

DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS*

GÜNTHER MALUSCHKE

Professor da Universidade de Tübingen, Alemanha; Professor visitante, CAPES/Faculdade de Direito da UFC

Por direitos humanos compreende-se direitos que pertencem aos indivíduos independentemente de serem membros de um certo Estado, direitos que lhes são próprios somente devido ao fato de serem seres humanos. Há teorias nas quais são chamados de “direitos inatos”. Nesta concepção, eles têm validade que o Estado deve respeitar, e estão em vigor até mesmo contra o Estado, representando normas de legitimidade do próprio Estado. Com essa afirmação já se assinala o problema fundamental dos direitos humanos: através de ação judicial pode-se cobrar esses direitos — que supostamente são inatos e inalienáveis — somente dentro de um Estado que os reconhece como partes do conjunto dos direitos dos cidadãos. Por conseguinte, os direitos humanos são válidos em um sentido juridicamente significativo exclusivamente em forma de direitos constitucionais, reconhecidos pelo Estado.

Em seguida, gostaria de apresentar uma exposição sumária do desenvolvimento histórico da moderna compreensão dos direitos humanos. No final dessa exposição histórica ficará claro que uma garantia político-política dos direitos humanos somente é possível pela institucionalização de um Estado de Direito.

Origem da Idéia de Dignidade Humana

Nas pesquisas históricas, os direitos humanos geralmente são apresentados no quadro de uma história muito antiga. Parece que nessas análises históricas freqüentemente se assume a máxima: quanto mais antiga a linha da tradição, tanto melhor. Essas tentativas de demonstrar uma tradi-

* Uma primeira versão deste artigo foi publicada em 1986 na revista *Eichholzbrief* 2/86 sob o título “Die Entwicklung des modernen Menschenrechtsverständnisses”. Agradeço à Fundação Konrad Adenauer a autorização para traduzir e atualizar este estudo.

ção muito antiga dos direitos humanos se chocam, porém, com o fato de que a antigüidade não conhecia direitos humanos no sentido próprio da palavra — exceto as pequenas primeiras tendências observadas no judaísmo. A pesquisa histórica pode descobrir origens muito antigas da moderna compreensão dos direitos humanos apenas no caso de se contentar com uma corrente muito frágil de tradição histórica, criando até mesmo uma interpretação pela qual os elementos da antiga tradição são submetidos a explicações arriscadas e forçadas.

No que concerne ao conceito de “dignidade humana” faz-se notar que a antigüidade grega e romana — com a exceção do estoicismo — não conhecia a idéia de dignidade que pertence a todos os seres humanos. Na antigüidade, um homem tinha dignidade unicamente em função de sua posição na ordem social ou sua virtude especial, e ele tinha direitos tão somente como cidadão de uma comunidade política, ou seja, de uma pólis.

Uma das mais velhas raízes da idéia de dignidade humana, isto é, do valor da personalidade individual apenas em virtude de sua natureza humana, se encontra na imagem de homem do Antigo Testamento. Nesta perspectiva, a dignidade do homem enquanto homem fundamenta-se na idéia dele representar a imagem de Deus e também ser filho de Deus, idéia que ressalta a relação pessoal do homem com Deus. A idéia da igualdade de todos os seres humanos enquanto filhos do mesmo pai divino servia de fundamento para justificar os deveres dos detentores do poder e dos ricos de protegerem os desafortunados.

No Novo Testamento, essa imagem de homem se complementa pela idéia da salvação do homem por Cristo. A fé na salvação pela morte de Cristo confere um novo fundamento à convicção religiosa de que todos os homens são irmãos: Deus não somente criou os homens como irmãos; pela sua encarnação na pessoa de Cristo ele mesmo se tornou irmão dos homens. A relação íntima de Deus com os homens e a dignidade humana são muito bem expressas na palavra do apóstolo Paulo na Epístola aos Gálatas: “Não há judeu nem grego, não há escravo nem livre, não há homem nem mulher; pois todos vós sóis um só em Cristo Jesus” (Gál. 3,28).

Será que essa concepção teológica é a origem dos direitos humanos? Ora, nem no judaísmo nem no cristianismo a idéia da igualdade do homem perante Deus veio gerar uma concepção de direitos humanos comparável com as nossas respectivas idéias. Nem a religião judaica nem o cristianismo da antigüidade se chocavam com a existência da escravidão. A este respeito, o judaísmo, com certeza, já se distinguia por uma atitude especial: em contraposição às opiniões predominantes na antigüidade, o senhor hebraico não exercia um poder absoluto e ilimitado sobre o seu escravo, pelo

contrário, no antigo Israel o escravo gozava de proteção legal. Essa proteção legal garantida aos súditos e até aos escravos no judaísmo pode, de fato, ser considerada como uma concepção de direitos humanos — sem dúvida, uma concepção extremamente fraca — que representa, porém, uma exceção na antigüidade. Trata-se de “direitos humanos” que são válidos na forma de direito positivo numa ordem jurídica de direito divino.

Também no cristianismo da antigüidade a idéia da fraternidade geral entre os homens — a idéia de que todos os seres humanos enquanto filhos de Deus são irmãos — em nenhum momento provocou o postulado de uma mudança ou revolução das relações e condições jurídicas; até mesmo temos de constatar que para o antigo cristianismo o pensamento jurídico era muito menos significativo do que para o judaísmo, o qual, por sua vez, conhecia uma ordem jurídica fundada pela legislação divina. O mundo do apóstolo Paulo é bem diferente dessa visão jurídico-judaica. A liberdade e a igualdade anunciadas pelo apóstolo Paulo são uma liberdade e igualdade que não pertencem a este mundo. Elas são localizadas numa dimensão escatológica, de modo que não se chocam com as diferenças jurídicas entre escravos e livres. A mensagem do evangelho na concepção do apóstolo Paulo não presta atenção às diferenças de gênero — homem e mulher — e às diferenças étnicas, p. e. entre judeus, gregos e romanos, junto com as decorrentes discriminações jurídicas e sociais. Essa não-consideração da esfera jurídico-social é implicitamente uma contestação de sua relevância, porque a própria importância da vida terrestre está sendo negada perante o único tema realmente importante, a saber: a relação entre Deus e os seres humanos, a única relação considerada essencial para a existência humana.

A idéia de liberdade cristã se encontra só no espaço sagrado. A fonte da dignidade humana fica localizada no âmbito do poder divino sobrenatural e, por conseguinte, fora do alcance do poder humano.

No que, afinal, concerne à imagem do homem no estoicismo, podem-se constatar algumas semelhanças surpreendentes com as idéias judaico-cristãs. Muitos estóicos, entre eles Cícero, defenderam a tese da semelhança entre os seres humanos e Deus. No primeiro século da era cristã, Sêneca, numa das suas obras, insistiu em que o fato de pertencer ao comum gênero humano é o fundamento de uma “regra de obrigação humana”. Essa idéia encontra-se no contexto de uma lista de deveres exemplares do homem (servir a seus próximos, tratá-los com indulgência, estender a mão aos náufragos, mostrar o caminho aos que se perderam, compartilhar o pão com os famintos). Depois ele diz o seguinte: “Tudo que você vê, nisso o divino e o humano reunidos, é uma unidade: somos membros de um grande corpo. A natureza nos criou consangüíneos ao gerar-nos da mesma matéria para o

mesmo destino. Ela implantou em nós amor e nos capacitou para a vida em sociedade. Ela criou equidade e justiça, segundo sua ordenação é mais miserável causar prejuízos a alguém do que sofrer prejuízos, segundo seu mandamento as mãos são prestes para ajudar... Sejam solidários; nossa comunidade se parece com uma abóbada constituída por pedras que sucumbiria, se as pedras não se sustentassem reciprocamente e segurassem a abóbada” (*Cartas a Lucílio*, livro XV, carta 95).

Esta citação se encontra num tratado de filosofia moral. As reflexões antropológicas no Novo Testamento e a ética estoica, junto com uma antropologia universalista nela incluída, têm uma coisa em comum: as categorias e concepções políticas e jurídicas ficam fora de seu interesse.

Depois da morte de Cícero, a doutrina estoica do direito natural começava a influir também no direito romano. A novidade mais importante da aplicação da ética estoica pelos juristas romanos é a idéia de que o sujeito adequado de direitos é não somente o cidadão romano, mas todo membro da sociedade humana; desta maneira, o homem enquanto tal se torna portador de direitos naturais. Nesta concepção, a escravidão é — em contraposição ao ensinamento de Aristóteles que defendeu a idéia de escravidão por natureza — tão somente uma instituição de direito positivo que pode e deve ser superada. Com isso, o direito romano, influenciado pela ética estoica, chegou a um resultado muito mais progressista do que o antigo cristianismo e, posteriormente, a filosofia e teologia cristãs da patrística e da escolástica¹).

Os padres da Igreja seguiram a tradição de não dar atenção à esfera do direito. A patrística não se preocupou com a relação entre o cristianismo e o direito. De fato, na sua obra “A Cidade de Deus”, Santo Agostinho tentou demonstrar que o direito romano não era capaz de realizar a justiça. Mas com isso ele quis levantar objeções a qualquer forma de justiça profana, contrapondo-lhe a justiça na Cidade de Deus como a única justiça verdadeira. Seguindo o postulado do Novo Testamento de devolver a César o que é de César e a Deus o que é de Deus, Agostinho adverte aos cristãos que respeitem as leis da autoridade terrestre mas, além disso, ele não deixa dúvida alguma de que o César, o Estado terrestre e o direito mundano nada mais merecem do que indiferença, pois a vida de um cristão deve se alinhar só pela finalidade suprema: Deus.

Uma avaliação mais adequada da esfera do direito — ou, mais exato: do direito enquanto tema puramente mundano — somente se faz valer na cultura cristã da Idade Média nos séculos XI e XII, e isso em conse-

¹ Cf. Henri Rommen: *Le Droit Naturel. Histoire – Doctrine*. Eglhoff Fribourg e P.U.F. Paris, 1945, 49-50.

qüência do florescimento de uma cultura urbana na qual surge a necessidade de uma regulação legal no âmbito de um mundo de trabalho muito dinâmico. Na escolástica, especialmente em Tomás de Aquino (século XIII), ocorre finalmente a recepção do direito romano. Mas com isso ainda não começa a época da descoberta dos direitos humanos. O mérito de Tomás de Aquino consiste muito mais no fato de ter redescoberto a verdadeira função do direito, a saber, a definição da proporção justa na distribuição dos bens terrestres, e isso depois de os teólogos durante séculos não terem dado atenção ao direito. Segundo Tomás de Aquino, a jurisprudência exerce sua função não como serva da teologia, mas como disciplina autônoma seguindo os critérios da razão natural. E quando Tomás fala da “*lex naturalis*” (lei natural), ele faz valer a autonomia do direito enquanto tema naturalmente humano. Em Tomás de Aquino, o direito não é simplesmente um apêndice da teologia moral. Na concepção tomista do direito, cujas características essenciais resultam sobretudo da recepção da filosofia aristotélica e do direito romano, seria possível achar elementos de uma concepção de direitos humanos unicamente a partir de uma interpretação problemática do princípio do direito natural. Para Tomás de Aquino, esse princípio é a norma de julgamento da justiça de qualquer ordem jurídica. Para poder encontrar a idéia de direitos humanos em Tomás de Aquino, o princípio de direito natural por ele defendido deveria ser o princípio dos direitos humanos. Mas isso se choca com o fato de que aquilo que, segundo Tomás, a razão conhece como mandamentos da lei natural são princípios morais extremamente abstratos (p.e.: há que fazer o bem, há que evitar o mal, uma regulação legal tem de ser constituída de tal maneira que possa servir ao bem comum). Outrossim, Tomás de Aquino nunca pôs em dúvida o direito corporativo de sua época com todos os seus privilégios e nem mesmo a instituição da escravidão.

Os Direitos dos Estamentos

É na última fase da Idade Média que se encontram documentos que podem ser considerados como precursores das futuras declarações de direitos humanos. São codificações de certos direitos (privilégios) da nobreza e de pessoas livres desde o nascimento. Trata-se de direitos concretos exigidos dos príncipes, direitos fixados em contratos entre príncipes e as representações corporativas. Um dos primeiros documentos desse tipo é a confirmação de uma lista de direitos que o rei Afonso IX concedeu em 1188 às Cortes, parlamento da representação corporativa do reino de León (Espanha). Nesse documento se encontram p. e. o direito do acusado ao anda-

mento regular do processo e o direito à integridade de vida, honra, casa e propriedade.

Muito célebres são as cartas de franquia inglesas, entre elas, sobretudo, a Magna Carta (*Magna Carta libertatum*) de 1215 (que em 1216, 1217 e 1225 foi confirmada, incluindo pequenas modificações). Na luta que os barões e prelados ingleses travaram com João Sem Terra, o rei foi derrotado e teve de jurar a Magna Carta. A Magna Carta consagrou os velhos direitos feudais da nobreza e dos prelados ingleses, restringindo o poder absoluto do monarca. Todavia, como a afirmação desses direitos foi feita em caráter universal, foram fixados implicitamente princípios com validade alargada, de modo que os direitos estamentais começavam a se transformar em direitos civis. No parágrafo 39 da Magna Carta o rei promete: “Nenhum homem livre poderá ser detido, preso, privado de seus bens, posto fora da lei ou banido, ou de qualquer maneira molestado, e não procederemos contra ele nem o faremos prender, a menos que por julgamento legítimo de seus pares e pela lei da terra.”

A consciência jurídica que se manifesta nesse documento se distingue em, pelo menos, dois aspectos da consciência dos direitos que caracteriza as modernas declarações dos direitos humanos. Em primeiro lugar, trata-se da tentativa de restabelecer os privilégios tradicionais dos estamentos: os direitos garantidos por este documento não são direitos humanos, mas, sim, direitos de estamentos, isto é, direitos condicionados pela classe social da qual um indivíduo é membro. Em segundo lugar, não se defende explicitamente uma validade geral e pré-política desses direitos, pelo contrário, o que se faz valer é a validade de direitos tradicionais contra os poderes absolutos do rei, e, neste sentido, a Magna Carta é apenas um documento prático para corrigir abusos feudais correntes.

Também os documentos de direitos no século XVII (*Petition of Rights* = Petição de Direito de 1628, Ata de *Habeas Corpus* de 1679 e *Bill of Rights* = Declaração dos Direitos de 1689) são resultados de lutas entre os estamentos do país e o poder real, e também esses documentos não são declarações de direitos humanos, mas a restauração e confirmação de liberdades não dos homens, mas dos ingleses. Na luta acerca dos direitos dos estamentos, freqüentemente, pela invocação de direitos tradicionais, se faziam valer também pretensões jurídicas inovadoras, de modo que no final os direitos de todos os cidadãos ingleses começam a ser respeitados; os direitos estamentais se transformam em direitos civis gerais.

A Declaração de Independência Norte-Americana e a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão

Quando, numa retrospectiva histórica, se pensa nos efeitos da história das instituições jurídicas inglesas, é possível incluir as antigas codificações dos direitos dos ingleses na pré-história da concepção moderna dos direitos humanos. Na história das idéias políticas, esta opinião é uma coisa quase indiscutível. Isso resulta sobretudo do fato de que os próprios iniciadores da Declaração de Independência de 1776 — para justificar a anulação revolucionária da subordinação à metrópole inglesa — invocaram justamente aquela tradição jurídico-inglesa, na qual desde sempre se lutava contra as aspirações tirânicas dos reis e onde se reconquistava sempre de novo o equilíbrio entre os estamentos sociais e a monarquia.

Mas temos de lembrar que essa perspectiva histórica, que está primordialmente interessada na continuidade, abstrai de algumas diferenças fundamentais entre a concepção jurídica dos ingleses e a dos americanos. As petições de direitos inglesas visavam sobretudo a revitalização de antigas tradições jurídicas nacionais, a Declaração de Independência, porém, é realmente inovadora: pela primeira vez na história, a moderna idéia de direitos humanos se manifesta na forma de uma declaração exemplar. A nova idéia de direitos humanos que, sem dúvida, está muito influenciada pelos ideais da filosofia européia do Iluminismo do século XVIII, tem o seu mais belo resumo na seguinte frase da Declaração da Independência do dia 4 de julho de 1776: “Consideramos as seguintes verdades evidentes por si mesmas, a saber, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais figuram a vida, a liberdade e a busca da felicidade.”

Já no dia 12 de junho de 1776, o Estado de Virgínia tinha publicado uma Declaração de Direitos cuja primeira cláusula proclamava: “todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inerentes dos quais, quando entram em qualquer estado de sociedade, não podem por qualquer acordo, privar ou despojar os pósteros; quer dizer, o gozo da vida e liberdade, com os meios de adquirir e possuir propriedade, e perseguir e obter felicidade e segurança”.

A dignidade do homem, que no Antigo e Novo Testamento era um tema exclusivamente religioso realizando-se meramente na relação entre Deus e homem, finalmente se define em termos jurídicos e se faz valer como princípio de direito. Os direitos individuais são concebidos como fronteiras que o Estado tem de respeitar. É intenção dos autores das Decla-

rações dos direitos americanos constituir barreiras de proteção para que o Estado não exorbite de seu poder.

John Adams levantou uma crítica a Thomas Jefferson, que era o responsável pela redação final da Declaração de Independência, de que nessa declaração não se encontrava nenhuma idéia nova e que tudo já era conhecido pela filosofia política de John Locke. Jefferson concordou em que a Declaração consistia sobretudo de argumentos de senso comum e não continha idéias verdadeiramente novas em relação à filosofia lockeana. Mas ele opinava que a Declaração só podia ganhar amplo consentimento se expresse as convicções da maioria dos americanos.

As idéias de John Locke também se manifestam na Constituição norte-americana de 1787. O liberalismo lockeano se percebe de maneira especialmente clara nos dez artigos adicionais à Constituição em forma de emenda, a chamada *American Bill of Rights*, aprovada pelo congresso no dia 25 de setembro de 1789 e ratificada por três quartos dos Estados americanos no dia 15 de dezembro de 1791. Os direitos e liberdades humanas são definidos sobretudo como direitos privados: p. e. liberdade de religião, liberdade de expressão e de imprensa, proteção da vida, da liberdade e da propriedade. É também importante o princípio de que ninguém pode ser forçado a testemunhar contra si mesmo, um princípio que garante proteção jurídica contra tortura. Além desses direitos na esfera privada, também o direito de reunião pacífica é garantido.

Os *Bills of Rights* americanos serviram de modelo para a Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão. A Declaração francesa — promulgada no dia 26 de agosto de 1789 e incluída como preâmbulo na Constituição de 1791 — baseia-se também na convicção de que a liberdade é uma qualidade pré-política do homem, uma liberdade que é inerente à natureza humana e inalienável dela. Também na concepção francesa, os direitos de liberdade têm, ao que parece, a função negativa de direitos de defesa contra o próprio Estado. Mas, na verdade, não é o espírito lockeano que inspira essa declaração, mas o espírito do moralismo e voluntarismo de Rousseau.

De um lado, os direitos humanos são considerados como fonte, fundamento e princípio de legitimidade da autoridade política, de outro lado, porém, é o poder soberano da vontade geral que, antes de mais nada, tem de criar uma Constituição do Estado e, junto com isso, fundamentar a validade jurídica dos direitos humanos. Manifesta-se novamente a paradoxia no próprio conceito de direitos humanos. No primeiro artigo, a Declaração proclama: “Os homens são e permanecem livres e iguais em direitos desde o nascimento”; depois ela faz valer, no segundo artigo, direitos invioláveis, a

saber, “liberdade, propriedade e segurança”, e a isso acrescenta ainda um outro direito inalienável, isto é, “o direito à resistência contra a repressão”. No artigo 3, ela define a nação como princípio de soberania e, no artigo 6, define a lei como “expressão da vontade geral”. De um lado, direitos liberais naturais, direitos pré-políticos, de outro lado, a soberania da nação conforme ao modelo da vontade geral de Rousseau, vontade geral que, por sua vez, se concretiza em leis. ‘Nação’, ‘vontade geral’ e ‘Estado’ parecem ser apenas diferentes nomes designando a mesma coisa. Seguindo o pensamento de Rousseau, a Declaração identifica vontade geral e vontade do Estado. As leis derivam da soberania nacional.

O Estado soberano pode, sem dúvida, ser o guardião dos direitos humanos inalienáveis, tais como são mencionados no artigo 2: liberdade, propriedade e segurança. Mas como pode ele ser também o guardião do direito à “resistência contra a repressão”? Se a origem da opressão for uma pessoa privada ou um grupo de pessoas privadas, a garantia do Estado faz sentido. Nesse caso, porém, o cidadão gozaria da proteção jurídica do Estado, e não se trata do direito à resistência. Aquele direito só se aplica a uma opressão cuja origem é o próprio Estado. Neste caso específico, todavia, estamos enfrentando um conflito entre o Estado opressor e os cidadãos que resistem à opressão, conflito que não tem solução jurídica. O direito à resistência é, na verdade, um direito puramente natural, isto é, um direito imaginário de homens no estado de natureza, no qual não existe instância judicial.

Na tradição francesa da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e da defesa desses direitos nas constituições francesas posteriores, termos como ‘soberania’, ‘nação’, ‘autoridade’, ‘vontade geral’ e ‘lei’ têm a maior importância, e nisso se manifesta aparentemente o discernimento de que direitos, inclusive os direitos humanos, só podem ser garantidos por uma autoridade política e que só nessas condições são liberdades públicas. Os direitos pré-políticos se transformam em direitos políticos, os direitos humanos passam a ser direitos civis. Quando os direitos humanos têm a sua única fonte na soberania do Estado — como é o caso na tradição francesa — então surge o perigo de que os direitos humanos percam sua função defensiva enquanto barreiras contra abusos de poder pelo Estado, pois, nesse caso, esses direitos estariam de novo à disposição do Estado, o qual, por sua vez, é concebido como fundador da validade jurídica de qualquer direito. Quem evoca o direito à resistência contra esse perigo recorre, em última análise, ao “direito” à revolução. Quando se reclama esse direito, o êxito está incerto.

A insistência enérgica nos princípios da soberania estatal teve, na França, como resultado que as garantias das liberdades públicas, desde a Revolução de 1789 até hoje, são institucionalizadas de maneira extremamente fraca; eles têm o caráter de direitos excepcionais de simples recusa de obediência. A questão de saber quais poderiam ser as sanções contra o Estado caso ele fira as liberdades públicas por ele mesmo proclamadas, não tem nenhuma solução jurídica satisfatória na França. Teoricamente, isto é, na pura esfera das idéias, as liberdades públicas podem se fazer valer contra qualquer órgão do Estado, mas a questão de saber como direitos legítimos podem realmente se impor contra instâncias do Estado está em aberto até hoje na França. A ausência de um tribunal constitucional, que tem obrigações não com a soberania do Estado, mas unicamente com a interpretação da constituição e que assim controla a conformidade das leis e das práticas políticas do poder executivo, mostra-se um déficit nas qualidades do Estado de Direito.

Os Direitos Humanos como parte integrante da Constituição do Estado

Na Terceira República Francesa (1875-1940) surgiu um outro problema. Os autores dessa Constituição renunciaram a incorporar a lista dos Direitos do Homem e do Cidadão na própria Constituição. Havia se estabelecido o hábito de pensar que os princípios de 1789 — isto é, as convicções concernentes aos direitos humanos e civis promulgadas na Revolução Francesa — estavam inscritos no “coração” de cada francês, e por isso declarava-se que esse consenso geral era equivalente a uma garantia das liberdades públicas.

Na verdade, esse consenso não era suficiente. A expectativa de que aqueles Direitos do Homem e do Cidadão, que já na sua declaração original foram proclamados como “evidências”, se imporiam precisamente em virtude de sua evidência, mostrava-se uma expectativa ilusória. Com demasiado otimismo tinha-se esperado que os direitos do homem e do cidadão poderiam sobreviver e prosperar também fora da Constituição na forma de uma ‘constituição social’, quer dizer, numa constituição informal da sociedade, e assim produzir efeitos na vida constitucional do Estado (Hauriou), que eles poderiam pretender validade na forma de “direitos consuetudinários” (Couzinet) ou poderiam permanecer em vigor como princípios de ordem supraconstitucional (Duguit). Ora, de que maneira partes de uma constituição estatal do passado podem sobreviver — na forma de uma “constituição social” — sem perder seu valor jurídico? De que maneira — numa cultura jurídica que se fundamenta numa constituição escrita — um direito

consuetudinário pode conseguir validade de ordem constitucional, de modo que seja obrigatório para o legislador e, em seguida, para o magistrado? Quando, afinal, a lista dos direitos humanos e civis está sendo elevada além da constituição numa esfera supraconstitucional, como então esses direitos podem ser considerados como regras de direitos positivos, visto que é a constituição enquanto direito positivo que representa o corpo das normas da suprema validade jurídica?

A falta de uma garantia constitucional das liberdades públicas mostrava-se como um espaço vazio na ordem jurídica. O silêncio dos autores da Constituição acerca dos direitos humanos e civis teve infelizmente como consequência atos antiliberais por parte do Estado, práticas estatais contra as quais instrumentos jurídicos eficientes não estavam à disposição. Adicionalmente às garantias constitucionais das liberdades públicas ainda teria sido necessária uma justiça constitucional que pudesse efetivamente garantir sua proteção.

Este déficit foi atenuado pela Constituição da Quinta República de 1958, mas não eliminado completamente. Num preâmbulo muito curto, a ordem constitucional da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e do preâmbulo da Constituição de 1946 (concernente aos direitos humanos) é reconhecida. Além disso, pela primeira vez na história da República Francesa um “*Conseil constitutionnel*” (Conselho Constitucional) pode proteger a supremacia da constituição com respeito às outras normas jurídicas. Pertencem às tarefas do *Conseil constitutionnel* a supervisão da regularidade das eleições parlamentares e presidenciais e o controle da constitucionalidade das leis orgânicas, isto é, das leis concernentes ao governo. Ademais, o Conselho constitucional pode ser consultado para o controle da constitucionalidade da legislação em geral, dos convênios internacionais ou com o objetivo de arbitrar conflitos orgânicos entre governo e parlamento. Todavia, no que diz respeito ao controle de presumíveis violações de direitos fundamentais por parte de órgãos do Estado, o controle relativo à proteção dos direitos privados, tal como ele de fato está sendo exercido, é muito pouco animador para um requerente potencial: as poucas expectativas de êxito são responsáveis pelo fato de que tais queixas civis ocorrem muito raramente na França. Essa prática jurídica indica que a possibilidade de submeter presumíveis violações de direitos fundamentais à decisão judiciária está sendo extremamente limitada pelo primado da soberania do Estado, típico na tradição do direito constitucional na França.

Tendo presente esta problemática de uma proteção efetiva das liberdades públicas — problemática aqui analisada com referência ao exemplo da França — podemos constatar que, em comparação a isso, a Lei Fun-

damental da República da Alemanha oferece uma solução muito consequente na base de princípios do Estado de Direito. A Lei Fundamental tem incorporado um núcleo intocável de direitos fundamentais e humanos; eles são garantidos pela Constituição. Além disso, o artigo 1 (“A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é a obrigação de todo o poder público”) é não somente reconhecido como norma jurídica (positiva) suprema, mas até mesmo como uma norma com vigor universal. O artigo 1 tem o *status* de uma “pré-ordem” na forma de direito natural. Esta idéia vem a ser expressa pela constatação de que esta norma é a norma fundamental, ou seja, o critério supremo “de todo o poder público”. Diferentemente do credo da Terceira República Francesa, que tinha definido os direitos humanos como princípios extraconstitucionais — essa norma pode ser reivindicada também como regra do direito constitucional, porque foi incorporada ao texto da Constituição. Além disso, também as liberdades públicas podem ser efetivamente garantidas, pois os direitos fundamentais constituem o núcleo básico da Constituição e a sua proteção é garantida pela justiça constitucional.

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha — que estabeleceu os direitos fundamentais como direitos de ordem constitucional e institucionalizou uma justiça constitucional — é o paradigma de uma concepção dos direitos humanos sublimada por experiências históricas pesadas. Os direitos humanos estão sendo reconhecidos de tal forma que passam a ser conceituados como princípios da própria Constituição, assim como da justiça constitucional que, por sua vez, garante o seu controle jurídico. Essa concepção dos direitos humanos e a institucionalização de sua proteção demonstram também que sua validade jurídica pode ser garantida mais facilmente por um Estado Democrático de Direito.

Todavia, temos de apontar o fato de que uma reclamação excessiva demais ou até abusiva dos direitos fundamentais pelos cidadãos pode colocar em risco a eficiência de sua garantia em consequência da sobrecarga da justiça constitucional. Na Alemanha, fábricas e empresas agrícolas frequentemente são envolvidas em processos jurídicos com vizinhos que as acusam invocando o direito humano a um meio ambiente sadio, e os tribunais têm a obrigação de decidir se as queixas são justas ou se, no caso concreto, se trata de uma lesão mínima cuja aceitação é razoável. Diante desses perigos, de novo o exemplo da França é instrutivo. É óbvio que a garantia dos direitos humanos a longo prazo não pode ser efetivada em detrimento da soberania do Estado. Um equilíbrio entre proteção jurídica dos direitos fundamentais e humanos e da soberania do Estado só é possível se a consciência pública dos direitos humanos for contrabalançada por um senso de cida-

dania fortemente comprometido com o bem comum. Quantas liberdades públicas o Estado pode se permitir garantir — sem colocar em risco o bem comum — depende também (não somente) dos cidadãos.

O Problema dos Direitos Fundamentais Sociais

No contexto da “questão social”, que sobretudo no século XIX foi discutida apaixonadamente, também se coloca a questão dos direitos fundamentais sociais: direito ao trabalho, ao subsídio de desemprego, à assistência social, etc. As antigas declarações dos direitos à liberdade visavam principalmente a limitação da soberania do Estado pelas instituições de um Estado de Direito, assim obrigando o Estado a cumprir sua própria Constituição. Quando, porém, se fazem valer direitos sociais, o guardião desses direitos tem de ser um Estado que preste serviços, um Estado cujas competências se estendam sobre amplas áreas da sociedade. Sensatamente não se pode postular direitos sociais e ao mesmo tempo diminuir o poder do Estado. Pelo contrário, este postulado pressupõe que o Estado dispõe de competências múltiplas e, com isso, de muitos poderes. Os Estados de Direito modernos aceitaram o desafio da “questão social” e com isso se transformaram em Estados Sociais, ao mesmo tempo elevando certos direitos sociais ao nível de normas constitucionais.

Parece que os princípios do Estado de Direito e do Estado Social estão numa relação de tensão: o Estado de Direito só pode cumprir suas tarefas desistindo tanto quanto possível de intervenções na esfera privada dos indivíduos: para o Estado Social, contudo, o instrumento de intervenção, pelo qual de fato certas liberdades estão sendo tangidas, é imprescindível.

Essa relação de tensão redundaria em contradição de princípio, caso o princípio de igualdade total se tornasse o princípio do Estado Social, pois desta maneira o princípio do Estado de Direito, que é a liberdade, estaria colocado em perigo. Todavia, esta contradição é evitável ao compreender-se que os princípios do Estado de Direito e os do Estado Social são do mesmo modo condições constitutivas das liberdades públicas. Cabe ao Estado como Estado de Direito e Estado Social uma tarefa suprema: a proteção da liberdade para todos. Sua função enquanto Estado Social é a de possibilitar aos desafortunados na sociedade uma existência que seja compatível com a dignidade humana; ele tem de cumprir essa tarefa no quadro dos meios financeiros disponíveis. A função do Estado enquanto Estado de Direito é a de proteger a esfera da liberdade dos indivíduos. Tarefa do Estado Social de Direito é a de harmonizar os instrumentos do Estado de Direito e os do Estado Social. Inspirando-nos em Kant, o imperativo supremo do Estado

Social de Direito poderia ser formulado da seguinte maneira: o Estado tem de organizar a esfera das liberdades públicas de tal modo que a liberdade de cada um possa estar de acordo com a liberdade de todos os outros segundo uma lei universal de liberdade. É óbvio que esse imperativo inclui uma dimensão social, porque uma pessoa sem abrigo, sem alimentação suficiente e sem meios financeiros para sustentar sua família não somente carece dos bens básicos necessários para a sobrevivência, mas também está privada de liberdade.

O Problema da Validade Internacional dos Direitos Humanos

Depois da segunda guerra mundial houve uma série de proclamações de direitos humanos no nível inter-estatal: acordos internacionais e convênios entre Estados para proteger os direitos humanos. Todas essas tentativas são louváveis; mas não pode passar despercebido o fato de que há um grande número de Estados que ratificaram essas declarações e, não obstante, continuam violando os direitos humanos de maneira extremada. Aqueles que fogem do domínio de tais Estados, caso não sejam dissidentes internacionalmente famosos, não têm certeza da proteção de seus direitos humanos em outros países. Hannah Arendt apontou para o fato de que os apátridas e os refugiados políticos estão sendo reduzidos à ínfima condição humana e que são precisamente essas pessoas que as proclamações dos direitos humanos parecem visar. Mas, na verdade, com a perda da pátria perdem antes de tudo também seus direitos humanos. Como não podemos imaginar que, em tempo determinado, uma proteção efetiva dos direitos humanos possa ser transferida a órgãos internacionais e independentes, haverão de ser os Estados — ou melhor: os Estados de Direito — a ter o encargo da proteção dos direitos humanos.

Fica claro que o postulado da proteção dos direitos humanos não é em caso algum um postulado apolítico. É, pelo contrário, o postulado da universalização da institucionalização de Estados de Direito. Testemunhos da eficiência política desse postulado são hoje em dia o desmoronamento do comunismo na Europa Central e Oriental e as transformações democráticas dos Estados desta região.