirmar um direito sobre a própria Constituição e legitimar as ab-rogações unilaterais [por parte do monarca]”.

O *princípio monárquico* pode ser entendido, então, como uma semântica que descreve o direito como um instrumento de efetivação daquilo que é oportuno para a política. O problema é que o outro lado dessa relação não se desenvolve: a política não aceita conceber o direito da Constituição como direito válido. Ou seja, só um lado do *Rechtsstaat* é desenvolvido, o outro não (LUHMANN, 1990, p. 187-201; FIORAVANTI, 2001, p. 577). Daí surge a perplexidade, sob a veste de pergunta: por tudo isso seria adequado concluir que o Congresso de Viena teve o efeito de conservar a pré-modernidade na Alemanha, já que o direito não limita a política, a vontade do monarca?

A resposta é negativa. É verdade que a posição dominante foi aquela que descrevera a Constituição dos *Länder* a partir do *princípio monárquico*, porém o período entre 1806-1848 foi igualmente marcado por

grande turbulência política, em que facções parlamentares, festivais políticos, panfletos e passeatas coexistiram com a manutenção dos privilégios nobiliárquicos; de forma que isso expressa um claro “lembrete de que a modernidade nasceu na Alemanha bem antes que o antigo regime morresse” (CLARK, 2001, p. 64). No plano jurídico, essa “turbulência política”, que desafiava abertamente o sistema de estamentos, que propugnava igualdade política e todas as demais consequências da soberania popular, consiste no *Rechtsstaat*, que já foi mencionado *supra*, mas não examinado: esta é a hora.

4. *Rechtsstaat* como conceito de combate: o pré-março (*Vormärz*)¹³

No período entre 1815-1848, o *Rechtsstaat* assumiu uma clara função de “conceito de combate”, que notoriamente se contrapunha à utilização abusiva do princípio monárquico. Constitucionalistas do sul da Alemanha, principalmente, como Karl von Rotteck e Theodor Welcker, confrontaram-se com o constitucionalismo monárquico de forma intensa, com a edição de um *Staats-Lexikon* (a partir de 1834) nutrido por uma notória inspiração kantiana e que consistia em uma espécie de “bíblia do liberalismo alemão à época do *Vormärz*” (JOUANJAN, 2001, p. 15). De forma que já em 1813 é possível verificar a ocorrência da utilização de *Rechtsstaat* por Welcker (BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 19).

Mas coube a Robert von Mohl ser o grande divulgador do *Rechtsstaat*; um autor que “batizou oficialmente” tal expressão ao utilizá-la no título de sua *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates* (1832) (COSTA, 2006, p. 123)¹⁴. Propôs que a essência de um Esta-

¹³ Por pré-março (*Vormärz*) entende-se o período histórico compreendido entre 1815 e 1848, ano em que a revolução liberal eclode.

¹⁴ Muito embora Mohl já se tenha valido de tal expressão um pouco antes, em 1829, em seu *Staatsrecht*

do de Direito era “proteger e propiciar o desenvolvimento de todas as capacidades naturais dos indivíduos e da coletividade” (JOUANJAN, 2001, p. 25). Assim, von Mohl não colocara o Estado como norte de sua noção de *Rechtsstaat*, mas sim a liberdade individual, que era entendida como a finalidade, o limite e o critério da ação estatal (COSTA, 2006, p. 124-125). Em suma: von Mohl entendia que a política deveria operar levando em consideração as limitações oriundas do direito¹⁵.

A semântica da qual Mohl era artefato comunicativo, o *Rechtsstaat* de corte liberal, travou embate literalmente sangrento com os defensores do princípio monárquico na oportunidade em que estourou a Revolução de 1848-1849¹⁶. Do lado *Rechtsstaat*, surgiam as assim-chamadas “exigências de março”. Segundo Dieter Grimm (2006, p. 77), “sem que tenham sido coordenadas de forma central, elas giraram em torno dos mesmos temas: liberdade de imprensa, liberdade de associação e de reunião, proteção contra prisão arbitrária, supressão dos encargos feudais, igualdade de direitos”. Eram expectativas que reivindicavam que o sistema

des Königsreichs Württemberg.

¹⁵ O que é um dos papéis exercidos por uma Constituição em sentido moderno, consoante as pesquisas de Luhmann (1996, p. 83-128).

¹⁶ Para uma introdução curta porém segura da Revolução de 1848, cf. Siemann (2001, p. 117-137). Os eventos não se restringiram à Alemanha, uma vez que se estenderam por todo o continente europeu. Para as consequências dos eventos de 1848 na Áustria, mencionando inclusive o célebre projeto de Kremsier, cf. Mazohl-Wallnig (1981, p. 305-322). Para França, cf. Lambert (1999, p. 205-229) e Clément (2003, p. 473-482). O Brasil também não ficou imune ao impacto das revoluções liberais europeias, como mostra o exemplo da Revolução Praieira, em Pernambuco, entre 1848-1849. O interessantíssimo manifesto Ao Mundo (do qual não tomei conhecimento antes da preciosa ajuda de Horst Dippel) é uma peça de alto valor histórico nesse sentido, o que é constatado quando se vê as reivindicações dos praieiros, entre elas: judiciário independente das intervenções da camarilha imperial, federalismo, fim do alistamento militar compulsório, extinção do poder moderador, voto universal, liberdade de expressão e de imprensa, separação dos poderes, direito ao trabalho. (Cf. MORAIS, 1960, p. 228-229).

da política operasse sem realizar distinções de grau entre os cidadãos, que buscavam transformar a política da sociedade em um sistema que aceitasse a limitação jurídica. Essas expectativas socialmente difusas, que procuram garantir a diferenciação de uma série de contextos sociais – v.g. liberdade de imprensa, de contratar, de contrair matrimônio – e mais, que esses contextos não se submetam necessariamente às imposições da vontade do Estado, chamam-se *direitos fundamentais* (LUHMANN, 2002, p. 37-62, 271-273).

A pauta revolucionária, palpável nos direitos fundamentais que se portavam como desdobramentos do *Rechtsstaat*, mostra que os revolucionários perceberam a constituição paradoxal do *princípio monárquico*, que na verdade apenas era uma nova roupagem para a retórica da *Raison d'État*: o monarca que é sábio para se vincular sabe o momento certo de se desvincular, para assim conservar a boa ordem do reino (PASSERIN D'ENTRÈVES, 1967, p. 69-78)¹⁷. O problema é que a *sagesse* do monarca sempre vinha acompanhada de violações a direitos fundamentais, como mostra o conflito constitucional de Hannover (1837), ou mesmo o célebre caso dos “Sete de Göttingen” (JOUANJAN, 2001a, p. 256-261).

Para afastar os inconvenientes do princípio monárquico, os revolucionários contrapuseram o princípio da soberania popular. Reunidos em assembleia constituinte, na Igreja de São Paulo (*Paulskirche*), em Frankfurt, representantes dos estados alemães confeccionaram uma Constituição

¹⁷ Essa crença era inteiramente compartilhada por Svarez, o artífice do Código geral prussiano (*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*). A duplicidade do Código que por um lado fornecia à sociedade normas gerais e abstratas esteiradas em um futuro em aberto, mas que por outro lado mantinha o sistema de estamentos na sociedade alemã era retrato fiel da confiança de Svarez na monarquia iluminada, dada a iluminada capacidade de autolimitação do monarca: isso fazia com que ele aceitasse a liberdade do cidadão enquanto cidadão do mundo, mas não enquanto súdito do Estado, condição na qual só lhe restaria a obediência. (Cf. KOSELLECK, 1988, p. 23-31).

em março de 1849¹⁸, mediante a qual se buscava a unificação da Alemanha. Nela também constava a separação de poderes – mediante uma parlamentarização da monarquia constitucional –, previsão de um catálogo (extenso) de direitos fundamentais (§§ 130-189) e até mesmo da instalação de um tribunal constitucional que julgaria “violações à Constituição” e também controvérsias entre os entes federados ou entre o Parlamento e o Executivo (§§ 125-129) (LANCHESTER, 2002, p. 131-157). É nesse particular que a evolução do direito não aceita condições que não a da improbabilidade. A partir do exame das notas estenográficas do Parlamento de Frankfurt, Klaus von Beyme (1988, p. 26) indicou com precisão que não houve oportunidade em que os Estados Unidos tenham sido mais citados do que quando se debateu o tema “controle de constitucionalidade”.

Mas a ideia de submeter o Estado alemão a uma *judicial review* causou temores. Quando do debate plenário, Moriz Mohl, de Stuttgart, arguiu que a implementação de um tribunal para a resolução de controvérsias política do Império não seria produtiva, afinal, acredita ele,

“(…) não há 34 príncipes na América do Norte. Lá, a autoridade central tem o povo como um todo como sua única contraparte e o povo não tem o mesmo interesse que os governos monárquicos germânicos poderiam imaginar que eles teriam, nomeadamente, o de trabalhar contra a autoridade central, uma vez que o povo sabe muito bem que seus interesses são representados pela autoridade central e por seus representantes no parlamento presidencial: o povo, então, não se levantará contra seus próprios representantes sem uma devida causa.” (VON BEYME, 1988, p. 26)

¹⁸ O lugar tinha significado histórico: era em tal Igreja que os imperadores do Sacro Império Romano-Germânico eram eleitos pelos seus pares.

Havia o receio de acontecer com a nova Alemanha a mesma coisa que se sucedeu ao Sacro Império, quando os príncipes usaram e abusaram da jurisdição do *Reichskammergericht*¹⁹ para assim realizar, em termos práticos, uma obstrução ao poder central, já que um processo costumava durar várias décadas. No fim, após vários debates, foi aceita a inclusão, no texto final da Constituição de *Paulskirche*, da introdução do que seria o “primeiro caso de jurisdição constitucional especializada da Europa”, e que, ao contrário do modelo francês, não se resumia a uma mera corte de apelos (VON BEYME, 1988, p. 27). A competência do *Reichsgericht* de poder julgar recursos de cidadãos contra o Estado (§ 126, “f”) o colocava em uma posição central para a efetivação do longo catálogo de direitos fundamentais da Constituição de 1849.

Seria, então, a vitória do princípio da soberania popular contra o princípio monárquico: a vitória do *Rechtsstaat* sobre o “Estado de força”. Entrementes, nada disso saiu do papel.

5. Formalização do direito público e o esvaziamento do *Rechtsstaat*

Apesar de as intenções serem as mais belas, a historiografia especializada é da opinião que os partidários do *Rechtsstaat* não tiveram muito senso prático. Medianamente uma série de manobras de *Realpolitik*, o Rei da Prússia, Frederico Guilherme IV, esmagou o movimento liberal e substituiu a Constituição de Frankfurt, que, segundo ele, não respeitava o princípio monárquico²⁰, por uma outra, *outorgada* pelo monarca em 31 de janeiro de 1850. Assim, ele continuava rei não pela vontade de

¹⁹ O *Reichskammergericht*, criado em 1495, não era um tribunal em sentido moderno, não resolvia questões judiciais, porquanto consistia em um órgão destinado a compor controvérsias políticas entre os príncipes territoriais e o Imperador do Sacro Império Romano-Germânico. (Cf. LE DIVELLE, 2003, p. 106).

²⁰ Cf. Uma reprodução da rejeição prussiana à Constituição de 1849 em Breuilly (2002, p. 148-149).

uma assembleia popular, mas “von Gottes Gnaden”, pela graça divina (HUMMEL, 2002, p. 225).

A atual Alemanha seguia em sua pluralidade de entes políticos, sem um ente central, e a Constituição da Prússia de 1850 serviu de modelo para a organização institucional dos outros reinos alemães²¹. A experiência de 1848 passou a ser lembrada como um desastre provocado pelos “professores” de Frankfurt, políticos que tinham muita habilidade filosófica, mas nenhum senso de oportunismo político (HAMEROW, 1972, p. 173; STOLLEIS, 2001, p. 248-249)²². Com ironia, Siemann (2001, p. 134) afirma que o *Rechtsstaat* foi destruído pela pólvora prussiana. Após o fracasso da revolução liberal, o direito constitucional da época passou a revestir uma postura de ceticismo em relação às possibilidades do discurso liberal. Com o que chamamos hoje de “direitos fundamentais” não foi diferente.

O *Rechtsstaat* sofre, então, uma nova acomodação conceitual. A partir de 1850, as posturas liberais ou conservadoras serão niveladas em seus resultados, porquanto ambas serão caracterizadas pelos seguintes posicionamentos (COSTA, 2006, p. 121):

(i) a ordem política não é aquela que é desejada ou construída, pois ela está ligada à tradição, à história, que lhe confere *fundamentos*;

(ii) o “sujeito do desenvolvimento é uma entidade coletiva, o povo”, cuja “específica identidade ético-espiritual se realiza, se torna visível, no Estado”, o que significa dizer, *ultima ratio*, que o Estado é condição de existência do povo;

²¹ É verdade que os reinos mais ao sul da Alemanha eram um tanto mais liberais (Württemberg, Baden), o que era vislumbrado no peso maior que tinha a representação popular em seus arcabouços constitucionais. Contudo, ainda em tais reinos, o primado da monarquia continuou.

²² Em sentido contrário, afirmando que o trabalho dos parlamentares de Frankfurt era em grandes linhas o mesmo de outros parlamentos, com as mesmas vicissitudes e impasses, cf. Siemann (2001, p. 128).

(iii) “a identidade político-jurídica do sujeito se determina no pertencimento ao povo-Estado, e os direitos, por conseguinte, não podem ser referidos a uma abstrata, jusnaturalística personalidade, mas nascem do nexó vital que une o indivíduo ao povo-Estado”. Assim, nenhum direito é antecedente ao Estado: os direitos, e também o que se chama hoje de direitos fundamentais, são uma concessão do Estado. *O Estado é o fundamento do direito.*

É de se notar: o *Rechtsstaat* passa a ser utilizado de forma totalmente diversa à situação concreta que ensejou a formulação original desse conceito. Como visto, no início do Oitocentos, as esperanças liberais de uma política juridicamente limitada eram demonstradas por uma utilização de *Rechtsstaat* em franca oposição ao *princípio monárquico*. Até a restauração prussiana de 1850, tal referência era manejada como um conceito de combate, mas agora as posições se invertem: o alvo passa a ser o liberalismo, o arqueiro o *princípio monárquico*. *Rechtsstaat* então passou a denotar uma relação de precedência de um *ethos* histórico em relação aos direitos dos cidadãos. É uma clara contraposição polêmica ao jusnaturalismo contratual e individualista de corte francês, que naquele tempo era normalmente considerado como um atomismo que levava inevitavelmente à república e ao jacobinismo²³.

²³ Contra as noções de vontade individual e de vontade geral, afirmou Hegel (1997, p. 148), em notória crítica ao jacobinismo: “ao chegarem ao poder, tais abstrações produziram, por um lado, o mais prodigioso espetáculo jamais visto desde que há uma raça humana: reconstruir *a priori* e pelo pensamento a constituição de um grande Estado real, anulando tudo o que existe e é dado e querendo apresentar como fundamento um sistema racional imaginado; por outro lado, como tais abstrações são desprovidas de idéia, a tentativa de as impor promoveu os mais horríveis e cruéis acontecimentos. Como se sabe, a solução, para Hegel (1997, p. 219) é observar que o espírito do tempo chegou a um terceiro momento da eticidade (*Sittlichkeit*) e que, portanto, o direito que os indivíduos têm de estar subjetivamente destinados à liberdade satisfaz-se quando eles pertencem a uma realidade moral objetiva. Com efeito, é numa tal objetividade

Agora, com esse novo sentido a partir do qual *Rechtsstaat* era utilizado, o Estado é alçado à condição de centro e vértice da sociedade, de modo que, em seguida a 1850, a liberdade do indivíduo consiste “não em uma liberdade *no* Estado, mas *que vem* do Estado” (JACOBSON; SCHLINK, 2002, p. 7). Direitos são concessões graciosas de um monarca que os outorga; monarca que é o ápice e o fundamento de um edifício constitucional, de cuja vontade depende até mesmo a existência da própria Constituição. O representante mais destacado dessa “posição vencedora” foi Friedrich Julius Stahl²⁴. Em página clássica de sua autoria, correspondente ao § 36 da terceira edição, de 1856, Stahl (1895) afirma:

“O Estado tem que ser um Estado de Direito; essa é a solução e é também, na realidade, a tendência da época atual. Este Estado de direito deve determinar com precisão, na forma do direito (*in der Weise des Rechts*), tanto a direção e limites de sua própria ação como o âmbito de liberdade de seus cidadãos, e deve assegurá-los de modo inquebrantável. Ele não tem que realizar a perseguição das idéias éticas pelos meios da autoridade estatal (*von Staatswegen*), ou seja, diretamente, além da esfera do direito, isto é, além dos limites estritamente necessários (*bis zur notwendigen Umzäunung*). Esse é o conceito de Estado de direito: não significa simplesmente, por exemplo, nem que o Estado possa dispor do ordenamento jurídico sem objetivos administrati-

que reside a verdade da certeza da sua liberdade e na realidade moral possuem eles realmente a sua essência própria, a sua íntima universalidade”.

²⁴ As bases do projeto teórico de Stahl se encontram em Stahl (1895). Trata-se de uma tradução de *Die Philosophie des Rechts*, cuja primeira edição apareceu entre 1830 e 1837. É uma impressionante declaração de guerra ao jusracionalismo francês e suas tendências contratualistas e individualistas, nomeadamente às páginas 127-209 e 310-380. Para uma exposição da teoria do direito de Stahl, é muito útil e preciso ver Jouanjan (2005, p. 63-78).

vos, nem que tenha que proteger por inteiro os direitos dos indivíduos. O Estado de Direito não se caracteriza, absolutamente, pela finalidade ou pelo conteúdo do Estado, mas somente ao modo e à maneira (*Art und Charakter*) de realizá-los²⁵.”

É notória a adequação da definição de *Rechtsstaat* de Stahl a seu tempo, pois o *Kronjurist* da Prússia “priva essa noção do caráter prospectivo que a caracterizou no pensamento liberal. Ele recusa um programa constitucional que queira fundar a ordem política a partir da autonomia dos indivíduos” (SCHÖNBERGER, 2001, p. 182). Stahl funda, com tal conceito de *Rechtsstaat*, a chamada teoria da autolimitação do Estado; se por um lado o Estado não pode violar os direitos dos súditos agindo sem objetivos administrativos, por outro lado, se o Estado tiver qualquer objetivo, ele é por definição válido, já que os indivíduos não podem pretender limitar um Estado que só pode ser limitado por ele mesmo (GOZZI, 2006, p. 315). Como é fácil verificar, em Stahl os direitos fundamentais estão muito longe de ser entendidos como “trunfos” que possam ser utilizados contra a ação estatal.

Stahl nada mais fez que sistematizar a posição dos vencedores de 1850. Assim, ele realizou, por meio de seu conceito de *Rechtsstaat*, uma simbiose entre direito e Estado; de tal maneira que o direito se torna atado ao Estado, uma vez que é o único canal por meio do qual o Estado pode exercer o seu poder (ROSENFELD, 2001, p. 1319). O outro lado da relação, a possibilidade de o direito limitar a política é obscurecida pela autolimitação do Estado, que é personificada no monarca. Tudo que a política quiser (nesse caso, o monarca por meio de seus ministros) é automaticamente possível, desde que venha “na forma do direito” (*in der Weise des Rechts*). Dessa maneira, percebe-se que os contornos da

monarquia constitucional alemã pós-1850 conseguiu se manter firme na linha das recomendações do Congresso de Viena de 1820. O *monarchisches Prinzip* permaneceu intacto, e a possibilidade de a Constituição mediar o acoplamento entre direito e política também continuou infactível²⁶.

Com esse cenário, as décadas pertencentes à segunda metade do Oitocentos viram o debate político imergir-se nos postulados (perigosos) da *Realpolitik*²⁷; assistiram também à sociedade, nomeadamente a classe média, ser abatida por um desapontamento generalizado no que toca às possibilidades de construção de uma sociedade igualitária (STOLLEIS, 2001, p. 254). Com o direito acontece algo semelhante, uma vez que a publicística alemã passou por um processo de notória “formalização”, que é tanto expressão quanto decorrência metodológica do novo enfoque jurídico que então passa a gozar de proeminência: o positivismo jurídico, com fortes tons de “estatolatria”²⁸. Uma boa síntese dessa postura é fornecida por um autor como Carl Friedrich von Gerber (1971a, p. 95):

“Caso se considere o Estado, porém, do ponto de vista jurídico, percebe-se sobretudo o fato que nele o povo eleva-se, em seu conjunto, à consciência e à capacidade de desejar demandas a partir do direito; em outras

²⁶ Perceba-se que Stahl não é propriamente um pré-moderno. Ele percebe a implausibilidade de um direito natural, porquanto descreve as relações entre direito e política absolutamente do ponto de vista do direito positivo. Concomitantemente, Stahl é ciente do esgotamento da semântica medieval da Razão de Estado para fundamentar as intervenções do sistema da política no sistema do direito. A saída por ele adotada, então, é reconhecer a separação entre direito e política (Estado), mas tão-somente para, no mesmo momento, igualá-los, o que significa negar a possibilidade de o direito normatizar contrafaticamente o Estado.

²⁷ Em 1853 aparecem os *Grundsätze der Realpolitik*, publicados anonimamente por Ludwig von Rochau. Uma expressão que, como se sabe, fez fortuna na Alemanha e no mundo. (Cf. STOLLEIS, 2001, p. 255).

²⁸ Ainda que com uma orientação um tanto diversa daquela adotada nesta investigação, vale a pena conferir a genealogia do método jurídico positivista em Fioravanti (2001a, p. 57-59), principalmente.

²⁵ Tradução indireta, a partir de Schönberger (2001, p. 179) e Böckenförde (2000, p. 25).

palavras, é nele que o povo adquire personalidade jurídica. O Estado, guardião e revelador de todas as forças do povo que são desdobradas no cumprimento ético da vida coletiva, é a suprema *personalidade do direito* que o ordenamento jurídico conhece; a sua capacidade de querer possui a máxima atribuição que o direito pode conferir²⁹.”

Ora, se o Estado é a maior expressão do direito, não há nada que ele queira que não se torne direito: “a força da vontade do Estado, o poder do Estado, é o direito do Estado” (Idem, p. 96-97). E, para von Gerber, esse traço básico do direito público somente foi olvidado por tanto tempo em solo alemão por causa da má influência de ideias próprias à França e à Inglaterra, cuja aceitação pelos “agitadores políticos”, que confundiam direito com política, obscureceu as possibilidades de uma ciência jurídica (VON GERBER, 1971, p. 15). Como naquele momento (1865) tudo estaria mais nítido, uma vez que só se fazia ciência e não política, já se poderia ver, inclusive, que a noção de direito subjetivo é impossível “cientificamente”: que um direito em sentido subjetivo precisa se “apoiar em proposições jurídicas, isto é, normas de direito objetivo” (VON GERBER, 1971a, p. 121). Como o direito é o Estado, e o Estado é o monarca, os direitos subjetivos não passam de concessões do soberano, o rei, aos seus súditos, que “são subordinados ao seu querer constitucional e por isso obrigados a manter obediência e fidelidade a ele” (VON GERBER, 1971, p. 65).

Com esse movimento, von Gerber e Stahl “formalizam” o direito público e retiram do conceito de *Rechtsstaat* todo o seu caráter problematizador, prospectivo para assim dizer. Para Ernst-Wolfgang Böckenförde (2000, p. 25), isso seria um conceito “apolítico” de Estado. Só que a

essa altura já se pode ver que a redução do direito a um instrumento do Estado, por um Stahl ou por um von Gerber, está muito longe de não ser uma atitude “política”: é um inequívoco compromisso com a monarquia constitucional de corte prussiano (MÜLLER, 2005, p. 24). Expressa a vitória do *princípio monárquico* frente ao *Rechtsstaat*. Denota, não por último, a impossibilidade de se conceber que um súdito tenha direitos contra o Estado; o que tem muitas consequências para a categoria “direitos fundamentais”.

6. Conclusão: passado e presente dos direitos fundamentais

Direitos dos cidadãos e separação de poderes. Esse, o conteúdo de um Estado de Direito tal qual prescrito pela Revolução Francesa. Um Estado que não os tem, não possui uma Constituição. Esse conceito normativo de Constituição ingressou na Alemanha sob a alcunha de *Rechtsstaat*. Entretanto, a neutralização do constitucionalismo moderno, levada a cabo pelos partidários da Restauração monárquica (seja a de 1820 ou a de 1850), foi de tal forma eficiente que até mesmo a principal arma dos liberais, o conceito de *Rechtsstaat*, foi totalmente esvaziada, formalizada.

Na Alemanha pós-1850, dizer que um Estado deve ser um Estado de Direito significa tão-somente que o Estado age na forma do direito (*in der Weise des Rechts*), com base em leis. Esse nivelamento entre Direito e Estado resulta na impossibilidade de o Direito ser colocado contra o Estado. Em um contexto teórico e institucional como esse, resulta claro que os indivíduos não possuem direitos inatos, passíveis até mesmo de frear a ação do Estado.

Mas não se falou do passado, aqui, simplesmente por mero deleite. O exposto acima não se trata de uma oferenda a um dos ídolos da tribo dos historiadores (e também dos historiadores do direito), qual seja, “a obsessão das origens” (BLOCH,

²⁹ Para uma exposição mais completa do formalismo de von Gerber, cf. Fioravanti (1979, p. 193-211, 243-252).

2001, p. 56). Quando se leva em conta a postura adotada pela publicística alemã no sentido de esvaziar o constitucionalismo moderno – palpável na análise conceitual de *Rechtsstaat* empreendida aqui – é que alguns contornos da expressão “direitos fundamentais” deixam-se evidenciar. Assim, falar sobre o passado inevitavelmente consiste em um exercício de compreensão do presente; do nosso presente.

Muito embora a Constituição de *Paulskirche* (1849) contivesse um catálogo de direitos, foi somente com a Constituição de *Weimar* (1919) que o tópico “direitos fundamentais” entrou na cena constitucional alemã³⁰: após, uma difusão em âmbito verdadeiramente global sucedeu-se. Consoante a autorizada análise de Michael Stolleis, em um primeiro momento (1919-1924), os juristas alemães, com “um misto de criticismo e descaso”, concebiam direitos fundamentais como “declarações políticas” desprovidas de conteúdo jurídico. Entretanto, quando as consequências da parlamentarização da Alemanha começaram a se fazer sentir, principalmente após 1924, “os direitos fundamentais providenciaram um meio de contenção de legisladores socialistas ou extremamente reformistas”. Assim, os direitos fundamentais se transformaram em um sistema de “valores legislados” (STOLLEIS, 2003, p. 273). Com isso fica mais fácil de perceber por que os “direitos fundamentais” tiveram como grandes divulgadores, em tal período, a República de Weimar, juristas reacionários como um Rudolf Smend (1985) ou mesmo um Carl Schmitt³¹.

O que essa atitude conservadora da doutrina dominante da República de

Weimar tem a ver com o objeto das considerações deste artigo? Há um fio que une os grandes expoentes do pensamento monárquico do século XIX e os publicistas de Weimar: ambos rejeitam claramente que cidadãos tenham direitos inatos. Os direitos derivam de um meio comum, de um *ethos*, do qual o Estado é o grande porta-voz. Aceitar que os cidadãos sejam portadores de direitos levaria a uma dissolução da unidade do Estado. Levaria ao atomismo burguês (SCHMITT, 2001, p. 170-171, 201-204). Por expressar os *valores* (*Werte*) de um Estado-nação, os direitos fundamentais constituiriam o remédio adequado para se evitar a desintegração atomística da sociedade (SMEND, 1985, p. 119-144, 171-175). O legislador democrático é um perigo: a “ordem de valores” controla-o.

Consoante a abalizada análise de Peter C. Caldwell (1997, p. 142), afigura-se possível afirmar que Rudolf Smend, com sua teoria da integração, que concebe direitos fundamentais como reflexo de uma “ordem concreta de valores”, foi a principal referência da doutrina dominante no cenário alemão pós-guerra. E esse posicionamento, que concebe direitos fundamentais como decorrência de um meio histórico comum, um *ethos*, uma ordem concreta, fez fortuna pela Europa Continental e América Latina. Na doutrina brasileira, é quase uma unanimidade. Essa importação, contudo, revela um risco.

De fato, direitos fundamentais não é uma categoria ontologicamente anti-democrática, muito embora, por um longo período da história alemã, a compreensão da doutrina dominante tenha apontado em tal direção. É claro que é um avanço para o constitucionalismo o desenvolvimento de técnicas de decisão e de extensão do âmbito de eficácia normativa dos direitos fundamentais³². Entretanto, quando se trabalha

³⁰ É verdade que a Constituição de *Paulskirche* (1848-1849) continha uma vasta lista de direitos fundamentais. Todavia, consoante foi abordado, ela não teve vigência, eis que vítima da Restauração Prussiana.

³¹ O texto de Schmitt (1958, p. 140-173) é fundamental (e até inovador). Existe exemplar disponível na Biblioteca do Supremo Tribunal Federal. Há, em língua portuguesa, uma profunda e estimulante exposição das premissas que informam esse artigo de Schmitt em Aranha (2000, p. 186-212).

³² Por exemplo, a assim-chamada *Drittwirkung*, eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Com apoio nessa teoria, em acórdão memorável, o Supremo Tribunal Federal (RE 158.215-4/RS, Rel. Min. Marco

com direitos fundamentais no contexto constitucional brasileiro, deve-se sempre ter em mente que os pressupostos alemães são diferentes dos nossos. Esses direitos são chamados de “fundamentais”, e não de “individuais” principalmente por fruto do trabalho da publicística alemã do século XIX, que adaptou o constitucionalismo moderno à ordem monárquica, neutralizando assim o potencial prospectivo e até contramajoritário que é inerente ao constitucionalismo moderno (SAJÓ, 1999, p. 9).

E aqui se situa o risco. No atual contexto alemão, o Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) é quem diz quais são os valores que *fundamentam* a Constituição (e seus limites), portando-se, assim, como um legislador concorrente, porquanto em várias oportunidades a legislação é relegada a um segundo plano, e uma nova regra de direito é formulada após um sopesamento de valores (HABERMAS, 1997, p. 314-326). Ao fim e ao cabo, a própria deontologicidade do direito se esvai mediante a utilização de semelhante “fundamentação axiológica do direito” (BÖCKENFÖRDE, 2000a, p. 77-97). E com isso a própria Constituição deixa de ser entendida como documento da institucionalização de garantias fundamentais (...), tornando-se um texto fundamental a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam corretamente os valores de comportamentos corretos (MAUS, 2000, p. 192).

Assim, o risco implícito na importação dos direitos fundamentais é essa pré-compreensão anti-individualista de que direitos seriam concessões: se para os publicistas do século XIX essa concessão advinha da outorga graciosa do monarca, nos tempos atuais a concessão de direitos seria oriunda de uma decisão de um tribunal constitucional que monoliticamente decide o que

Aurélio) afirmou que a expulsão de associado de cooperativa deve necessariamente obedecer ao princípio do devido processo legal (ampla defesa), ainda que tal relação seja disciplinada pelo regime jurídico de direito privado.

é, ou não, um valor constitucional. Riscos são enfrentados quando tematizados, e não quando exorcizados. O contexto histórico dos direitos fundamentais foi tematizado aqui: o que significa que não se quer, aqui, bani-los a qualquer custo.

Ao contrário. Quando bem trabalhados, quando vistos como uma espécie de *firewall* titularizado pelos cidadãos (DWORKIN, 1985), os direitos individuais/fundamentais ao lado da separação de poderes são imprescindíveis para um Estado de Direito, para um Estado que se pauta pelo constitucionalismo moderno, tal como prescreveu o art. 16 da *Déclaration* de 1789.

Referências

- ARANHA, Márcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- BARTHÉLEMY, Joseph. Les théories royalistes dans la doctrine allemande contemporaine: sur les rapports du Roi et des Chambres dans les Monarchies particulières de l' Empire. In: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*. Tomo 22, ano 12. Paris: E. Brière, 1905.
- BLACKBOURN, David. *History of Germany 1780-1918: the long nineteenth century*. 2 ed. Oxford: Blackwell, 2003.
- BLOCH, Marc. *Apologia da história, ou, o ofício de historiador*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. The german type of constitutional monarchy in the nineteenth century. In: *State, society and liberty: studies in political theory and constitutional law*. New York: Berg, 1991.
- _____. Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho. In: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Tradução de Rafael Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.
- _____. Pour une critique de la fondation axiologique du droit. In: *Le droit, l'État et la constitution démocratique: essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*. Edição e Tradução de Olivier Jouanjan. Paris, Bruxelles: LGDJ; Bruylant, 2000a.
- BRANCOURT, Jean-Pierre. Des estats à l'État: évolution d'un mot. In: *Archives de Philosophie du Droit*. v. 21. Paris: Sirey, 1976.

- BREUILLY, John. *Austria, Prussia and Germany, 1806-1871*. London: Longman, 2002.
- CALDWELL, Peter C. *Popular sovereignty and the crisis of the German constitutional law: the theory and practice of Weimar constitutionalism*. Durham: Duke University Press, 1997.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- CLARK, Christopher. Germany 1815-1848: restoration or pre-march? In: BREUILLY, John (Org.). *Nineteenth-Century Germany: politics, culture and society 1780-1918*. London: Arnold, 2001.
- CLÉMENT, Jean-Paul. La Constitution de La mennais (1848). In: *Revue Française de droit constitutionnel*. n. 55. Paris: Presses Universitaires de France, jul. 2003.
- CONSTANT, Benjamin. Princípios de política aplicáveis a todos os governos representativos e em particular à Constituição atual da França. In: *Escritos de política*. Editado por Célia Galvão Quirino. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- COSTA, Pietro. Diritti. In: FIORAVANTI, Maurizio (Org.). *Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritto*. 2 ed. Bari: Laterza, 2003.
- _____. O Estado de direito: uma introdução histórica. In: _____. ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlo Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- DIPPEL, Horst. *Germany and the american revolution 1770-1800: a sociohistorical investigation of late Eighteenth-Century political thinking*. Tradução de Bernhard A. Uhlendorf. Williamsburg: Chapel Hill, 1977.
- _____. (Org.). *Executive and legislative powers in the constitutions of 1848-1849*. Schriften zur Verfassungsgeschichte Band 58. Berlin: Duncker & Humblot, 1999.
- _____. O surgimento do constitucionalismo moderno e as primeiras constituições latino-americanas. In: *Notícia do direito brasileiro*. n. 13 (nova série). Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2006.
- _____. *As idéias constitucionais americanas e francesas na Alemanha no final do século XVIII*. Tradução de Herman Nébias. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2006a (manuscrito inédito).
- DUVERGER, Maurice (Org.). *Constitutions et documents politiques*. 14 ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1995.
- FARR, James. Understanding conceptual change politically. In: BALL, Terence; _____. HANSON, Russell. *Political innovation and conceptual change*. Cambridge: Press of the Syndicate of the University of Cambridge, 1995.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*. Milano: Giuffrè, 1979.
- _____. Costituzione e Stato di Diritto. In: *La scienza del diritto pubblico: dotrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*. Tomo 2. Milano: Giuffrè, 2001.
- _____. Il dibattito sul metodo e la costruzione della teoria giuridica dello Stato. In: *La scienza del diritto pubblico: dotrine dello stato e della costituzione tra otto e novecento*. Tomo 2. Milano: Giuffrè, 2001a.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Alianza Editorial, 2001.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Tradução de Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GOZZI, Gustavo. Estado de Direito e direitos subjetivos na história constitucional alemã. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlo Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Tradução de Flávio Beno Siebenleicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HAMEROW, Theodore S. *Restoration, revolution, reaction: economics and politics in Germany, 1815-1871*. 6 ed. Princeton University Press, 1972.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *La constitución de Alemania*. Tradução de Dalmacio Negro Pavón. Madrid: Aguilar, 1972.
- _____. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HUMMEL, Jacky. État de droit, libéralisme et constitutionnalisme durant le Vormärz. In: JOUANJAN, Olivier (Org.). *Figures de l'État de droit: le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*. Presses Universitaires de Strasbourg, 2001.
- _____. *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918): le modèle allemand de la monarchie limitée*. Paris: Presses Universitaires de France, 2002.
- JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard. Introduction Constitutional Crisis: the German and the american experience. In: *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Berkeley: University of California Press, 2002.

JOUANJAN, Olivier. Présentation. In: *Figures de l'État de droit: le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*. Presses Universitaires de Strasbourg, 2001.

_____. Le contrôle incident des normes et les contradictions de l'État monarchique en Allemagne (1815-1860). In: *Figures de l'État de droit: le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*. Presses Universitaires de Strasbourg, 2001a.

_____. *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918): idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIXe. Siècle*. Paris: Presses Universitaires de France, 2005.

KERVÉGAN, Jean-François. L'État de droit dans l'déalisme allemand: Kant, Fichte, Hegel. In: JOUANJAN, Olivier (Org.). *Figures de l'État de droit: le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001.

KOSELLECK, Reinhart. *La Prussia tra riforma e rivoluzione (1791-1848)*. Tradução de Marco Cupellaro. Bolonha: il Mulino, 1988.

LAMBERT, François. La genèse de la Constitution du 4 novembre 1848: de la confiscation de la Révolution à la défaite de la République. In: DIPPEL, Horst (Org.). *Executive and legislative powers in the Constitutions of 1848-1849*. Schriften zur Verfassungsgeschichte Band 58. Berlin: Duncker & Humblot, 1999.

LANCHESTER, Fulco. *Le Costituzione tedesche da francoforte a bonn: introduzione e testi*. Milano: Giuffrè, 2002.

LE DIVELLEC, Armel. Les prémices de la justice constitutionnelle en Allemagne avant 1945. In: CHAGNOLLAUD, Dominique (Org.). *Aux origines du contrôle de constitutionnalité XVIIIe.-XXe. Siècle*. Paris: Editions Panthéon Assas, 2003.

LUHMANN, Niklas. La Costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (Orgs.). *Il futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

_____. The two sides of the State founded on Law. In: *Political theory in the Welfare State*. Tradução de John Bednarz Jr. Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1990.

_____. *I diritti fondamentali come istituzione*. Tradução de Gianluigi Palombella e Luigi Pannarale. Bari: Dedalo, 2002.

MAIA, Paulo Sávio Peixoto. Direito subjetivo como artefato histórico-evolutivo: elementos para a compreensão de sua especificidade moderna. In: *Nomos: Revista*

do Curso de Mestrado em Direito da UFC. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, jul./dez. 2007.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. In: *Novos Estudos*. Tradução de Martonio Mont Alverne Lima e Paulo Albuquerque. n. 58. São Paulo: Cebrap, nov. 2000.

MAZOHL-WALLNIG, Brigitte. Lo sviluppo della problematica costituzionale dopo la rivoluzione del 48. In: SCHIERA, Pierangelo (Org.). *La dinamica statale austriaca nel XVIII e XIX secolo*. Bologna: il Mulino, 1981.

MORAIS, Manuel Pereira de et al. Ao Mundo. In: CARNEIRO, Edison. *A Insurreição Praieira (1848-1849)*. Rio de Janeiro: Conquista, 1960.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3 ed. Tradução de Peter Neumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PASSERIN D'ENTRÈVES, Alessandro. *La Dottrina dello Stato: elementi di analisi e di interpretazione*. 2 ed. Torino: Giappichelli, 1967.

ROSENFELD, Michel. The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy. In: *Southern California Law Review*. v. 74, n. 5. Los Angeles: Gould School of Law, jul. 2001.

RUDÉ, George. *Europa desde las guerras napoleónicas a la revolución de 1848*. 2 ed. Tradução de Fernando de Rojas. Madrid: Cátedra, 1991.

SAJÓ, András. *Limiting government: an introduction to constitutionalism*. Budapeste: Central European University Press, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

_____. Freiheitsrechte und institutionelle garantie der reichsverfassung. In: *Verfassungsrechtliche aufsätze aus den jahren 1924-1954: materialen zu einer verfassungsglehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 1958.

SCHÖNBERGER, Christoph. État de droit et État conservateur: Friedrich Julius Stahl. In: JOUANJAN, Olivier (Org.). *Figures de l'État de droit: le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001.

SIEMANN, Wolfram. The revolutions of 1848-1849 and the persistence of the old regime in Germany (1848-1850). In: BREUILLY, John (Org.). *Nineteenth-Century Germany: politics, culture and society 1780-1918*. London: Arnold, 2001.

SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

STAHL, Friedrich Julius. *História de la filosofía del derecho*. Tradução de Don Enrique Gil y Robles. Madrid: La España Moderna, 1895.

STARCK, Christian. La Révolution Française et le droit public en Allemagne. In: *Revue internationale de droit comparé*. ano 42, n. 1. Paris: Société de Legislation Comparée, jan./ mar. 1990.

STOLLEIS, Michael. *Public law in Germany 1800-1914*. New York: Berghahn Books, 2001.

_____. Judicial review, administrative review, and constitutional review in the Weimar Republic. In: *Ratio Juris*. v. 16, n. 2. Oxford: Blackwell, jun. 2003.

STOURZH, Gerald. Constitution: changing meanings of the term from the early Seventeenth to the late Eighteenth century. In: BALL, Terence; POCOCK, John Greville Agard (Orgs.). *Conceptual change and the constitution*. Lawrence: University Press of Kansas, 1988.

VON BEYME, Klaus. The genesis of constitutional review in Parliamentary systems. In: LANDFRIED, Christine (Org.). *Constitutional review and legislation: an international comparison*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1988.

VON GERBER, Carl Friedrich. Sui diritti pubblici. In: *Diritto Pubblico*. Edição de Pier Luigi Lucchini. Milano: Giuffrè, 1971

_____. Lineamenti di Diritto Pubblico Tedesco. In: *Diritto Pubblico*. Edição de Pier Luigi Lucchini. Milano: Giuffrè, 1971a.