

# Os direitos humanos

## História, filosofia, conflitos



**Angelika Nußberger**

**Apresentação**

**Ingo Wolfgang Sarlet**

**Draiton Gonzaga de Souza**



Editora Fundação Fênix

Os direitos humanos são o pivô da compreensão moderna de sociedade e Estado. Eles marcam o discurso social não só na Alemanha, mas também em nível mundial. Mas, ainda que pareça haver um consenso sobre o que são e devem ser os direitos humanos, olhando-se para os detalhes se percebe que atrás desse termo podem se esconder noções muito distintas do Estado e do indivíduo. Se até mesmo sobre conceitos fundamentais como a proibição da tortura ou a dignidade humana não existe concordância, não é de surpreender que quanto a questões éticas limítrofes como aborto, eutanásia e moderna medicina reprodutiva sejam derivadas exigências muito diferentes. Neste livro, pretende-se revelar a partir de diversas perspectivas – histórica, filosófica, política e jurídica – as múltiplas tensões entre clareza e complexidade, universalidade e relatividade, bem como entre pensamento fantasioso e orientação compromissiva para a ação, que definem a discussão sobre os direitos humanos. Ocupar-se com o tema leva, inevitavelmente, a perguntar-se, no fim, se os direitos humanos apontam um caminho para um mundo melhor. O fato de que isso decerto resulte em uma resposta do tipo “por um lado-por outro” não diminui a importância dos direitos humanos. Expectativas salvíficas elevadas demais seriam erradas, mas também seria errado resignar-se e não ver os êxitos efetivamente alcançados.

Angelika Nußberger é Juíza internacional junto ao Tribunal Constitucional da Bosnia-Herzegowina. Integrante da Comissão de Veneza do Conselho da Europa. Professora Catedrática de Direito Internacional Público, Direito Público e Direito Comparado na Universidade de Colônia, Alemanha. Diretora da Academia para a proteção de direitos humanos na Europa. De 2011 até dezembro de 2019 exerceu o cargo de Juíza do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, do qual, de fevereiro de 2017 até dezembro de 2019, foi Vice-Presidente. Dentre suas publicações recentes mais relevantes, destacam-se „The European Court of Human Rights“ (OUP 2020), bem como „Vom Mauerfall bis zum Ukrainekrieg. Besichtigung einer Epoche – Da queda do Muro até a Guerra da Ucrânia. Vistação de uma Época (Suhrkamp 2022, em coautoria com U. Schmid, A. Heinemann-Grüder e M. Aust)



**Os direitos humanos**  
**História, filosofia, conflitos**



## **Série Direito**

### **Conselho Editorial**

---

#### **Editor**

Ingo Wolfgang Sarlet

#### **Conselho Científico – PPG Direito PUCRS**

Gilberto Stürmer – Ingo Wolfgang Sarlet

Marco Felix Jobim – Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira

Regina Linden Ruaro – Ricardo Lupion Garcia

#### **Conselho Editorial Nacional**

Adalberto de Souza Pasqualotto -PUCRS

Amanda Costa Thomé Travincas - Centro Universitário UNDB

Ana Elisa Liberatore Silva Bechara – USP

Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos - UERJ

Angélica Luciá Carlini – UNIP

Augusto Jaeger Júnior – UFRGS

Carlos Bolonha – UFRJ

Claudia Mansani Queda de Toledo- Centro Universitário Toledo de Ensino de Bauru

Cláudia Lima Marques – UFRGS

Danielle Pamplona – PUCRS

Daniel Antônio de Moraes Sarmento - UERJ

Daniel Wunder Hachem - PUCPR e UFPR

Daniel Mitidiero - UFRGS

Denise Pires Fincato - PUCRS

Draiton Gonzaga de Souza - PUCRS

Eugênio Facchini Neto - PUCRS

Fabio Siebeneichler de Andrade - PUCRS

Fabiano Menke – UFRGS

Flavia Cristina Piovesan - PUC-SP

Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – UNISINOS

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet - PUCRS

Germano André Doederlein Schwartz – UNIRITTER

Gilmar Ferreira Mendes – Ministro do STF, Professor Titular do IDP e Professor aposentado da UNB

Gisele Cittadino - PUC-Rio

Gina Vidal Marcilio Pompeu – UNIFOR

Giovani Agostini Saavedra - Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP

Guilherme Camargo Massaú – UFPel

Gustavo Osna - PUCRS

Hermes Zaneti Jr

Hermilio Pereira dos Santos Filho - PUCRS

Ivar Alberto Martins Hartmann - FGV Direito Rio

Jane Reis Gonçalves Pereira - UERJ

Juliana Neuenschwander Magalhães - UFRJ

Laura Schertel Mendes

Lilian Rose Lemos Rocha – Uniceub

Luis Alberto Reichelt – PUCRS

Luís Roberto Barroso – Ministro do STF, Professor Titular da UERJ, UNICEUB, Sênior Fellow na Harvard Kennedy School,  
Mônia Clarissa Hennig Leal – UNISC  
Otavio Luiz Rodrigues Jr – USP  
Patryck de Araújo Ayala – UFMT  
Paulo Ricardo Schier - Unibrasil  
Phillip Gil França - UNIVEL – PR  
Teresa Arruda Alvim – PUC-SP  
Thadeu Weber – PUCRS

### **Conselho Editorial Internacional**

Alexandra dos Santos Aragão - Universidade de Coimbra  
Alvaro Avelino Sanchez Bravo - Universidade de Sevilha  
Catarina Isabel Tomaz Santos Botelho - Universidade Católica Portuguesa  
Carlos Blanco de Moraes – Universidade de Lisboa  
Cristina Maria de Gouveia Caldeira - Universidade Europeia  
César Landa Arroyo - PUC de Lima, Peru  
Elena Cecilia Alvites Alvites - Pontifícia Universidade Católica do Peru  
Francisco Pereira Coutinho - Universidade NOVA de Lisboa  
Francisco Ballaguer Callejón - Universidade de Granada - Espanha  
Fernando Fita Ortega - Universidade de Valência  
Giuseppe Ludovico - Universidade de Milão  
Gonzalo Aguilar Cavallo – Universidade de Talca  
Jorge Pereira da Silva - Universidade Católica Portuguesa  
José João Abrantes – Universidade NOVA de Lisboa  
José Maria Porrás Ramirez - Universidade de Granada – Espanha  
Manuel A Carneiro da Frada – Universidade do Porto  
Paulo Mota Pinto – Universidade de Coimbra  
Pedro Paulino Grandez Castro - Pontificia Universidad Católica del Peru  
Víctor Bazán - Universidade Católica de Cuyo

Angelika Nußberger

**Os direitos humanos**  
**História, filosofia, conflitos**

Tradução  
Luís Marcos Sander

Revisão técnica  
Roberto Hofmeister Pich



Editora Fundação Fênix

Porto Alegre, 2022

Direção editorial: Ingo Wolfgang Sarlet  
Diagramação: Editora Fundação Fênix  
Concepção da Capa: Editora Fundação Fênix

O padrão ortográfico, o sistema de citações, as referências bibliográficas, o conteúdo e a revisão de cada capítulo são de inteira responsabilidade de seu respectivo autor.

Todas as obras publicadas pela Editora Fundação Fênix estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 –  
[http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt\\_BR](http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)

Este livro foi editado com o apoio financeiro do Ministério das Relações Exteriores da República Federal da Alemanha através do Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico (DAAD).



*Série Direito* – 62

#### Catálogo na Fonte

N992d NUBBERGER, Angelika  
Os direitos humanos [recurso eletrônico] : história, filosofia, conflitos / Angelika Nußberger, tradução Luís Marcos Sander, revisão técnica Roberto Hofmeister Pich. – Porto Alegre : Editora Fundação Fênix, 2022.  
132 p. (Série Direito ; 62)  
  
Título original: Die menschenrechte geschichte, philosophie, konflikte.  
Disponível em: <<http://www.fundarfenix.com.br>>  
ISBN 978-65-5460-004-0  
DOI <https://doi.org/10.36592/9786554600040>  
  
1. Direitos humanos. 2. Direito. 3. Política. 4. Religião. I. Sander, Luís Marcos (trad.). II. Título

CDD: 340

Responsável pela catalogação: Lidiane Corrêa Souza Morschel CRB10/1721

## Sumário

<b>Prefácio</b> .....	11
<b>Apresentação</b>	
<i>Draiton Gonzaga de Souza; Ingo Wolfgang Sarlet</i> .....	13
<b>1. História dos direitos humanos: da Magna Carta até o presente</b> .....	17
<b>Primeiras garantias de direitos políticos na Idade Média</b> .....	17
<b>Parlamentarismo e direitos humanos</b> .....	20
<b>O mito dos direitos humanos nos EUA</b> .....	21
<b>Absolutismo e revolução na França</b> .....	25
<b>Experimentos jusconstitucionais nos séculos XIX e XX</b> .....	28
<b>Valores universais após a Segunda Guerra Mundial</b> .....	32
<b>Codificações e controles no século XXI</b> .....	37
<b>2. Fundamentos filosóficos e crítica</b> .....	43
<b>Pontos de referência da Bíblia até o Renascimento</b> .....	43
<b>Do contrato social à vontade comum: Hobbes, Locke, Rousseau</b> .....	44
<b>Liberdade e razão no pensamento de Kant</b> .....	47
<b>Dúvida e crítica no pensamento de Jeremy Bentham</b> .....	49
<b>O mal-estar das igrejas cristãs</b> .....	51
<b>A crítica de Karl Marx aos direitos humanos</b> .....	53
<b>Condicionamento cultural e pretensão de validade universal</b> .....	55
<b>Do indivíduo ao coletivo: as “três gerações” de direitos</b> .....	59
<b>“Human rights and human wrongs”: crítica no século XXI</b> .....	61
<b>A onipresença dos direitos humanos</b> .....	62
<b>3. Política dos direitos humanos: um passe-partout para toda agenda</b> .....	65
<b>Busca da felicidade só para pessoas selecionadas</b> .....	65
<b>Direitos humanos à sombra do terror</b> .....	69
<b>Fator de poder no conflito Leste-Oeste</b> .....	72
<b>Fermento de mudança na sociedade</b> .....	74
<b>Direitos humanos como motivo de guerra</b> .....	78

<b>4. Questões e desafios atuais.....</b>	<b>81</b>
<b>Migração e fuga.....</b>	<b>81</b>
<b>Terrorismo e estado de exceção.....</b>	<b>84</b>
<b>Início e fim da vida, sexualidade e gênero .....</b>	<b>86</b>
<b>Diversidade religiosa e cultural .....</b>	<b>91</b>
<b>Mundos paralelos digitais .....</b>	<b>93</b>
<b>Aprofundamento da desigualdade social.....</b>	<b>95</b>
<b>5. Desejo e realidade .....</b>	<b>99</b>
<b>Tribunais constitucionais como motor ou freio da mudança social .....</b>	<b>99</b>
<b>Dois Tribunais europeus de direitos humanos .....</b>	<b>106</b>
<b>Direitos humanos na política externa .....</b>	<b>108</b>
<b>Rumo a um mundo melhor com direitos humanos?.....</b>	<b>110</b>
<b>Panorama da jurisprudência .....</b>	<b>113</b>
<b>Referências bibliográficas .....</b>	<b>126</b>

## Prefácio

Os direitos humanos são o pivô da compreensão moderna de sociedade e Estado. Eles marcam o discurso social não só na Alemanha, mas também em nível mundial. Mas, ainda que pareça haver um consenso sobre o que são e devem ser os direitos humanos, olhando-se para os detalhes se percebe que atrás desse termo podem se esconder noções muito distintas do Estado e do indivíduo. Se até mesmo sobre conceitos fundamentais como a proibição da tortura ou a dignidade humana não existe concordância, não é de surpreender que quanto a questões éticas limítrofes como aborto, eutanásia e moderna medicina reprodutiva sejam derivadas exigências muito diferentes. Neste livro, pretende-se revelar a partir de diversas perspectivas – histórica, filosófica, política e jurídica – as múltiplas tensões entre clareza e complexidade, universalidade e relatividade, bem como entre pensamento fantasioso e orientação compromissiva para a ação, que definem a discussão sobre os direitos humanos. Ocupar-se com o tema leva, inevitavelmente, a perguntar-se, no fim, se os direitos humanos apontam um caminho para um mundo melhor. O fato de que isso decerto resulte em uma resposta do tipo “por um lado-por outro” não diminui a importância dos direitos humanos. Expectativas salvíficas elevadas demais seriam erradas, mas também seria errado resignar-se e não ver os êxitos efetivamente alcançados.



## Apresentação

Hoje se fala muito de “direitos humanos”. Porém, quando se pergunta o que se entende por essa expressão, parece repetir-se a situação de Santo Agostinho quando indagado, no Livro XI das *Confissões*, sobre o que é o tempo: “se não me perguntam, eu sei; se me perguntam, não sei explicar”. Esse livro extraordinário de Angelika Nussberger não trata, em primeiro lugar, do uso difundido – e não raramente confuso – dessa categoria, mas, sim, procura indicar os pressupostos de ordem teológica, filosófica e jurídica a que estão associados os “direitos humanos”. Para isso, aborda esse tema de modo histórico e sistemático, apontando para um longo percurso de reflexões sobre os direitos humanos na história das ideias (*Begriffsgeschichte*), não se restringindo, porém, ao passado, mas indicando a atualidade desse conceito, que é objeto de acirradas controvérsias, desde sua recepção entusiástica na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) até as repetidas suspeitas de eurocentrismo a ele associadas.

O presente trabalho aponta para as raízes teológicas (relato bíblico da criação do ser humano no Gênesis) e metafísicas do conceito de direitos humanos, utilizado atualmente no Direito, sustentando que uma adequada compreensão dessa concepção requer o conhecimento de sua gênese. Estudar a filosofia (moderna) do Direito, sem o conhecimento desse pano de fundo, é como visitar a capela Sistina sem conhecer a narrativa bíblica da criação do mundo ou do juízo final.

No pensamento moderno, que é objeto de especial consideração da autora, inicia-se um processo que pode ser denominado, com Walter Schulz<sup>1</sup>, de elevação da subjetividade (antropocentrismo) e que causará uma radical mudança na recepção dessa herança teológica e na compreensão de ser humano. Immanuel Kant, por seu turno, afirma, em sua obra *Lógica (Logik)*, que, na verdade, a pergunta pelo homem, respondida pela antropologia, é a mais ampla, e, de certa forma, já inclui a pergunta respondida pela religião, subordinando assim a religião à antropologia. Kant expressa o interesse da razão nas seguintes perguntas: “1) O que posso saber? 2) O que devo fazer? 3) O que me é permitido esperar? 4) O que é o homem? À primeira

---

<sup>1</sup> Cf. Walter SCHULZ, *Subjektivität im nachmetaphysischen Zeitalter*. Pfullingen: Günther Neske, 1992, p. 13.

pergunta, responde a metafísica; à segunda, a moral; à terceira, a religião e à quarta, a antropologia. No fundo, porém, poder-se-ia incluir tudo isso na antropologia, porque as três primeiras perguntas dizem respeito à última"<sup>2</sup>.

Portanto, aqui, aparece a questão da centralidade do ser humano, como ser autônomo, portador de dignidade (*Würde*), que se relaciona tanto com os outros seres humanos (intersubjetividade) como com a natureza. Os direitos humanos têm, assim, a ver, em última instância, com a questão do humano, com a problemática antropológica.

Para além de, com maestria, tratar do tema na sua perspectiva filosófico-crítica, a autora reconstrói a trajetória do reconhecimento e afirmação dos direitos humanos pelo olhar histórico-evolutivo, mediante um olhar transversal e compreensivo, sem deixar de lado nenhum ponto essencial, ademais de não perder o necessário distanciamento acadêmico.

A narrativa apresentada pela autora no tocante à dimensão histórica, parte do Medievo Europeu-Occidental, onde começaram a se delinear os elementos embrionários (mediante a edição de documentos paradigmáticos, como a Magna Carta Inglesa) do que, mais tarde e gradualmente, vieram a ser os direitos humanos no sentido contemporâneo do termo, enveredando pelas relações entre direitos humanos e o parlamentarismo (destaque para a experiência na Inglaterra), ademais de explorar – sublinhando as diferenças – as duas grandes vertentes dos direitos humanos e fundamentais e do próprio constitucionalismo moderno, designadamente a norte-americana e a francesa.

Após dedicar-se às principais experiências constitucionais em matéria de direitos humanos e fundamentais nos Séculos XIX e XX, a autora acentua o impacto da maior tragédia – resultante também dos maiores crimes contra a humanidade – dos tempos modernos (Segunda Grande Guerra) sobre os direitos humanos, mas também da viragem de Copérnico axiológica e jurídica que a sucedeu, resultando na Declaração de Direitos da ONU e de todo o sistema de proteção internacional

---

<sup>2</sup> „1) Was kann ich wissen? 2) Was soll ich tun? Was darf ich hoffen? 4) Was ist der Mensch? Die erste Frage beantwortet die Metaphysik, die zweite die Moral, die dritte die Religion und die vierte die Anthropologie. Im Grunde könnte man aber alles dieses zur Anthropologie rechnen, weil sich die drei ersten Fragen auf die letzte beziehen“, Immanuel KANT, *Schriften zur Metaphysik und Logik 2*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 4. Aufl. 1982, Band VI, p. 447-448.

(universal e regional) dos direitos humanos até os dias atuais, cuja construção e contínuo aperfeiçoamento igualmente foi objeto de atenção da autora.

Nos três últimos capítulos, a autora – tudo a demonstrar a acima referida amplitude, completude e atualidade da obra – se ocupa das relações dos direitos humanos com a política, mas também de conexões com a sociedade, sem deixar, mais uma vez, de abordar questões críticas e da exploração e instrumentalização da gramática dos direitos humanos para fins que, ao fim e ao cabo, resultam em sua violação.

Da mesma forma, a autora logrou selecionar alguns (senão os) problemas atuais e centrais que envolvem a efetividade dos direitos humanos e os correlatos desafios a serem enfrentados, ademais de pontuar algumas perspectivas, inclusive no que diz respeito às instâncias encarregadas de zelar pela sua proteção e promoção.

Nesta quadra, a autora, mais uma vez, mostra a sua profunda sensibilidade e o seu rico conhecimento na condição de protagonista, haurido tanto de sua experiência no domínio acadêmico, quanto da sua atuação em diversos organismos internacionais, em especial sua luminosa passagem com Juíza e mesmo Vice-Presidente da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Por fim, dentre tantas outras lições, parte das quais já acima listadas, a autora, Professora Doutora Angelika Nussberger, deixa uma mensagem de otimismo, relativamente não só às conquistas passadas, mas também e em especial para o futuro, no sentido de um futuro pautado no discurso e na prática dos direitos humanos, sem, contudo, recair numa postura ingênua e mesmo irrealista, mostrando – como deve ser – que os direitos humanos carecem, para não sucumbirem em face de tantas dificuldades experimentadas em tão diversos contextos e de tantas formas, de um estado de permanente vigilância e de um contínuo processo de reafirmação. Para tanto, não há como deixar de lembrar, que onde a Democracia e o Estado de Direito inexistem ou se encontram fragilizados e sob permanente ataque, também os direitos humanos tendem a perecer ou se esvaziar, posto não ser possível dissociar tais dimensões, que se condicional e retroalimentam reciprocamente.

À vista dessas breves considerações, não há como não se contagiar de alegria, por ver esta obra traduzida para o Português, possibilitando a sua difusão não só no

Brasil, como em todo Mundo Lusófono, o que se revela ainda mais entusiasmante, quando se trata de um texto escrito de modo elegante, mas ao mesmo tempo fluído e compreensível ao público não afeito à linguagem técnica do Direito, sem deixar de fazer jus elevado e largamente reconhecido padrão que caracteriza a produção intelectual da autora.

Por isso e muito mais só há que agradecer. Agradecer à Professor Angelika Nussberger pelo seu preciso e iluminado texto e por ter oportunizado a sua tradução. Agradecer à Editora Beck, Munique, por ter generosamente autorizado que tal fosse possível. Agradecer ao CDEA – Centro de Estudos Europeus e Alemães, nas pessoas da Professora Cláudia Lima Marques e do Professor Draiton Gonzaga de Souza, bem como ao DAAD – Serviço de Intercâmbio Acadêmico Alemão, pelo pronto e generoso suporte financeiro e logística. Agradecer ao tradutor, Luís Sander, pelo esmero e agilidade habituais, bem como agradecer à Professora Cristiane Killian do CDEA, por todo o auxílio e acompanhamento desde as primeiras tratativas para a tradução do livro. *Last but not least*, um voto de gratidão endereçado à Editora Fundação Fênix, na pessoa do Prof. Jair Tauchen, pela acolhida da obra e pela rápida e competente editoração e publicação.

Que todas e todos tenham uma excelente leitura e muito proveito.

Porto Alegre, 19 de outubro de 2022.

*Draiton Gonzaga de Souza.*

Professor Titular e Decano da Escola de Humanidades da PUCRS e  
Pesquisador Fundador e Vice-Diretor do CDEA.

*Ingo Wolfgang Sarlet.*

Professor Titular e Coordenador do PPGD da Escola de Direito da PUCRS.  
Pesquisador Fundador e Membro do Conselho Executivo do CDEA.

## **1. História dos direitos humanos: da Magna Carta até o presente**

Pode-se imaginar a história dos direitos humanos como a história do trabalho em um breve documento que defina como o poder pode ser limitado pelo Direito. Trata-se de um texto virtual, jamais concluído, sempre ampliado, sempre em processo. Também no presente ele não está "pronto". Os estágios de desenvolvimento do texto têm nomes que representam diversas épocas históricas – *Magna Carta*, *Bill of Rights*, *Virginia Declaration of Rights*, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Constituição de Frankfurt de 1849 [Constituição da Igreja de São Paulo], Constituição de Weimar, *Universal Declaration of Human Rights*, Lei Fundamental [Constituição alemã de 1949] e muitos mais. Quando se observam esses textos em seu entorno histórico, torna-se claro como ideias foram desenvolvidas, como há progressos e retrocessos, como uns copiam de outros ou rejeitam esboços ou propostas para recomeçar mais uma vez. Não se trata de um desenvolvimento retilíneo. Procura-se, pergunta-se, disputa-se, geralmente com boas intenções, mas às vezes também com más. E olhando-se retrospectivamente muitas coisas parecem diferentes do que no respectivo presente.

### **Primeiras garantias de direitos políticos na Idade Média**

No ano de 2020 se derivam diversos direitos dos direitos fundamentais consignados na Lei Fundamental: as pessoas com doenças graves e pessoas sem vontade de continuar a viver, por exemplo, teriam um direito a receber um medicamento letal do Estado se assim o desejarem. Nas certidões de nascimento se deveria prever uma categoria própria para pessoas que não se veem nem como homens nem como mulheres, e no mundo digitalizado haveria um "direito à autodeterminação informacional". Isso parece revolucionário, e de fato o é. Mas o espírito revolucionário está desde sempre vinculado àquilo que se associava a direitos fundamentais e humanos. Ele se mostra na justa indignação dos oprimidos e humilhados que estão postados em barricadas, agitam bandeiras e exigem seus direitos, seja na França no ano de 1789, na Alemanha em 1848, em Hong-Kong em 2019 ou em Belarus no ano de 2020.

Quem quiser entender o que são direitos humanos e de onde vem a virulência com que eles podem mudar sociedades precisa voltar seu olhar para a Inglaterra medieval do século XIII. As lutas então travadas entre a nobreza e o rei estão esquecidas, mas não a *Magna Carta* do ano de 1215. Ela sobreviveu por oito séculos e se tornou um mito e marca registrada para a revolta bem-sucedida contra o poder exercido injustamente, e isso apesar de, a rigor, documentar um malogro. O rei João Sem-Terra não teve êxito em suas campanhas de conquista na Normandia e tentou cobrar uma taxa dos barões ingleses para financiar outras guerras. Isso acarretou um conflito acirrado em que também a Cidade de Londres se colocou do lado dos rebeldes. A *Magna Carta* visava trazer paz, mas só conseguiu interromper a guerra civil devastadora por poucas semanas.

A *Magna Carta* é originalmente um texto breve redigido em latim que, de modo geral, permaneceu inalterado ao longo dos séculos. Ele foi copiado muitas vezes, sempre confirmado solenemente por ocasião das ascensões ao trono e lida em voz alta duas vezes por ano nas grandes catedrais da Inglaterra. Trata-se de um texto com colorido histórico, em que, no cálculo dos prazos para demandas de restituição, alude-se às regras válidas para os cruzados, em que as viúvas são protegidas contra a obrigação de se casar de novo e lhes é proibido acusar homens de assassinato, com exceção do marido. Mas também se trata de um texto em que se garantem direitos de propriedade, liberdade e acesso ao Tribunal, pela primeira vez e de uma forma que antecipa substancialmente garantias posteriores de direitos humanos. Nele está escrito que “A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos o Direito ou a justiça” e “Nenhum homem livre será capturado, aprisionado, desapropriado dos seus bens, declarado fora da lei, exilado, ou de algum modo lesado, nem nós faremos outra coisa contra ele, nem o lançaremos na prisão, exceto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país”. O que constitui propriedade é enumerado detalhadamente – sejam frutos, cavalos, carros ou madeira de construção para os castelos – e se assegura que ela não será desapropriada, a menos que seja paga imediatamente. E tudo isso, diferentemente de documentos posteriores, não é formulado abstrata e genericamente, e sim mediante referência ao mundo da vida, a injustiças efetivamente ocorridas.

A busca de justiça é fundamentada em termos profundamente religiosos. As promessas contratuais da *Magna Carta* são feitas "na presença de Deus e para a salvação de nossas almas e das de todos os nossos ancestrais e herdeiros, para a honra de Deus e a exaltação de sua santa igreja, e para o aperfeiçoamento do nosso reino". Mas a tradição e a modernidade estão estreitamente conjugadas. A *Magna Carta* tem como anexo um mecanismo de sanções que é espantoso por sua radicalidade. Há não só uma espécie de "Tribunal da Carta", formado por 25 barões que deverão "manter, observar e fazer observar a paz e liberdade", mas também o direito garantido dos barões de, se o rei não resolver as queixas dentro de 40 dias, "junto com a comunidade de todo o reino, obrigá-lo de todos os modos possíveis a fazer isso", a cumprir suas obrigações. Isso aconteceria pelo confisco de seus castelos, terras, possessões e de qualquer meio que seja possível aos barões, até que o reparo da queixa seja feito inteiramente conforme sua vontade". Isso é, em última análise, um direito à rebelião contratualmente concedido. Mesmo que essa parte tenha sido eliminada em versões posteriores, ao longo dos séculos levantes foram repetidamente justificados com a *Magna Carta*, seja na relação entre cidadãos e rei em fins do século XVII com a Revolução Gloriosa na Inglaterra ou na separação dos Estados Unidos da América da Grã-Bretanha cerca de um século mais tarde.

Algumas disposições da Carta, como, por exemplo, as garantias do "homem livre", são, ainda hoje, parte integrante do Direito Constitucional inglês. O êxito não foi prejudicado pelo fato de que a formulação das garantias se refere a uma sociedade inteiramente distinta, quando, por exemplo, só se visa proteger o "homem livre" e só cabe "a seus pares" emitir uma sentença.

Um contrato não é igual ao outro, e um Direito não é igual ao outro, mas textos jurídicos particularmente importantes e declarados solenemente podem ser tomados como diretriz para medir o Direito subsequente. Uma "hierarquia normativa" desse tipo foi postulada pelo famoso jurista Hans Kelsen no século XX, e com isso ele criou o fundamento para uma jurisdição constitucional que mede um Direito por outro e concede precedência ao Direito constitucional. Também essa ideia, porém, está ligada à *Magna Carta*. Um século e meio após essa última, no ano de 1368, aprovou-se uma lei segundo a qual todo ato jurídico que esteja em contradição com a *Magna Carta* é nulo e sem efeito.

## Parlamentarismo e direitos humanos

A reivindicação de ser uma diretriz para o Direito também é feita pela *Bill of Rights* de 1689, que é, depois da *Magna Carta*, o segundo documento fundamental da história do Direito constitucional na Inglaterra e, ao mesmo tempo, da história internacional dos direitos humanos. Ela se apresenta sob a designação "Ato que declara os direitos e as liberdades do indivíduo e regula a sucessão no trono" e confirma, assim, a forma monárquica de governo na Inglaterra, mas também assegura, ao mesmo tempo, os direitos do Parlamento em relação à Coroa. Assim como a *Magna Carta*, também a *Bill of Rights* surgiu no contexto de uma cruel guerra civil que teve décadas de duração e cujo ponto alto – mas não término – foi a execução pública do rei Carlos I em 1649. O texto redigido após a Revolução Gloriosa de 1688/89 começa com a enumeração dos delitos de James II, o rei deposto, tirando, portanto, assim como a *Magna Carta*, consequências de males concretos.

Assim, a fixação de direitos por escrito é, também nesse caso, uma resposta a uma injustiça vivenciada. Admitem-se o direito de petição e o direito à posse de armas, e em relação a esse último se remete, em tom de crítica, ao fato de que no passado "bons súditos protestantes foram desarmados, enquanto que os papistas portavam armas e as empregavam de forma contrária à lei". Mas a *Bill of Rights* é importante e norteadora sobretudo por causa do direito à livre expressão e da imunidade de persecução penal concedida aos parlamentares a ela associada, bem como por causa do fortalecimento do Parlamento no Estado. Decisões fundamentais como a arrecadação de impostos e tributos e a formação de um exército só podem ainda ser tomadas com a concordância do Parlamento. Além disso, proíbem-se "penas cruéis e insólitas".

Progressos não excluem retrocessos. A *Bill of Rights* foi um marco no desenvolvimento do parlamentarismo, mas ao mesmo tempo teve início o tráfico de escravos e, portanto, um dos mais negros capítulos da história europeia. Nada serviu de obstáculo à ampliação da maior frota de navios de escravos em nível mundial na Inglaterra, nem mesmo a *Bill of Rights*. Não havia (ainda) direitos para todas as pessoas.

A história inglesa de codificação dos direitos humanos termina em 1689. Uma enumeração mais abrangente e diferenciada dos diversos direitos e uma ampliação explícita que fosse além do “homem livre” e compreendesse todos os seres humanos não foram consideradas necessárias. Diferentemente da maioria dos demais Estados, até o presente a Grã-Bretanha não tem uma Constituição escrita. O *Human Rights Act* de 2000 é uma importação, uma cópia do que foi elaborado alhures, em Estrasburgo. Durante muito tempo se havia repousado sobre os louros dos direitos humanos de séculos passados. No presente, a associação entre elementos de museu e de modernidade não é isenta de tensões.

### **O mito dos direitos humanos nos EUA**

Ao passo que os dois primeiros grandes documentos para o asseguramento dos direitos humanos, a *Magna Carta* e a *Bill of Rights*, provêm de épocas muito diferentes da história europeia – entre os anos de 1215 e de 1689 se situam o descobrimento da América, o Renascimento e a Reforma –, na segunda metade do século XVIII se seguiram, em uma aceleração vertiginosa, seis textos fundamentais em apenas 20 anos. A sequência tem início com a *Virginia Declaration of Rights* (12 de junho de 1776), seguida poucos dias depois pela *Declaration of Independence* dos Estados Unidos da América (4 de julho de 1776). A *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* francesa (27 de agosto de 1789) e a *Bill of Rights* americana (15 de dezembro de 1791) foram elaboradas, quase ao mesmo tempo, pouco mais de uma década depois; o esboço desta última já estava pronta mais cedo, mais só entrou em vigor dois anos depois. Na França se seguiram, nos anos de 1793 e 1795, mais duas declarações de direitos humanos, sendo ambas adotadas mediante referendo e integradas em novos textos constitucionais; ambas foram inovadoras, mas tiveram mais importância teórica do que prática.

Mais uma vez, todos esses documentos estão associados com rebelião e revolta. Tanto em um lado do Atlântico quanto no outro, coisas velhas foram colocadas de lado, e coisas novas foram reconhecidas como Direito. Os colonizadores da Nova Inglaterra, que se sentiam como “americanos”, não aceitaram mais serem tratados como crianças pelo Parlamento inglês. Os franceses não

queriam mais saber de reis-sol e outras formas de domínio absoluto. Com vistas ao que "é direito por natureza", os rebeldes podiam declarar que era seu direito seu revoltar-se contra um Direito ruim e a opressão.

No "Novo Mundo", a pioneira foi a Virgínia, a mais antiga área de colonização inglesa, que se declarou independente da pátria-mãe inglesa já em 15 de maio de 1776. Mais ou menos um mês depois, os automeados "representantes do reto povo da Virgínia, reunidos em plena e livre convenção" registraram briosamente os "direitos que devem pertencer a nós e à nossa posteridade, e que devem ser considerados como o fundamento e a fonte jurídica de seu governo". Eles postularam, em primeiro lugar, que todas as pessoas são iguais e independentes por natureza e têm direitos inatos que ninguém pode lhes tirar. Entre eles estão vida e liberdade, propriedade e a busca da felicidade e segurança. Com isso o tom estava estabelecido. Entretanto, constitui uma certa ironia da história o fato de que a *Virginia Declaration of Rights*, que remonta a ideias de John Locke, foi redigida por um homem que era, ele próprio, proprietário de escravos: George Mason. Sabe-se que ideal e realidade não combinam efetivamente; a realidade não pôde abafar o entusiasmo na redação das declarações com palavras grandiosas.

Por mais nova que fosse a fundamentação dos direitos humanos no Direito natural, a *Virginia Declaration of Rights* não está realmente dissociada da tradição. Ela contém, isso sim, reproduções literais da *Bill of Rights* inglesa, como, por exemplo, a proibição de "cauções excessivas e multas exorbitantes", e de "penas cruéis e insólitas". Também se podem perceber virtudes protestantes e puritanas, quando ela exige uma "adesão firme e constante à justiça, moderação, temperança, frugalidade e à virtude e o recurso frequente a princípios fundamentais" como pressuposto para as "bênçãos da liberdade". A ancoragem em denominações protestantes que eram perseguidas na Europa, mas puderam se desenvolver com relativa liberdade nos Estados Unidos, mostra-se na forma como a liberdade religiosa é garantida: "A religião ou a reverência que devemos ao nosso Criador, e a maneira de cumpri-las, devem ser definidas unicamente pela razão e pela convicção, e jamais pela coação ou violência; por isso, todos os seres humanos têm direito ao livre exercício da religião, de acordo com os ditames da consciência [...] É dever

recíproco de todos praticar a tolerância, o amor e a caridade cristãs uns para com os outros."

Esse foi o início ou o prelúdio. O primeiro passo decisivo foi, então, a *Declaration of Independence* dos Estados Unidos da América em 1776, na qual também se associam tradição e recomeço, cristianismo e Direito natural, rebelião e argumentação em padrões dados previamente. Já em sua estrutura e suas características, ela coincide com a *Magna Carta* e a *Bill of Rights* inglesa, pois também neste caso se considera necessário narrar com mais detalhes a história prévia de injustiça para, com isso, fundamentar o direito à resistência – concretamente, o desligamento da pátria-mãe inglesa. Não se economiza na ênfase: "A história do atual rei da Grã-Bretanha (George III) é uma história de repetida injustiça e reiterados abusos, todos visando diretamente ao estabelecimento de uma tirania absoluta sobre esses Estados." À experiência de abuso do poder se contrapõe uma nova imagem de Estado e de ser humano com uma frase que deve estar entre as mais famosas da língua inglesa: "We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness" ["Consideramos que estas verdades são evidentes por si mesmas: que todos os homens são criados iguais, que são dotados por seu Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade"].

A *Declaration of Independence* de 1776 se tornou o alicerce do mito nacional americano. Ao mesmo tempo, porém, com a proclamação de um novo Estado ela se tornou relevante para o Direito internacional. E, por fim, ela assinala um novo período na definição dos direitos humanos, pois não queria mais ser entendida apenas como uma resposta à aflição concreta das pessoas que viviam em um determinado território, mas como um enunciado de validade universal, como apelo à humanidade toda. A inserção religiosa não está mais esboçada com clareza, mas também não é inteiramente eliminada. Assim, por um lado se invoca, tendo em vista a "retidão das intenções", o "Juiz supremo do mundo" – quem quer que isso seja – e, por outro, a Declaração termina com a frase "E para apoiar e sustentar esta Declaração, nós, com firme confiança na proteção da providência divina, empenhamos uns aos outros nossa vida, nossa fortuna e nossa sagrada palavra de honra".

Apesar do entusiasmo geral com os direitos humanos, não houve acordo para também incluí-los na Constituição americana aprovada pouco mais de uma década depois, no ano de 1789; um único registro seria suficiente. Contudo, aceitou-se a sugestão de James Madison de levá-los em consideração em uma mudança da constituição prevista para o futuro imediato. Assim, desde 1791 uma *Bill of Rights* – o nome corresponde à codificação inglesa de 1689 – faz parte da Constituição americana como *First Amendment* (Primeira Emenda). Este é o segundo passo decisivo após a Declaração de Independência a ser focado. À Primeira Emenda seguiram-se dez outras que têm o mesmo nome como o modelo inglês: *Bill of Rights*.

Também na Primeira Emenda há uma associação de elementos novos e antigos. Em especial, muitas das garantias procedimentais, como o processo judicial justo ou o processo do júri, retomam elementos da tradição inglesa. Atribui-se uma posição proeminente à liberdade religiosa, bem como à liberdade de expressão, de imprensa e de reunião. Proíbe-se categoricamente que o legislador intervenha de forma regulatória. Muita discussão tem acarretado, até o presente, a Segunda Emenda da Constituição americana, segundo a qual o direito de possuir e portar armas não deve ser prejudicado.

As afirmações sobre os direitos humanos na Declaração de Independência dos Estados Unidos e as formulações das garantias concretas na *Bill of Rights* não ficaram na teoria. Em sua decisão pioneira no processo Marbury contra Madison em 1803, a Suprema Corte americana assumiu a responsabilidade de interpretar os direitos garantidos na Constituição e declarar nulo o Direito positivo contrário a eles. Desde então foi preciso levar em conta os direitos humanos na conformação da política. Ainda assim, os ideais não se transformaram em realidade de imediato. Demorou até o fim da Guerra Civil americana no ano de 1865 para a escravidão ser abolida definitivamente e até o século XX adentro para que as mulheres e as pessoas negras tivessem garantidos os mesmos direitos que os homens brancos.

Os Estados Unidos da América tiraram proveito da herança europeia e, ainda assim, seguiram um caminho bem próprio. Os direitos humanos tiveram importância decisiva para a emancipação do jovem Estado em relação à Europa e para a formação de uma nova identidade nacional.

## Absolutismo e revolução na França

Dependendo da perspectiva adotada, pode-se considerar mais significativas a influência e a interação entre a tradição americana e a francesa ou entre a americana e a inglesa. Enquanto que estas últimas estavam baseadas no fato de que os colonos – falando em termos figurados – emigraram com a *Magna Carta* e a *Bill of Rights* na bagagem de mão, o intercâmbio entre os Estados Unidos e a França na segunda metade do século XVIII se assentou principalmente em relações pessoais. Do lado francês foi especialmente o Marquês de Lafayette e, do lado americano, Thomas Jefferson que cruzou fronteiras e transmitiu ideias. Lafayette era originalmente general francês, mas lutou depois na Guerra de Independência americana e redigiu um primeiro esboço da *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (Declaração dos direitos do ser humano e do cidadão), sobre o qual discutiu com Jefferson. Este último tinha conhecimento de primeira mão da França, pois foi embaixador em Paris de 1785 a 1789. Ele liderou o processo de elaboração dos textos constitucionais americanos.

Apesar disso, o desenvolvimento na França e o ocorrido nos Estados Unidos seguiram caminhos muito diferentes. Enquanto que na França a tradição absolutista constituiu o ponto de partida e a referência para todas as aspirações de reforma, para os americanos a criação de um Estado próprio estava em primeiro plano. O desdobramento para a anarquia na França, após os assassinatos de setembro de 1792, e a execução do rei Luís XVI no ano de 1793 não teve um paralelo nos Estados Unidos. Também em termos de conteúdo as concepções não eram coincidentes, por exemplo, no tocante à posição ateuista radical na França em comparação com uma postura moderada para com a religião nos Estados Unidos. Enquanto que na França se invocou um "Ser supremo" ("l'Être suprême"), nos Estados Unidos foram o "Criador" e o "Deus da natureza". Além disso, nos textos americanos a herança cristã foi acentuada com a referência à "providência divina". John Adams, o segundo presidente dos EUA, escreveu, em uma carta dirigida ao filósofo inglês Richard Price sobre o que acontecia na França, que ele não saberia o que fazer com uma "república de 30 milhões de ateístas". Na França, diferentemente dos Estados Unidos, não se parou nos direitos de liberdade, mas se incluíram em uma nova Constituição, em

1795, direitos sociais em um catálogo ampliado de direitos, declarou-se o “apoio público” uma “dívida sagrada” e se assegurou aos “cidadãos desafortunados” trabalho ou outros meios de sustento. Algo comparável a isso não teria sido concebível nos Estados Unidos.

A Revolução Francesa é, com a *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, uma resposta um século atrasada à autoconfiante declaração “L'État, c'est moi!”, “O Estado sou eu!”, do rei-sol Luís XIV. Jean Bodin tinha assentado o fundamento teórico para essa compreensão de Estado e governo com sua ideia de uma *puissance absolue* (“poder absoluto”). Com a Revolução, esse modelo foi transformado em seu oposto. Ao passo que Bodin havia escrito que “o príncipe soberano é o mestre da lei” (“le Prince souverain est maistre de la loy”), a isso se contrapôs, retomando Jean-Jacques Rousseau, que “A Lei é a expressão da vontade geral” (“La Loi est l'expression de la volonté générale”). Segundo a nova compreensão, o Estado depende da concordância dos cidadãos em tudo que faz, seja arrecadação de impostos, a garantia da ordem pública ou o cumprimento de tarefas administrativas. Não é mais o governante que encarna o Estado, não é mais o governante que é soberano, e sim o povo. O “antigo” é colocado de cabeça para baixo.

A Declaração francesa dos Direitos do Ser Humano e do Cidadão, do ano de 1789, é um dos mais conhecidos textos da história do Direito na Europa, e talvez um dos mais conhecidos documentos escritos de modo geral. Diferentemente dos documentos precedentes que garantiam os direitos humanos, as exigências são descoladas do contexto concreto e generalizadas. Enquanto a *Magna Carta*, a *Bill of Rights* e a Declaração de Independência americana ainda se referiam a reis como adversários “malvados” – João Sem-Terra, James II e George III –, na França se falava, de maneira bem geral, da “ignorância, do esquecimento e do desprezo dos direitos humanos” como “as únicas causas do infortúnio público e da corrupção dos governos”. O catálogo básico dos direitos humanos é apresentado em palavras sucintas, em 17 artigos, sendo, assim, só um pouco mais extenso do que os Dez Mandamentos. Trata-se de uma breve forma estenografada da filosofia do iluminismo, especialmente das obras de Montesquieu e John Locke. Assim a muito discutida ideia de uma liberdade abrangente, mas não ilimitada, é expressa na

seguinte fórmula: “A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique a outrem: o exercício dos direitos naturais de cada ser humano, portanto, não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Esses limites só podem ser determinados pela lei”. Junto com os direitos se define também a essência do Estado, e nesse caso também se resumem debates filosóficos de décadas em apenas duas frases: “A finalidade de toda associação política é a preservação dos direitos naturais e invioláveis do ser humano. São esses o direito à liberdade, o direito à propriedade, o direito à segurança e o direito à resistência contra a opressão”. Além disso, a ideia de “igualdade” permeia o texto como um fio condutor, mas ela não é entendida como igualdade social, e sim como igualdade jurídica. O objetivo é a abolição dos privilégios estamentais e de regulações diferentes para grupos diferentes da sociedade.

Com um século de distância, Émile Boutmy, um cientista político e escritor francês, avalia que a Declaração é “uma obra-prima de oratória, os artigos estão aí em pureza abstrata, unicamente no brilho de sua majestade e no domínio da verdade sobre os seres humanos”. Entretanto, ele também enxerga as desvantagens de tal enfoque por demais elevado: “Nenhum Tribunal pode empregá-los como instrumento jurídico ou recorrer a eles para fundamentar uma decisão judicial. Os franceses escrevem para instruir o mundo inteiro; os autores da Constituição americana, por outro lado, redigiram os artigos de suas declarações para o proveito e a conveniência de seus concidadãos”. Isso não está inteiramente correto, já que a Declaração francesa dos Direitos Humanos foi incorporada em Constituições francesas posteriores, do século XX, e também faz parte da Constituição vigente na atualidade, de 1958. Por isso, os tribunais recorrem a ela diretamente para a definição de decisões. O que está correto, contudo, é que isso não foi assim desde o início e que a beleza e força do texto não puderam impedir a queda na anarquia e no caos sob Maximilien de Robespierre e tampouco a instauração do domínio de um homem só sob Napoleão. O texto estava à frente de seu tempo e só desdobrou sua força de irradiação e influência em épocas posteriores.

Isso também se aplica às duas novas versões subsequentes, de 1793 e 1795, da *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*. Elas também não tiveram uma sobrevivência normativa longa, mas foram inspiradoras durante séculos para a

esquerda, por um lado, por causa dos direitos sociais normatizados pela primeira vez e, por outro, por causa da ênfase revolucionária na resistência. O objetivo da sociedade seria a felicidade geral; o governo seria instituído para garantir ao ser humano o gozo de seus direitos naturais e inalienáveis. Se o governo não cumprisse essa obrigação, então, segundo a formulação do último artigo da Declaração de 1793, "o levante seria para o povo e para cada parte do povo o mais sagrado de seus direitos e o mais imprescindível de seus deveres".

Assim como no caso da Inglaterra e dos Estados Unidos da América, também no caso da França a tradição de direitos humanos própria e específica é definidora de identidade, mesmo que não tenha tido inicialmente continuidade na época napoleônica e nas Constituições francesas do século XIX.

### **Experimentos jusconstitucionais nos séculos XIX e XX**

Se o último quarto do século XVIII foi o auge dos direitos humanos, demorou muito até que os fios nele trançados fossem retomados e reelaborados.

Quando o oprimido não consegue encontrar justiça em lugar algum  
quando o fardo se torna insuportável, ele ergue  
a mão confiadamente para o firmamento  
e traz para baixo seus direitos eternos  
que lá em cima pendem inalienavelmente  
e tão inquebrantáveis quando as próprias estrelas.

Esse verso se encontra na peça *Guilherme Tell*, de Friedrich von Schiller, que estreou em 1804. Que se pudessem trazer os direitos "para baixo" do firmamento era desejo, não realidade. O próprio termo "direitos fundamentais e humanos" era malvisto na Alemanha após os excessos que se seguiram à Revolução Francesa e não entrou em nenhuma das novas Constituições territoriais. Todo o poder estatal permaneceu unificado na pessoa do monarca; dependia dele garantir direitos como a segurança pessoal ou o direito à propriedade. Esse tipo de assecuração se encontrava, por exemplo, nas Constituições da Baviera ou de Baden, ambas de 1818.

Nelas também se garantia a liberdade para emigrar, que decerto foi aproveitada pelas pessoas para as quais o espírito da restauração deixou o ar pouco respirável. Do ponto de vista dos contemporâneos, os direitos de liberdade garantidos nas primeiras Constituições territoriais da Alemanha "havia sido quase inteiramente anulados em sua importância prática, sob a pressão da censura, por causa do domínio do processo inquisitorial e do definhamento da proteção jurídica, em relação à polícia e à administração" – essas são palavras de Heinrich Albert Zachariä, docente de Direito público e político em Göttingen.

Ainda assim, a ideia de que as Constituições e os direitos humanos formam uma unidade iniciou sua marcha triunfal na Europa, começando pela Constituição belga de 1831. O catálogo liberal de direitos fundamentais nela contido retomou em muitos aspectos o que havia sido desenvolvido na França. Além disso, havia coisas novas. Assim, por exemplo, aboliram-se confiscos de patrimônio e a sanção penal de perda de todos os direitos civis ("a morte civil"), e se estabeleceu que não haveria necessidade de "uma autorização anterior para a perseguição de funcionários públicos por causa de sua atividade administrativa". Com isso deveria ser implementado o que na atualidade se chama de "direito à boa administração". A Constituição belga continua em vigor ainda hoje, mesmo que em uma versão fortemente alterada e ampliada de 1994.

Direitos fundamentais também foram assumidos nas Constituições novas em outros países, seguindo o ideal francês, mas de modo mais cauteloso, mais prudente e menos radical. Assim, a Constituição suíça de 1848 diz o seguinte sobre a liberdade religiosa: "A prática livre do culto nas denominações cristãs reconhecidas está garantida em toda a extensão da Confederação Helvética. Reserva-se aos cantões e à federação a tomada de medidas apropriadas para a manutenção da ordem pública e da paz entre as confissões".

Na Alemanha, com a Constituição de Frankfurt de 1849 se acrescentou uma bela peça de colecionador ao repertório de codificações dos direitos humanos. Ela ficou na teoria, mas não poucas das formulações foram incluídas na Lei Fundamental em 1949, como, por exemplo, a liberdade de reunião ou a científica.

Entretanto, não só a emancipação política em grande parte negada, mas também o abismo crescente entre pobres e ricos que o capitalismo amplamente

irrefreado acarretou estavam no foco das discussões políticas no século XIX. Contudo, teóricos como Karl Marx e Friedrich Engels traduziram a insatisfação não para a linguagem dos direitos fundamentais e humanos, mas convocaram para a derrubada do sistema. Assim, o *Manifesto do Partido Comunista* de 1848 termina com as seguintes palavras: “Os comunistas se recusam a dissimular suas ideias e intenções. Declaram abertamente que seus fins só podem ser alcançados pela derrubada violenta de toda a ordem social progressa. Que as classes dominantes tremam à ideia de uma revolução comunista! Os proletários nada têm a perder exceto seus grilhões. Eles têm um mundo a ganhar”.

A experiência feita no capitalismo primitivo de que direitos como a liberdade de expressão e de reunião pouco significavam para as pessoas mal remuneradas que trabalhavam em turnos diurnos e noturnos em indústrias e minas mudou, porém, no século XIX, a noção de quais direitos devem ser parte integrante de um catálogo de direitos fundamentais. A concorrência ruinosa dos países industrializados às custas das trabalhadoras e dos trabalhadores foi vista como uma das causas da eclosão da Primeira Guerra Mundial. A fundação da Organização Internacional do Trabalho foi uma resposta a isso; sua “Constituição” foi integrada no Tratado de Paz de Versalhes de 1919. Segundo seu credo, “trabalho não é mercadoria”, e os direitos da população trabalhadora devem ser protegidos em nível internacional. Nesse sentido, as convenções da Organização Internacional do Trabalho elaboradas na sequência, por exemplo, sobre a proibição do trabalho forçado, a liberdade sindical, a seguridade social e a segurança no trabalho, deram uma contribuição importante para o desenvolvimento dos direitos humanos.

Na Constituição de Weimar de 1919 direitos sociais são ligados a direitos civis de forma exemplar. Ela não teve o mesmo destino da Constituição de Frankfurt de 1849, mas entrou em vigor pouco tempo depois do fim da Primeira Guerra Mundial. Contudo, ela prometia bem mais do que podia cumprir a República de Weimar, sacudida por exigências de reparação, inflação, crise financeira e radicalização política.

Também no início do século XX, a garantia de direitos fundamentais e humanos ainda era vinculada a um espírito revolucionário. Sem a voz bem alta das

ruas, essas exigências não podiam ser implementadas. E mesmo quando “o povo” era bem-sucedido, como, por exemplo, com a Revolução de 1905 na Rússia czarista ou também na Revolução de Novembro de 1918/1919 em Weimar, as promessas só eram feitas a contragosto, sempre com as segundas intenções, dificilmente ocultas, de retirar as promessas assim que fosse possível. Na Rússia, por exemplo, uma Constituição foi “imposta” ao czar, mas ele se recusou a prestar um juramento de que a cumpriria. Assim, Constituições com garantias de direitos fundamentais permaneceram um experimento.

Só em casos isolados se conseguiu que direitos fundamentais e humanos também fossem reconhecidos em tribunais. Reclamações ou processos eram possíveis quando os respectivos direitos tinham sido incluídos em “leis de direitos fundamentais” ou códigos processuais. Tribunais como o Tribunal Administrativo Superior da Prússia ou o Conseil d'État francês mostraram em casos avulsos como se podia promover o avanço do princípio da igualdade ou da liberdade de imprensa. Entre os pioneiros se encontravam ainda o Tribunal do Império Austríaco instituído em 1869, que era convocado para lidar com litígios referentes a “assuntos do Direito público”, assim como a Suprema Corte americana um século antes. Com isso, entretanto, o espírito revolucionário dos primórdios dos direitos humanos foi amansado, pois quem tem acesso ao Tribunal não precisa mais partir para a rebelião.

Os experimentos jusconstitucionais do século XIX e início do século XX tiveram graus de sucesso distintos, e as catástrofes não puderam impedi-los. Após a Revolução russa de Outubro, a marcha sobre Roma de Mussolini e a chamada tomada do poder por Hitler, o indivíduo desapareceu no coletivo. “Tu não és nada, teu povo é tudo” era o *slogan* da época: no Leste, “povo” foi substituído por “classe” e se criou o “novo ser humano soviético”. As garantias dos direitos humanos foram abolidas, discriminação, detenção arbitrária, perseguição por causa de orientação política não estavam mais proibidas, e sim ordenadas. Segundo Ernst Rudolf Huber, especialista em Direito público e principal jurista do Terceiro Reich, os direitos de liberdade do indivíduo “não eram compatíveis com o princípio do Direito vinculado ao povo”. Não poderia haver “uma liberdade pessoal, pré e extraestatal do indivíduo que o Estado devesse respeitar”. Primeiramente se romperam os tabus, depois as pessoas.

## Valores universais após a Segunda Guerra Mundial

A própria *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (*Universal Declaration of Human Rights*) de 1948 explica a razão de sua existência. Assim, o preâmbulo afirma, aludindo ao Holocausto, a crimes de guerra e à expulsão: "Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que enchem de indignação a consciência da humanidade", é necessário que "os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei", para que o ser humano não seja compelido, "como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão". Deposita-se esperança no "progresso social e em melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla". Com isso, cumprem-se promessas que Winston Churchill e Franklin Roosevelt tinham feito poucos anos antes, em agosto de 1941, logo depois do ataque da Alemanha nazista à União Soviética, com a *Carta do Atlântico*. Ela tinha sido redigida em circunstâncias dramáticas, em um navio de guerra britânico diante da Terra Nova, e garantia uma "vida livre de temor e de privações". Juntamente com a liberdade de expressão e de religião, eram essas as "quatro liberdades" que Roosevelt já havia formulado, em janeiro de 1941, em seu discurso sobre o estado da nação e, mais tarde, declarado fundamento da coalizão anti-Hitler. A *Declaração Universal dos Direitos Humanos* pôde tomar isso como base.

A ideia dos direitos humanos já tinha sido "universal" desde a Revolução Francesa. O fato de que agora ela deveria ser elevada ao nível internacional e se tornar parte do Direito internacional representou um salto quântico. Na verdade, a *Declaração Universal* não foi a primeira codificação internacional dos direitos humanos, pois a *American Declaration of the Rights and Duties of Man* (Declaração Americana dos Direitos e Deveres Humanos) de 2 de maio de 1948, conhecida como "Declaração de Bogotá", a tinha precedido em meio ano. Entretanto, era regionalmente limitada em termos de produção de consenso e efeitos.

Vale a pena narrar a história da *Declaração Universal* com mais detalhes, de tão singulares que são o processo e o resultado. Tratou-se de uma breve janela de tempo após a Segunda Guerra Mundial e antes do início da Guerra Fria em que o mundo pôde refletir sobre valores comuns. O trabalho teve início quando a Europa

ainda estava em ruínas. Ele terminou quando os chamados “bombardeiros de passas” começaram a abastecer a população de Berlim, isolada pela União Soviética e faminta, com gêneros alimentícios. Um pouco mais tarde irrompeu a Guerra da Coreia, e então não teria mais sido possível construir uma ponte entre Leste e Oeste, Norte e Sul. Mas as coisas já estavam fervendo durante o trabalho do Comitê de Redação, no período de 27 de janeiro de 1947 até 10 de dezembro de 1948. Assim, foi um indício da Guerra Fria o fato de que o presidente Harry Truman respondeu, em fevereiro de 1947, às tentativas soviéticas de golpe na Grécia e na Turquia com a Doutrina Truman, segundo a qual os Estados Unidos asseguraram apoio a todos os povos que “opõem resistência à tentativa de sujeição por parte de minorias armadas ou pressão de fora”. A crise palestina com a retirada das tropas britânicas, a fundação do Estado de Israel e o início da primeira guerra entre árabes e israelenses quase provocaram o fracasso do projeto.

Nas declarações anteriores de direitos humanos, na *Magna Carta* e na *Bill of Rights*, a injustiça contra a qual se dirigia a rebelião tinha sido nomeada concretamente. Na época da elaboração da *Declaração Universal*, por outro lado, a opressão era onipresente, não só na recordação das atrocidades dos regimes ditatoriais na Alemanha e no Japão, que desrespeitavam as pessoas e foram derrubados militarmente, mas também na realidade cotidiana dos países dos quais provinham os delegados. Na União Soviética, centenas de milhares passavam necessidade em acampamentos; às pessoas que haviam sobrevivido aos expurgos lá nos anos 1930 somaram-se os prisioneiros de guerra repatriados. Nos Estados Unidos, havia pessoas de primeira e de segunda classe; ainda não tinha aparecido um Martin Luther King para lutar pelos direitos da população afro-americana. A Grã-Bretanha e a França eram impérios coloniais, e os cidadãos “daqui” e os “de lá” não eram iguais; rebeliões e agitações, como na Argélia, eram reprimidas de modo sangrento. E as belas palavras do preâmbulo da *Declaração Universal* tinham sido rascunhadas pelo primeiro-ministro da União Sul-Africana Jan Christiaan Smuts, promotor ativo da política do *apartheid*. Assim, os direitos humanos eram um credo com um nível muito elevado de abstração. Diferentemente dos três séculos precedentes, parecia – abstraindo do direito à autodeterminação dos povos,

deliberadamente excluído – que praticamente não se tinha medo da dinâmica revolucionária inerente aos direitos humanos.

Assim, a adoção da *Universal Declaration*, na Assembleia Geral das Nações Unidas, deu-se com 48 votos a favor, mas também com oito abstenções. O império soviético, que compreendia a Ucrânia e a Bielorrússia e as repúblicas populares da Polónia e da Tchécoslováquia, que já haviam se tornado Estados-vassalos, bem como a Iugoslávia e a África do Sul se abstiveram. Mas também no mundo árabe se via com desconfiança a visão de mundo propagada como “oniabrangente”. Visto que a liberdade religiosa também deveria encerrar o direito de trocar de religião – que, porém, para os muçulmanos significava, via de regra, uma apostasia (*murtad*) sobre a qual pesava a pena de morte – e, além disso, previa-se a igualdade jurídica entre homem e mulher no matrimônio, não se queria a aprovação. De resto, por ocasião da votação grande parte das pessoas ficou “do lado de fora”, pois as colônias e, com isso, os territórios mais tarde designados como “Terceiro Mundo”, assim como os Estados derrotados na guerra, Alemanha, Áustria, Japão e Itália, e ainda outros Estados como Hungria, Bulgária e Romênia, não foram convidados a enviar representantes ao Palais de Chaillot, em Paris.

A elaboração da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* foi um trabalho de equipe internacional e, ainda assim, está associado principalmente com um nome, o da viúva do presidente americano, Eleanor Roosevelt. O presidente Truman a havia nomeado delegada americana junto às recém-fundadas Nações Unidas; na sequência, ela foi eleita presidente da comissão de 18 pessoas instituída para elaborar a Declaração dos Direitos Humanos. Ela conseguiu, como “Madame Chairman”, com habilidade diplomática e tato, levar o projeto a um fim exitoso, superando infinitos obstáculos e sensibilidades. Outras cabeças importantes foram o libanês Charles Malik, que estudara não só em Harvard, mas por pouco tempo também na Alemanha com Martin Heidegger e, como cristão árabe, era porta-voz da diversificada herança cultural do Oriente Próximo, o filósofo, músico e diplomata chinês Peng-Chun Chang e o posterior presidente do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e ganhador do Prêmio Nobel da Paz René Cassin, um francês de origem judaica que, durante a Segunda Guerra Mundial, havia estado ao lado de Charles de

Gaulle. Eles tiveram o apoio de John Humphrey, canadense que, a partir de 1946, dirigiu o Departamento de Direitos Humanos da Secretaria das Nações Unidas; ele tinha coletado os documentos sobre direitos humanos existentes no mundo inteiro e preparado um primeiro esboço.

Quando se lê a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, tem-se a impressão de que se trata de algo coeso, "redondo". Mas embates culturais e ideológicos foram travados em torno de cada palavra, quase se poderia dizer em torno de cada ponto e cada vírgula. Assim, já houve uma disputa intensa sobre o primeiro artigo, que explica a imagem de ser humano subjacente à Declaração. A versão que se encontrou como meio-termo reza assim: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem interagir com espírito de fraternidade." Era controvertido se se deveria partir de um indivíduo autônomo e autodeterminado ou se o indivíduo só poderia se realizar, fundamentalmente, na comunidade. Para o representante chinês, a referência ao "espírito de fraternidade" era de importância central, pois do contrário a visão europeia excessivamente individualista não poderia ser comunicada na Ásia. A rigor, ele pretendia contrapor a concepção chinesa de *rén* ao conceito de "razão" proveniente da filosofia do iluminismo. O respectivo carácter apresenta duas pessoas inter-relacionadas e expressa que os seres humanos estão, por natureza, em intercâmbio mútuo. Contudo, não se pôde encontrar um termo apropriado para *rén* em outras línguas. O termo "consciência" (*conscience*) encontrado por fim não é adequado, e realmente não se consegue construir a ponte para o confucionismo. Inversamente, o representante brasileiro queria retomar no Artigo 1º uma alusão à ideia cristã do ser humano como "imagem de Deus". Isso também foi rejeitado pelo fato de que justamente não se pretendia consignar as noções de uma religião determinada, e sim o legado comum a todas as pessoas.

Outro ponto controverso era se se deveriam contrapor deveres aos direitos. Caso se fale de "direitos inatos inalienáveis", a rigor eles não podem ser tornados dependentes do cumprimento de deveres. Mas os europeus não conseguiram persuadir os representantes de outras regiões do mundo a adotar essa noção. Para preparar o trabalho da comissão, Eleanor Roosevelt tinha inquirido filósofos nos diversos continentes a respeito de sua compreensão de direitos humanos. A

resposta de Mahatma Gandhi foi significativa: "Aprendi de minha mãe, que era analfabeta, mas sábia, que todos os direitos merecidos e dignos de preservação se derivam de deveres que foram bem cumpridos. [...] No caso de todo e qualquer outro direito se pode mostrar que se trata de uma presunção para a qual dificilmente vale a pena lutar".

Também entre a visão de mundo marxista e a liberal-burguesa se abriam, via de regra, fossos de separação. Exemplar é, por exemplo, a afirmação do representante iugoslavo Vladislav Ribnikar, no início das negociações, de que a "psicologia do individualismo" teria sido usada "pela classe dominante na maioria dos países para manter seus próprios privilégios". Uma declaração moderna dos direitos, porém, não deveria considerar apenas "os direitos que são preferidos pela classe dominante". É quase um milagre que, não obstante tais posturas fundamentais, tenha sido possível formular um texto coeso. No final das contas, conseguiu-se construir uma ponte entre uma compreensão liberal e uma social dos direitos humanos; direitos sociais também foram fundamentalmente aceitos como parte da compreensão histórica dos direitos humanos. Em todo caso, Franklin Roosevelt os tinha chamado concretamente de *Second Bill of Rights* em seu discurso à nação de janeiro de 1944, mesmo que, de resto, não fizessem parte da tradição americana.

Muitas vezes, os detalhes eram cruciais quando se tratava de encontrar um denominador comum entre as diversas tradições culturais. Assim, um representante muçulmano queria substituir a garantia de "seguridade social" por "justiça social", visto que só assim se incluiria a *zakat* muçulmana, um tributo voluntário cobrado para apoiar os pobres e que constitui um dos cinco pilares do islã. Mas ele não conseguiu impor a ideia, porque, de modo geral, a tradição ocidental de direitos humanos era dominante por causa do peso maior dado a documentos escritos em comparação com a tradição oral.

A *Declaração Universal* é um marco histórico. Eleanor Roosevelt introduziu a votação final com as seguintes palavras: "We stand today at the threshold of a great event both in the life of the United Nations and in the life of mankind. This Declaration may well become the international Magna Carta of all men everywhere"

["Encontramo-nos hoje no limiar de um evento grandioso tanto na vida das Nações Unidas quanto da humanidade. Essa Declaração pode muito bem se tornar a Magna Carta de todos os seres humanos em toda parte"]. Isso não é obstado pelo fato de, na opinião de historiadores como Samuel Moyn, ela ter sido apenas um elemento marginal para o desenvolvimento político não só do pós-guerra, mas também até a década de 1970.

### **Codificações e controles no século XXI**

A história das codificações dos direitos humanos não termina no ano de 1948 com a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Tal como se uma comporta tivesse sido aberta com isso, nos anos e nas décadas subsequentes dúzias de comissões, comitês e assembleias consultivas esboçaram catálogos de direitos humanos, seja para incluí-los em Constituições nacionais, seja para registrar particularidades regionais, seja para assegurar direitos especiais para distintos grupos.

Diversos êxitos se destacam. Assim, com a *Convenção Europeia dos Direitos Humanos* de 1950 – só pouco depois da adoção da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* – criou-se um sistema eficaz que oferece proteção a 800 milhões de pessoas desde o fim do conflito Leste-Oeste. A proteção dos direitos humanos foi ampliada com vários protocolos, sendo que em especial a pena de morte originalmente ainda admitida foi proibida, sem exceções, primeiro em tempos de paz e mais tarde também em tempos de guerra. As garantias inicialmente entendidas como um mínimo e redigidas sucintamente foram nuançadas e "modernizadas" ao longo das décadas.

As codificações de direitos humanos para o continente americano e o africano têm uma concepção semelhante, mas são menos determinantes: por um lado, a *Convenção Americana dos Direitos Humanos* do ano de 1969, com a qual os direitos contidos na *Declaração de Bogotá* foram incluídos em um tratado vinculante, e, por outro, a *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*, a chamada Carta de Banjul, que foi aprovada em 1981 e entrou em vigor em 1986. Em termos de conteúdo, elas divergem do modelo europeu em pontos importantes, por exemplo, na

acentuação dos deveres do indivíduo para com a comunidade ou também na garantia de direitos coletivos, como o direito ao desenvolvimento; este último aspecto se aplica sobretudo ao modelo africano.

Em nível internacional, só duas décadas após a adoção da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, com um atraso causado pela encarniçada confrontação entre os dois blocos ideológicos na Guerra Fria, elaboraram-se tratados vinculantes de direitos humanos: por um lado, o *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos* e, por outro, o *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Acentua-se, como uma espécie de mantra, que eles formariam uma unidade, pois os direitos civis e sociais estariam indissolúvelmente ligados. Nesses pactos também foi incluído o direito – já prometido na *Declaração Universal*, mas deliberadamente excluído por causa de sua força explosiva em potencial – à autodeterminação em posição proeminente, no início do Artigo 1º.

A proteção internacional dos direitos humanos forma uma abóbada para a proteção nacional dos direitos humanos, porém não a substitui. A Lei Fundamental, por exemplo, dá continuidade à tradição iniciada com a Constituição de Frankfurt de 1849 e com a Constituição de Weimar, mas, com a dignidade humana, põe no começo um direito fundamental singular e central devido à experiência negativa feita na época do nacional-socialismo: "A dignidade do ser humano é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público".

No mundo inteiro, catálogos de direitos humanos são incluídos nas Constituições. Algumas rompem com tradições centenárias. A Constituição da Índia de 1949, por exemplo, proíbe a discriminação por pertença a casta e não permite mais que pessoas sejam vistas como "impuras" e, portanto, "intocáveis" e marginalizadas por isso. Outras Constituições, como, por exemplo, a brasileira de 1988, chamam a atenção pela minuciosidade das normas, em especial de direitos sociais. Muitos dos Estados africanos que se tornaram independentes copiaram quase literalmente a *Declaração Universal* em suas Constituições. Também nas novas Constituições dos Estados pós-comunistas da Europa se pode observar uma "migração de ideias"; modelos estrangeiros e internacionais são retomados de modo abrangente.

Portanto, no presente os direitos humanos são garantidos em vários níveis – nacional, supranacional e internacional – e também nesse caso de forma dupla ou tripla. Isso se aplica em medida especial à Alemanha como Estado federativo, já que os catálogos de direitos fundamentais das Constituições estaduais se defrontam com o catálogo de direitos fundamentais da Constituição federal e, além disso, há dois sistemas de proteção em nível europeu, a *Convenção Europeia dos Direitos Humanos* e a *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*; esta última se baseia na primeira, mas não coincide com ela.

Além disso, os instrumentos de direitos humanos em nível internacional são nuançados em grau crescente. Elaboram-se tratados à parte para uma multidão de grupos reconhecidos como ameaçados, por exemplo, mulheres, crianças, trabalhadores itinerantes ou pessoas com deficiências. A ratificação quase universal de alguns tratados – por exemplo, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – não deve, contudo, ser equiparada a um consenso sobre os direitos neles contidos. Muitas vezes se formulam ressalvas que sabotam a concordância de conteúdo – se, por exemplo, a igualdade jurídica de homem e mulher só é reconhecida na medida em que é permitida pela xaria.

Desde os esforços de codificação após a Segunda Guerra Mundial havia um consenso de que a fixação de direitos por escrito não seria suficiente, por si só, para uma proteção eficaz. Que a confiança é boa, mas o controle é melhor, esse era o credo de todas as pessoas que realmente se importavam com os direitos humanos. Embora houvesse concordância, já no ano de 1946, para a fundação de uma Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, por causa dos joguinhos diplomáticos na Guerra Fria ela não passava, nas palavras de John Humphrey, da “mais sofisticada cesta de papéis jamais inventada”.

O que não era possível em nível universal podia ser empreendido regionalmente. Os europeus deram o primeiro passo com a estruturação de um genuíno sistema de controle; os sul-americanos e, com grande distância, os africanos foram os seguintes.

A Comissão Europeia de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos atuam desde 1954 e 1959. Originalmente, foram planejados como parte de um sistema bipartido de controle do Conselho da Europa, mas o Tribunal mostrou

ser tão eficiente e demandado que em 1998 ele tornou supérflua a Comissão, que até então filtrava as reclamações. Suas portas estão abertas para todas as pessoas que tenham esgotado as possibilidades nacionais de proteção jurídica contra violações dos direitos humanos. Atualmente, ele decide 60 mil processos por ano e dá respostas a todas as perguntas que dizem respeito à vida da sociedade, desde a maternidade de substituição até a proteção contra a vigilância por serviços secretos. Embora a Convenção Europeia dos Direitos Humanos só se aplique a quem se encontre sob a “jurisdição” de um dos Estados-membros, o Tribunal também se posicionou sobre direito e injustiça em conflitos fora da Europa, como, por exemplo, no Afeganistão e no Iraque, especialmente quando militares de países europeus estavam em ação. Em Estrasburgo também se trata de temas como a migração e o terrorismo; muitas das decisões servem de exemplo para a compreensão de direitos humanos no mundo inteiro.

No sistema de proteção americano e africano existem não só tribunais, mas também comissões que lhes estão antepostas e às quais os indivíduos devem recorrer com suas reclamações antes de poder conseguir uma decisão judicial. O Tribunal Interamericano de Direitos Humanos (*Inter-American Court of Human Rights*), com sede em San José, na Costa Rica, foi fundado em 1979, e o Tribunal Africano (*African Court of Justice and Human Rights*), em Arusha, na Tanzânia, em 2004. Esses dois tribunais ainda não se tornaram referências amplamente visíveis na proteção dos direitos humanos em nível de Direito internacional. Ainda que decisões avulsas tenham força de irradiação, eles ainda têm um longo caminho pela frente para influenciar desdobramentos nacionais de forma mais do que pontual.

Entre os Tribunais constitucionais aos quais também se confiou a supervisão do cumprimento dos direitos humanos, o Tribunal Constitucional Federal, fundado em 1951, assumiu – apesar ou por causa das violações maciças de direitos humanos antes de 1945 – um papel de liderança. Com a ideia de que o efeito irradiador dos direitos fundamentais deve ser respeitado em todo o sistema jurídico, ele colocou bem cedo, em sua jurisprudência, o alicerce para que o centro de gravidade da política alemã, quando se trata de questões éticas e sociais delicadas, se transferisse de Berlim para Karlsruhe.

Se o controle judicial dos direitos humanos começou devagar e com grande reticência, no final do século XX a “rede jurisprudencial” se tornou cada vez mais estreita. Com a inclusão da *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* no Tratado de Lisboa no ano de 2008, o Tribunal de Justiça Europeu em Luxemburgo passou para o primeiro plano como segundo ator, ao lado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos em Estrasburgo. Entrementes os Tribunais europeus e o Tribunal Constitucional Federal formam uma estrutura complexa, muitas vezes comparada a um móbile, que sempre está em movimento sem que houvesse um “acima” e um “abaixo” fixos. Não raro, entretanto, a briga pela “última palavra” em questões de direitos humanos é também uma questão de poder.

Também no nível das Nações Unidas não se permaneceu inativo. Embora não se tenha conseguido chegar a formar Tribunais genuínos, existe entrementes um Comitê de Especialistas para cada um dos muitos tratados sobre direitos humanos que decide – de modo não vinculante – sobre casos avulsos e propõe diretrizes gerais de interpretação. Pode-se duvidar que o dispêndio esteja em uma relação adequada com o benefício, particularmente quando Tribunais e comitês de especialistas se contradizem em questões importantes. O exemplo provavelmente mais conhecido é o “caso da burca”. Segundo o parecer do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, uma proibição, sob pena de sanções penais, de vestir uma burca em público é compatível com a liberdade religiosa e o dever de respeito pela vida privada; o Comitê de Direitos Humanos convocado para o controle do Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos foi de outra opinião e condenou a respectiva regulação francesa por infringir os direitos humanos.

Olhando-se retrospectivamente para os primeiros passos e a longa história da asseguaração por escrito de direitos que cabem ao indivíduo frente ao governante, a densa rede atual de garantias contidas em tratados e no Direito constitucional parece ser uma grande conquista. Isso está certo. Também faz sentido responder a novos desafios – por exemplo, a crise climática e ambiental bem como a digitalização – com novas codificações. Ainda assim, é duvidoso se um “sempre mais” de declarações de direitos humanos e órgãos de controle realmente significa um progresso ou se uma multiplicação adicional de normas e instituições de controle

não leva a sobreposições e conflitos e, por conseguinte, pode acabar debilitando o projeto chamado "direitos humanos".

A rigor, tudo já está dito com os expressivos textos da *Virginia Declaration of Rights*, da *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* e da *Universal Declaration of Human Rights*. Além disso, a incorporação das ideias em Constituições e tratados fundamentais criou segurança jurídica, e a fundação de Tribunais, confiança. Não há mais necessidade de coisas novas. É preciso, isso sim, lidar de forma responsável com o que se conseguiu e responder a desafios inteiramente novos com o instrumentário historicamente testado.

## 2. Fundamentos filosóficos e crítica

### Pontos de referência da Bíblia até o Renascimento

Na Antiguidade grega e romana não se falava de "direitos humanos"; na Bíblia eles tampouco são atestados. Ainda assim, encontram-se fragmentos de ideias, reflexões avulsas, imagens, pensamentos fundamentais que as pessoas que defendem os direitos humanos na atualidade gostam de retomar. Assim, os sofistas, que atuaram entre cerca de 450 até cerca de 380 a. C., na Grécia, questionaram a ordem vigente e, em particular, a origem divina das leis e viam o Estado e a sociedade como, em última análise, puras criações da vontade humana. Antifonte ensinava que os seres humanos são iguais por natureza, as diferenças dos estamentos e nações são artificiais e devem ser superadas em favor da igualdade natural. Por isso, ele também se voltou contra a escravidão, que na Antiguidade era tida como uma obviedade. De Protágoras provém a afirmação de que o ser humano é "a medida de todas as coisas".

A noção do ser humano como imagem de Deus provém da Bíblia. No relato da criação se diz que "Criou Deus o ser humano à sua imagem, à imagem de Deus o criou; homem e mulher os criou." Disso se inferiu na Modernidade que já a Bíblia afirma que todos os seres humanos são iguais perante Deus. Mas essa igualdade entendida teologicamente é outra coisa do que o direito humano à igualdade. Entre pensadores do cristianismo incipiente como Agostinho se encontram ideias em que ressoa o ideário do Direito natural: "Na razão de todo ser humano que já possui livre-arbítrio surge uma lei, inscrita naturalmente no coração, pela qual ele é admoestado para não fazer a outrem o que não quer que lhe seja feito".

As noções bíblicas marcaram o pensamento das épocas subsequentes na Europa. Pico della Mirandola, em seu *Discurso sobre a dignidade do ser humano*, de 1486 – um dos "mais nobres legados do Renascimento" (Jacob Burkhardt) –, escreve, retomando o relato da criação, que o ser humano se distinguiria de todos os outros seres vivos por ser "uma obra de forma indefinida" e seria livre para decidir o que e como quer ser: "Nós não te criamos nem celestial nem terreno, nem mortal nem imortal, para que, como teu próprio escultor, criativo e decidindo livremente em

honra, moldes a ti mesmo para ter a forma que preferes". O passo que leva da autoconsciência renascentista de Pico della Mirandola às reflexões de Immanuel Kant sobre a liberdade como "direito inato" e sobre a "dignidade inerente ao ser humano" não parece mais longo, mesmo que ainda haja entre elas três séculos de história das ideias.

Até o século XVII só se encontram esporadicamente ideias que se aproximem de uma filosofia dos direitos humanos, e muitas vezes elas foram, como no caso do relato da criação, introduzidas depois, interpretativamente, em textos anteriores. Com a entremistura de filosofia de Estado e subversão política, com a justificação jurídica da rebelião, com a associação entre utopia e norma, algo novo teve início no século XVII. Agora se esboçaram uma filosofia política e uma ética normativa, ambas ousadas, ambas controvertidas e ambas muito bem-sucedidas.

### **Do contrato social à vontade comum: Hobbes, Locke, Rousseau**

Pode-se aceitar o poder como querido por Deus ou dado por natureza, mas também se pode perguntar por que um pode exercer poder e o outro está submetido a ele. Quem pergunta é renitente e rebelde, pois perguntas podem rapidamente se transformar em questionamento. E então não é mais grande a distância entre questionar o poder e colocar o Estado e a sociedade de cabeça para baixo. Esse foi, muito simplificadamente, o caminho do *Leviatã* (1651) de Thomas Hobbes, passando pelos *Dois tratados sobre o governo* (1689) de Locke e pelo *Contrato social* (1762) de Rousseau, até a queda da Bastilha (1789). O Estado foi primeiramente desmontado em termos teóricos e depois recomposto na prática. Os direitos humanos não estavam previstos no novo modelo desde o início, mas mostraram ser indispensáveis ao ser olhados mais de perto.

Foi o texto sobre teoria do Estado de Thomas Hobbes intitulado *Leviatã ou matéria, forma e poder de um governo eclesiástico e civil* que preparou o novo pensamento. Ele constituiu a resposta a um mundo que era abalado por guerras religiosas, mas ainda se baseava no antigo modelo do Estado medieval, segundo o qual deveria haver *uma única* religião e *um único* governante e o universo assim

como é, com todas as desigualdades e injustiças, era visto como expressão da vontade de Deus. Com sua teoria de um contrato que os seres humanos celebram para não se dilacerar mutuamente, Hobbes fundamentou o poder estatal de forma nova e ofereceu, ao mesmo tempo, um novo padrão explicativo para uma nova realidade social.

É óbvio que o Estado é “mais” do que apenas a soma de seres humanos que casualmente convivem em uma determinada região. O que se pode questionar, porém, é o que esse “mais” significa. Hobbes vê no Estado uma associação que se baseia em “contratos mútuos de cada um com cada um” e faz com que “o poder de todos” possa ser empregado “para a paz e a defesa comum”. Por mais que avalie os seres humanos negativamente – ele os chama de “insociáveis” e “cada um determinado a assassinar o outro” –, atribui-lhes, não obstante, autonomia e força de vontade ao dizer que eles “se unem voluntariamente e, de modo geral, fazem um acordo para obedecer em conjunto a um ou mais”.

A imagem hobbesiana de um ser humano autoconsciente e autodeterminante, sob cujo poder está evitar violência e guerra ao se submeter a um governante soberano, justifica um modelo hierárquico de governo, mas já aponta para novos caminhos do pensamento político. A sujeição é reafirmada, mas não é mais óbvia, e sim consciente. Embora se possam classificar as ideias de Hobbes como absolutistas, já se trata de um absolutismo esclarecido. A esse primeiro passo da emancipação ideativa dos indivíduos haveriam de se seguir outros. O caminho leva do súdito ao cidadão.

John Locke, nascido 50 anos depois de Hobbes e, como esse, marcado pelo século das guerras civis inglesas, não vê mais a guerra de todos contra todos como ponto de partida, mas sublinha que, embora o ser humano possua direitos no estado de natureza, eles não são ilimitados e, por conseguinte, potencialmente destrutivos, mas terminam onde começam os direitos dos outros. As visões de ambos os pensadores sobre o que é o “estado de natureza” não poderiam ser mais distintas. Assim escreve Hobbes: “Tendo em vista esse grande temor que os seres humanos, de modo geral, cultivam uns para com os outros, eles não podem se assegurar melhor do que de tal modo que um se adiante ao outro ou continue a submeter todos os outros a si mediante astúcia e violência enquanto houver outros que ele deva

temer". Segundo Locke, uma noção dessa espécie contradiz toda razão: "O estado de natureza é regido pela lei natural, que vincula a todos; e a razão, que é essa lei, ensina à humanidade toda, caso essa a consulte, que ninguém deve lesar vida, saúde, liberdade e propriedade de outrem, já que todos são iguais e independentes". Enquanto um esboça uma imagem da guerra de todos contra todos (*bellum omnium contra omnes*), o outro confia na razão, que, em princípio, possibilita uma convivência profícua.

O que está em primeiro plano, para Locke, é o direito à vida, que é muito mais do que o direito à "sobrevivência" e compreende também o direito de desfrutar e conservar as comodidades da vida. Com base nisso, liberdade, igualdade, intangibilidade da pessoa e da propriedade são os mais elevados bens protegidos pelo Direito. Para Locke, o Estado deve propiciar que toda pessoa possa ser "artífice de sua felicidade" – uma ideia incorporada diretamente na Declaração da Independência dos Estados Unidos na fórmula "pursuit of happiness" ["busca da felicidade"]. A política se torna filosofia vivida.

Em vez da subordinação sob o soberano, Locke propaga uma legislação em que as pessoas sobre as quais se tomam decisões também decidam por conta própria. A "Magna Carta" só tinha exigido isso para a imposição de tributos, e agora deve ter validade geral. Igualmente nova é a percepção de Locke de que a não separação do poder legislativo e do executivo constitui um mal. Ele se tornou precursor da separação de poderes ainda antes de Montesquieu.

Assim como Hobbes, Locke toma como ponto de partida a ideia de que o Estado se baseia em que cada indivíduo consinta em ser incorporado a um grande conjunto para, assim, formar "um só corpo" ("one body"). Se, porém, o governo não consegue garantir para esse Estado o cumprimento das leis criadas para o benefício geral, ele deve ser substituído; o caminho para um recomeço está livre. Portanto, também em seu pensamento o direito à rebelião está diretamente ligado à ideia do Estado. O poder é dado para um fim determinado – direcionado para a implementação dos direitos humanos. Se esse fim não é alcançado, ele não tem fundamento e, por conseguinte, é ilegítima; a resistência é um direito humano.

O que une Hobbes, Locke e Rousseau é a reflexão sobre um estado de natureza que precede uma comunidade estatal formada. Rousseau vê, assim como os dois precursores ingleses, um “contrat social” para a associação dos seres humanos no Estado. Mas, ao passo que segundo a noção liberal de Locke os interesses dos indivíduos devem ser mantidos e alcançar um equilíbrio, Rousseau postula uma “volonté générale”, uma vontade comum. Se, porém, a vontade do indivíduo se dissolve em uma vontade coletiva fictícia, não há mais espaço para opiniões contrárias, não há mais espaço para uma disputa de ideias, não há mais espaço para a liberdade. A concepção de Rousseau é antipluralista e oferece uma forma oca não qual modelos totalitários de sociedade também podem ser encaixados.

Na Declaração francesa dos Direitos do Ser Humano e do Cidadão se encontra algo de ambos os modelos. Os direitos do indivíduo exigidos por Locke são enumerados, mas ao mesmo tempo se designa a lei como expressão da “volonté générale”. A liberdade e a não liberdade estão próximas uma da outra; o modelo projetado em 1789 já virou em 1793 e levou ao que se chamou de “la terreur”, o reinado do terror. Em Rousseau e Locke, o balizamento filosófico se distinguia por nuances. Mas de um lado do caminho a guilhotina estava à espera, e do outro a democracia.

### **Liberdade e razão no pensamento de Kant**

Entre Königsberg e Paris há uma distância de 2 mil quilômetros. Assim, em seu domicílio Kant estava muito longe da Revolução Francesa. Por isso, em sua obra *Metafísica dos costumes*, de 1797, ele pôde integrar, com a distância necessária, o experimento político dos franceses com a liberdade em seu ideário filosófico.

Para Kant, a liberdade é um direito “inato”, que “cabe a toda pessoa por natureza, independentemente de todos os atos jurídicos”. Todos os outros direitos se derivam disso, como, por exemplo, a proibição de discriminação, o direito de ser seu próprio senhor, ser tido inicialmente como inocente e o direito de fazer ou deixar de fazer qualquer coisa contanto que não se violem direitos alheios. “Liberdade igual” e “autonomia moral” são marcas da filosofia de Kant. Para ele, porém, a liberdade não está desvinculada, mas se caracteriza pela lei moral e pelo cumprimento do

dever. Assim como para os pensadores franceses, para Kant o poder político é limitado – “o direito dos seres humanos deve ser considerado sagrado, por mais que isso custe um grande sacrifício ao poder governante”. Por outro lado, no pensamento dele não encontra repercussão a busca da felicidade presente na tradição francesa e inglesa. Johann Gottlieb Fichte sintetiza bem a rejeição que continua atuante na tradição alemã: “Quem espera felicidade é um tolo que desconhece a si mesmo e toda a sua disposição”.

Um outro teorema de Kant foi central para o desenvolvimento posterior dos direitos humanos e provavelmente teve o efeito mais duradouro. Ele percebeu que aos seres dotados de razão, diferentemente das coisas, cabe dignidade. O ser humano como ser racional é “fim em si mesmo” e não deve “ser usado como mero meio”.

A ideia kantiana da dignidade que cabe ao ser humano como “sujeito” foi retomada, como valor fundamental abstrato, no preâmbulo da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, no Artigo 1º da Lei Fundamental e em muitas outras Constituições e tratados sobre direitos humanos. A “fórmula objeto” derivada de sua filosofia vem sendo, até o presente, um elemento importante na atividade jurisdicional. O Tribunal Constitucional Federal, em particular, define com ela quando a dignidade do indivíduo é violada – por exemplo, quando uma prisão perpétua realmente significa perpétua e detentos não têm qualquer esperança de reaver a liberdade, ou quando se autoriza que aviões com terroristas e passageiros a bordo sejam abatidos. Nesse caso, a tradução da linguagem filosófica para a jurídica tem o seguinte teor: “Partindo da noção do legislador fundamental de que faz parte da essência do ser humano determinar-se a si mesmo e se desenvolver livremente, e que o indivíduo pode exigir, fundamentalmente, ser reconhecido como membro com direitos iguais na comunidade, a obrigação de respeitar e proteger a dignidade humana exclui, de modo geral, tornar o ser humano mero objeto do Estado. Portanto, está estritamente proibido todo e qualquer tratamento do ser humano por parte do poder público que questione fundamentalmente sua qualidade de sujeito, seu status como sujeito de Direito”. Bem concretamente, essa ideia levou, por exemplo, à soltura de Erich Honecker, pois o Tribunal Constitucional de Berlim viu como infração da

dignidade humana mover um processo contra um réu doente de câncer se ele provavelmente não vivenciaria mais o fim desse processo. Nesse caso, ele seria transformado em mero “objeto”.

### **Dúvida e crítica no pensamento de Jeremy Bentham**

Os teóricos da liberdade e igualdade humanas fundamentadas no Direito natural encontraram seu mais encarniçado adversário no filósofo inglês Jeremy Bentham. Seus escritos apontam para uma nova época e se tornaram influentes sobretudo no século XIX, ainda que ele próprio, nascido em 1748, ainda fosse filho do século XVIII. Seu escrito *Anarchical Fallacies (Falácias anárquicas)*, voltado contra a *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* de 1789, é um panfleto com tiradas xingatórias tão veementes que constitui, até o presente, uma mina de ouro para citações, ao menos no âmbito da língua inglesa, para adversários da ideia dos direitos humanos. Se os franceses exigiram direitos não só para si mesmos, mas também para o mundo inteiro, isso representaria uma “cócega requintada para o nervo da vaidade do coração francês”.

Objetivamente, Bentham ataca a noção de que poderiam existir direitos em um estado de natureza, antes mesmo de haver governo e lei. Segundo sua ótica positivista, direitos como o de propriedade só poderiam ser definidos pelo legislador, mas não estar dados previamente. Medir as leis efetivamente existentes por direitos imaginários e declará-las nulas caso não correspondam a eles seria não apenas errado, mas levaria à anarquia. Caso fosse admissível não observar leis existentes invocando uma declaração geral, então se estaria propagando a revolta permanente.

Além disso, as afirmações contidas na declaração dos direitos humanos estariam em contradição com o que toda pessoa pode ver e observar. Assim, de modo algum todos os seres humanos nasceriam livres; pelo contrário, a não liberdade seria um fato. Bentham também refuta a ideia da igualdade com exemplos concretos. Se ela fosse levada a sério, isso significaria que não só “o médico” poderia trancafiar “o maluco”, mas também “o maluco ao médico”, que o amo teria de servir ao criado como também o criado ao amo. No matrimônio sujeição e desigualdade

seriam inevitáveis, pois, se os dois cônjuges tivessem direitos iguais, mas quisessem coisas opostas, a solução de conflitos não seria possível.

Assim, as grandiosas palavras utilizadas pela *Déclaration* não teriam importância ou, se fossem levadas a sério, as afirmações seriam tão gritantemente errôneas que se precisaria dizer que se trata de uma “linguagem terrorista”. Em última análise, com essa espécie de “bobagem em pernas de pau” só se reforçariam as paixões egoístas e associadas das pessoas.

A história deu razão às pessoas que redigiram a *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, e não a Jeremy Bentham. Talvez ele tenha gritado alto demais para que lhe dessem ouvidos. No fundo, ele tinha razão com algumas de suas observações críticas. Assim, muitas constatações da *Déclaration* são mais desejo do que norma. Nem no século XVIII nem em qualquer outro tempo na história da humanidade todos nasceram efetivamente “livres e iguais em direitos”. Mesmo que se entenda isso não como descrição “do que é”, mas “do que deveria ser”, trata-se de uma promessa vazia enquanto não se puder preencher os “direitos iguais” com conteúdos iguais. Tampouco existe uma vontade comum a todas as pessoas. E um Estado não pode subsistir se a rebelião é uma opção sempre presente. Mas mesmo que as palavras grandiosas que Bentham considerava ocas esboçassem uma visão distante da realidade, elas tinham a força de desafiar as gerações seguintes a se aproximar do ideal. Bentham não percebeu isso.

Trata-se de uma ironia da história o fato de que outras ideias de Bentham com as quais ele próprio estava à frente do seu tempo tenham se tornado – ao menos em parte – realidade social séculos mais tarde, e de fato justamente com base naqueles direitos humanos por ele combatidos com tanta veemência. Isso se aplica especialmente à legalização, por ele exigida, de toda e qualquer preferência sexual. Bentham também antecipou o futuro na medida em que exigiu direitos dos animais já naquela época; para ele, no reconhecimento de direitos não se deveria tomar como referência a razão – como pensavam os iluministas –, e sim a capacidade de sentir dor.

## O mal-estar das igrejas cristãs

"Protege-nos, ó Senhor, da liberdade, da igualdade e dos direitos humanos!", dizia uma oração anglicana posterior à Revolução Francesa. O fato de subitamente haver uma concepção oposta à religião cristã e às tradições (de exercício de poder) estatais centenárias nela baseadas causou medo. Confiança na ordem antiga por um lado, um questionamento de todas as certezas baseado na razão por outro: não podia haver mediação entre essas posições extremas.

A "igualdade e a muito enaltecida liberdade por natureza" foi chamada pelo papa Pio VI, em seu breve "Quod aliquantum", de 1791, de "nada mais do que desvarios e palavras vazias" e explicou que "toda autoridade provém de Deus, e as autoridades existentes foram instituídas pelo próprio Deus: resistir a elas significa perturbar a ordem criada por Deus. E quem incorre nisso chama sobre si castigo eterno". Ele se voltou contra a ideia de uma transferência contratual do poder e contra o controle dos poderosos. Considerou assustadora a imagem do indivíduo livre e autônomo, pois o indivíduo não é "criado somente para si, e sim para ser útil a seus semelhantes".

O que Pio VI expressa aqui em breve se tornaria o *leitmotiv* da crítica aos direitos humanos: eles promoveriam o egoísmo e gerariam rebelião e agitação na sociedade.

Também as garantias de liberdade não foram bem-vistas pelos papas. O papa Pio VII, que foi sucessor de Pio VI, foi sequestrado para Valence pelos franceses e que morreu no cativeiro, criticou especialmente a liberdade religiosa e a perda dos privilégios da Igreja Católica: "Pelo fato de se conceder indistintamente a mesma liberdade a todas as denominações, confunde-se a verdade com o erro e coloca-se a santa e imaculada noiva de Cristo, a igreja, sem a qual não pode haver salvação, no mesmo nível das seitas heréticas ou dos judeus infiéis". A liberdade de imprensa também seria inaceitável, pois "se arruinariam os costumes dos povos e se provocariam confusões e revoluções" se "todo mundo tivesse a permissão de imprimir tudo que lhe aprouvesse". Essa postura também não mudou nas décadas seguintes, em que a sociedade civil lutou por direitos e liberdades. A liberdade

religiosa e de consciência foi introduzida no famoso "Syllabus errorum", uma encíclica papal do ano de 1864 em que são listados 80 "erros" da Modernidade.

Os protestantes – ao menos na Alemanha – nada ficaram a dever aos católicos em sua crítica. Eles também tiveram dificuldade com uma visão de mundo em que o próprio ser humano, com sua razão, molda o Estado e a sociedade e assume responsabilidade por isso. Até mesmo o teólogo Dietrich Bonhoeffer, que pagou com a vida sua resistência contra o Terceiro Reich, contrapôs uma visão de mundo teológica às ideias iluministas de liberdade: "Portanto, também para a igreja cristã não há outro relacionamento com o mundo senão por meio de Jesus Cristo, isto é, não a partir de um Direito natural, Direito racional, direito humano universal; o relacionamento correto da igreja com o mundo provém unicamente do evangelho de Jesus Cristo".

Por outro lado, nos Estados Unidos já houve muito antes da Revolução Francesa pregadores de inspiração religiosa, como Roger Williams, que defendiam a liberdade religiosa e o direito de propriedade. Também o abolicionismo foi um movimento sustentado por batistas, menonitas e quakers. No século XX, o "Comitê Católico de Direitos Humanos", que fora fundado como "Comitê Católico contra o Antissemitismo", criticou já em 1940, em seu órgão intitulado *The Voice for Human Rights*, violações dos direitos humanos que outros não tinham coragem de abordar. Também foram influentes filósofos católicos como Jacques Maritain, que procurou construir uma ponte entre o evangelho e os direitos humanos e colaborou com a UNESCO em um esboço para um catálogo de direitos humanos.

O conflito entre o ensinamento eclesiástico e a filosofia dos direitos humanos já é passado há muito. Joseph Isensee, professor de Direito público em Bonn, chama de "revolução copernicana" o fato de que a Igreja Católica, com o Concílio Vaticano II na década de 1960, não só reconheceu os direitos de liberdade, especialmente a liberdade religiosa, mas, além disso, integrou os direitos humanos na doutrina cristã da salvação. As igrejas evangélicas na Alemanha também deram esse passo, ainda que hesitantemente, iniciando com o debate sobre o antirracismo e a discussão sobre direitos sociais no fim dos anos 1960 e começo dos anos 1970.

Sintomático para a tentativa de encontrar no catolicismo uma síntese entre a fé e a razão é o discurso do papa Bento XVI diante da assembleia geral das Nações Unidas, no ano de 2018: “[...] é evidente que os direitos reconhecidos e mencionados na Declaração [Universal dos Direitos Humanos] se referem a todo indivíduo em virtude da origem comum do ser humano, o qual permanece o ponto alto do desígnio criador de Deus para o mundo e para a história. Eles estão baseados na lei natural inscrita no coração dos seres humanos e presente nas diversas culturas e civilizações”.

De modo geral, tratou-se de um processo longo e lento de aproximação das diversas igrejas cristãs à ideia moderna de direitos humanos. Ao serem integrados nas ordens estatais, os direitos humanos perderam o aspecto subversivo. Ao mesmo tempo, também igrejas conservadoras e que durante muito tempo tiveram uma orientação focada em um Estado autoritário acabaram reconhecendo, com o tempo, direitos individuais de liberdade. Apesar disso, continua havendo tensões e conflitos que são, muitas vezes, resolvidos em juízo, quando, por exemplo, em Estrasburgo e Karlsruhe se discute sobre a presença de símbolos religiosos no espaço público, por exemplo do crucifixo na sala de aula. O fato de as soluções nem sempre serem simples é mostrado pelos resultados diferentes: em Estrasburgo o crucifixo foi permitido e em Karlsruhe, proibido.

### **A crítica de Karl Marx aos direitos humanos**

“É de fato enigmático que um povo que está apenas começando a se libertar, a derrubar todas as barreiras entre os diversos membros do povo, a fundar uma comunidade política, que esse povo proclame solenemente a legitimidade do ser humano egoísta, separado do semelhante e da comunidade”, comenta Karl Marx em seu escrito *Sobre a questão judaica* de 1843. A distinção implicada na *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* entre “homme” (ser humano) e “citoyen” (cidadão) é transformada por ele nos polos “bourgeois” [burguês] contra “citoyen”, sendo que Marx caracteriza o primeiro como “mônada egoísta, recolhida para si mesma”, ao passo que o segundo é o “cidadão do Estado”. Ele vê a liberdade de fazer

tudo que não prejudique os direitos de outrem reduzida à propriedade privada, ao direito à segurança como "asseguração do egoísmo".

Para Marx, os direitos humanos são, em última análise, parte de um mundo burguês que deve ser superado; à revolução burguesa deve seguir-se a revolução política. Mas também essa última não seria um ponto final; seria preciso, isso sim, alcançar uma "forma última da emancipação humana" que suspenderia todas as diferenças e criaria um ser humano unitário, um "ser de espécie". Na nova comunidade, concebida como perfeita e harmoniosa, o ser humano não precisaria mais de direitos, assim como também o Estado e o Direito deixariam de existir. A "tríade de liberdade, igualdade e propriedade" possibilitaria, em contraposição a isso, como ele escreve na *Contribuição à crítica da economia política*, a moderna sociedade burguesa. E em *O capital* consta o seguinte: "A esfera de circulação ou da troca de mercadorias dentro da qual se move a compra e a venda da mão de obra era de fato um verdadeiro Éden dos direitos humanos inatos. A única coisa que impera aqui é liberdade, igualdade, propriedade e Bentham!" O que os direitos humanos garantem é, para Marx, justamente aquilo que deve ser superado.

Portanto, a crítica marxiana dos direitos humanos parte de três pontos. Por um lado, ela nega a extensão das garantias jurídicas e afirma que só se trata da propriedade privada. Por outro lado, critica que um sistema voltado para a exploração só poderia funcionar com a ajuda dos direitos humanos. Por fim, no sistema social a ser erigido os direitos humanos seriam prescindíveis, pois nele não haveria mais opostos que tivessem de ser equilibrados. É famosa a afirmação em que Marx resume sua crítica dos direitos humanos: "Consequentemente, o ser humano não foi libertado da religião, mas ganhou a liberdade de religião. Ele não foi libertado da propriedade, mas ganhou a liberdade de propriedade. Ele não foi libertado do egoísmo do ofício ou profissão, mas ganhou a liberdade de ofício". As revoluções e declarações de direitos humanos do século XVIII não eram, para Marx, um passo na direção certa, e sim na direção errada.

## Condicionalismo cultural e pretensão de validade universal

A confrontação filosófica com os direitos humanos também acompanha os esforços de codificação em nível internacional no século XX. Caso se queira derivar transculturalmente normas a partir de "verdades eternas", então é preciso assegurar-se que estas sejam realmente "verdadeiras" e "eternas" para todos e todas. Já no século XVIII havia vozes que consideravam isso uma ilusão. Assim, em 1795, o jurista do Direito internacional Robert Ward expressou a seguinte opinião: "O argumento de um sistema moral particular para toda a humanidade predeterminado pelo Direito natural deve, na medida em que é derivado da universalidade de sua recepção, ser abandonado". Apesar do renovado recurso às ideias universalistas do século XVIII, após a Segunda Guerra Mundial, também no século XX houve restrições filosóficas a verdades universalmente válidas. Ludwig Wittgenstein, por exemplo, considerava a razão e suas pretensões de validade como resultado de uma forma de vida concreta, socialmente condicionada. Para ele, a pergunta a respeito da verdade não pode ser respondida de modo geral e para todas as pessoas, mas só faz sentido no marco de um determinado "jogo de linguagem" ou imagem de mundo. Por conseguinte, também o discurso dos direitos humanos não pode atuar para além do espaço cultural em que ele é feito; o universalismo dos direitos humanos seria um construto sem substrato.

Sobre esse pano de fundo também deve ser visto o relativismo cultural. Ele se desenvolveu a partir da antropologia cultural americana, cuja tese central é que as diversas culturas constituem unidades encerradas em si, entre as quais não se pode traduzir. Por conseguinte, uma definição geral dos direitos humanos nem é possível; os direitos humanos não são outra coisa do que "fatos históricos fortuitos". Quem, ainda assim, os declara universalmente válidos promoveria o eurocentrismo, o imperialismo, o paternalismo ou o colonialismo. Em especial no final do século XX, esse ponto de vista recebeu um componente combativo voltado contra "o Ocidente".

Nesse sentido, Eleanor Roosevelt tinha se esforçado muito para contrapor-se à impressão de que a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* era um projeto "do Ocidente". Ao perguntar que tradições de pensamento haveria nas diversas regiões do mundo que poderiam ser correlacionadas com a ideia dos direitos humanos, ela

recebeu diversas respostas, e conseguiu destilar disso uma interseção tida como universalmente válida. Mas o preço a ser pago por isso foi um nível elevado de abstração. Direito à vida? Sim, talvez seja possível entrar em acordo sobre isso. Mas como fica a pena de morte? E o aborto? E a eutanásia? Quanto vale um meio-termo que deixe em aberto as perguntas difíceis?

O relativismo cultural radical questiona todos os meios-terminos. Ainda que se rejeite essa radicalidade, perguntas críticas são legítimas. Se se busca um consenso intercultural sobre conceitos como "direito", "dignidade" ou "liberdade", é problemático retirar com a lupa elementos avulsos de sistemas culturais complexos sem levar em consideração todo o nexos em que eles se encontram. A linguagem e o pensamento estão inseparavelmente entrelaçados. Justamente conceitos abstratos não são coincidentes em linguagens e culturas diversas. Assim, por exemplo, em russo existem dois termos para designar liberdade, "vol'nost" e "svoboda", que assinalam uma medida diferente de não vinculação; eles não correspondem à dupla "liberty" e "freedom" do inglês. Em chinês também se podem encontrar termos diversos para designar a dignidade ("tianjue", "gui", "lianggui"). Já entre o alemão e o inglês se mostram diferenças: que o termo "Rechtsstaat" ["Estado de Direito"] não seja coincidente com "rule of law", isso é objeto de um debate de muitos anos.

A isso se acresce o fato de que também dentro de determinadas culturas não há posições uniformes sobre questões de direitos humanos, visto que todas as culturas e religiões se caracterizam por uma pluralidade interna. No tocante ao islã, por exemplo, defende-se, por um lado, a noção de que ele seria incompatível com a ideia de direitos humanos, pois "um muçulmano que é guiado pela religião verdadeira não precisa de leis feitas por seres humanos", nas palavras de Abdullah bin Abdul Mohsen Al-Turki, secretário-geral da Liga Islâmica Mundial. Por outro lado, a *Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos*, de 1981, redigida no Irã após a revolução como conceito oposto à *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, se baseia na ideia de que justamente o islã seria a fonte original e autêntica de direitos humanos verdadeiros. Assim, no preâmbulo da Declaração se afirma que "Há 14 séculos o islã estabeleceu os 'direitos humanos' como lei de modo abrangente e profundo. Para sua proteção, cercou-os de seguranças suficientes. Ele moldou sua

sociedade segundo regras básicas e princípios que fortalecem e sustentam esses direitos. O islã é a última das mensagens do céu que o Senhor dos mundos revelou a seus enviados – bem-aventurança para eles! – para que a transmitissem aos seres humanos como Direito e orientação, o que lhes garantiria uma vida boa e digna, regida por direito, bem-estar, justiça e salvação”. O catálogo de direitos contido na Declaração retoma os direitos codificados em 1948, mas os adapta a um pensamento preso à religião. Assim, por exemplo, não se postula a igualdade de homens e mulheres. São enumerados detalhadamente, isso sim – com base em citações do Corão –, os “direitos da esposa”; por outro lado, os “direitos do marido” não são definidos. Além dessas duas posições muçulmanas opostas, existem tentativas de interpretar o Corão, especialmente com vistas à questão controversa do relacionamento dos gêneros, em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos ou, na medida em que isso não é possível, de aprofundar esse tema.

De maneira semelhante, existem posições diversas que invocam tradições chinesas. Assim, pode-se defender que no confucionismo há afirmações sobre a dignidade humana que a reconhecem como valor elevado, próprio de cada ser humano. Entretanto, pode-se ver nas citações de Mêncio aduzidas na fundamentação, em vez de “dignidade”, também o que na tradição europeia se entende sob “honra”. Em todo caso, é evidente que na China não existe paralelo da noção de que se possa ter um *direito* ao respeito pela dignidade humana, pois não se trata do indivíduo e de seus direitos, e sim do funcionamento harmonioso da família e do Estado.

Diferenças entre pontos de vista ocidentais e asiáticos também se mostram em uma declaração de direitos humanos da Associação das Nações do Sudeste Asiático (ASEAN) aprovada em 2012 em Phnom Penh. Segundo ela, devem-se ponderar os direitos humanos em relação aos deveres “que toda pessoa tem para com todos os outros indivíduos, a comunidade e a sociedade”. Com isso, negam-se direitos inerentes ao ser humano por natureza.

Também há rupturas entre os direitos humanos universais e o cristianismo ortodoxo. Assim, por exemplo, a Igreja Ortodoxa Russa contrapõe “fé, moral e pátria” aos direitos humanos assim como são entendidos no Ocidente; esses últimos

levariam a um "renascimento pagão, ao egoísmo, à decadência dos costumes e à crise demográfica". Estaria faltando, em particular, a ideia de comunidade expressa em conceitos como "sobornost" (aproximadamente: livre união mental em fraternidade e amor). Como muitas outras comunidades religiosas, representantes das igrejas ortodoxas têm especialmente objeções a que a aceitação da homossexualidade se siga dos direitos humanos.

Tradições africanas divergentes do modelo universal se refletem na *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*, que – assim como a declaração do sudeste da Ásia – valoriza especialmente os deveres do ser humano na família e na comunidade e direitos coletivos como autodeterminação e desenvolvimento.

Portanto, a noção do iluminismo de que o indivíduo seria dotado de razão e autodeterminado, poderia buscar a felicidade e, se necessário, rebelar-se contra um regime arbitrário não consegue obter adesão em toda parte no mundo; muitas pessoas veem na imagem iluminista de ser humano, ainda que com uma premissa bem diferente, uma "mônada egoísta" com "paixões egocêntricas e associas". Contra o relativismo cultural, porém, depõe o fato de que a grande maioria dos Estados, a despeito de todas as ressalvas, se vinculou aos tratados de Direito internacional e integrou os direitos humanos em suas Constituições. Que outra coisa isso haveria de documentar senão o desejo de consenso, o assentimento fundamental à ideia de compartilhar determinados valores no mundo todo? Por conseguinte, a ideia dos direitos humanos não pode ser questionada como herança universal com base em noções divergentes em questões avulsas. Além disso, a prática mostra que o argumento de que toda cultura teria seus próprios direitos humanos é muitas vezes empregado por quem defende sistemas autoritários contra os interesses das pessoas que lá vivem.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos desenvolveu um bom modelo de argumentação para criar um equilíbrio pragmático entre universalismo e relativismo cultural – a famosa "margem de apreciação" ("margin of appreciation"). Com isso se aceita que, no caso de temas culturalmente sensíveis, não se dê em toda parte a mesma resposta a questões delicadas. Isso se aplica, por exemplo, à utilização de símbolos religiosos ou à relação entre Igreja e Estado, mas não à compreensão de

“igualdade” de homens e mulheres. Nesse caso, o Tribunal estipula um critério muito rigoroso e não admite, abstraindo de bem poucas exceções, um tratamento diferente, particularmente atribuições de papéis diferentes. Para a Europa isso funciona. Em nível mundial, porém, é nesse ponto que as opiniões divergem. O mínimo denominador comum, entretanto, abarca um espectro relevante de garantias fundamentais que resiste a todas as tentativas de relativização, inclusive às mais radicais.

### **Do indivíduo ao coletivo: as “três gerações” de direitos**

O catálogo de direitos humanos não é limitado, e sim aberto. Novos direitos se acrescentam constantemente, também direitos que não dizem respeito à relação entre indivíduo e Estado. Também nesse tocante se despertam discussões, porém menos na filosofia do que na ciência política e na teoria jurídica.

Particularmente controvertido é o direito à autodeterminação, que é reconhecido aos povos, não aos indivíduos, e já havia sido propagado por Lenin e Woodrow Wilson, ainda que em contextos diversos, como princípio para a ordem pacífica após a Primeira Guerra Mundial. Ele se encontra em lugar central nos mais importantes tratados sobre direitos humanos, logo no início. Garante-se aos povos que decidam livremente sobre seu status político e estruturam seu desenvolvimento econômico, social e cultural em liberdade, particularmente também que disponham livremente de seus recursos. Quando essas regras foram codificadas em 1966, elas eram extremamente atuais; mais de duas dezenas de Estados ainda eram colônias. Em tempos de colonialismo essa era a exigência central daqueles que eram contados entre o “Terceiro Mundo”. Atualmente se discute sobre qual grupo pode ser tido como povo. Catalães, escoceses, abecásios, ossétios ou curdos exigem com razão o direito de autodeterminação e, com isso, independência estatal, e seus porta-vozes fazem isso também quando não falam por todos os membros de seu grupo? Afinal, o direito de autodeterminação é um direito humano comparável à liberdade de expressão ou ao direito à vida?

O direito à autodeterminação faz parte, assim como o direito ao desenvolvimento e o direito a um meio ambiente sadio, dos chamados direitos de

“terceira geração”. Segundo essa sistematização, os direitos de “primeira geração” são os direitos humanos civis e políticos “clássicos”, com os quais as pessoas se defendem contra violações por parte do Estado. No caso dos direitos de segunda geração não está em pauta um “excesso” de Estado, e sim um Estado “de menos”. Exigem-se, por exemplo, medidas de apoio estatal para fazer frente a necessidades materiais. Em geral, os direitos de segunda geração são designados como “direitos sociais” e juntados aos “direitos econômicos e culturais”. Anatole France sintetizou isso muito bem: “A lei em sua igualdade majestática proíbe tanto aos ricos quanto aos pobres dormir debaixo de pontes, mendigar nas ruas e roubar pão”. A igualdade jurídica de nada serve se os pressupostos materiais para poder fazer uso de seus direitos não estejam dados.

Na época da Guerra Fria, a linha de frente ideológica passava entre os direitos civil-políticos de primeira geração e os direitos econômicos, sociais e culturais de segunda geração. Para o “Oeste” os primeiros eram significativos, e para o “Leste”, a rigor, os segundos. Por causa dessa disputa envenenada, demorou muito – de 1948 a 1966 – até que se chegou a um acordo para formar, a partir dos direitos normatizados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, dois tratados genuínos com regras vinculantes. O meio-termo consistiu em incluir os direitos de primeira e segunda geração em dois tratados diferentes, mas, ainda assim, considerá-los como unidade. O direito à autodeterminação dos povos se encontra em uma formulação idêntica em ambos os tratados, constituindo, assim, uma espécie de elo de ligação.

A terceira e mais recente geração de direitos não precisa ser a última. Assim, discute-se sobre a possibilidade de atribuir o direito à proteção climática, como direito da humanidade inteira, a uma quarta geração de direitos humanos. Também se está exigindo um direito à paz.

A imagem de gerações de direitos é plástica, mas também enganosa, pois os direitos coexistem e não se sucedem com o passar do tempo, como as gerações. Os direitos civis e políticos podem ser os mais antigos, mas sua atualidade é manifesta.

Por outro lado, pode-se perguntar se o desenvolvimento sempre novo de direitos – e agora de direitos coletivos – deve ser celebrado como progresso ou

deplorado como descaminho, pois existe o perigo de que se esteja distendendo demasiadamente um modelo bem-sucedido. No caso dos direitos coletivos de terceira e quarta geração, não está claro como eles “funcionam”. Mesmo que as exigências de paz, desenvolvimento, proteção ambiental ou autodeterminação de grupos possam ser moralmente legítimas, não está claro contra quem e diante de que Tribunal eles podem ser reclamados.

Mas uma primeira ação de proteção ambiental que foi julgada com sucesso diante de Tribunais holandeses representa uma inovação. Ela estava voltada contra o governo e exigia uma redução drástica de gases de efeito estufa. Contudo, não foi sustentada com base em direitos da quarta geração, e sim da primeira, do direito à vida e do direito ao respeito pela vida privada e pela família. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos também tomou decisões inovadoras, por exemplo, sobre a emissão de ruído e odor, nas quais se concedeu a indivíduos uma capacidade de demandar “pelo todo”.

### **“Human rights and human wrongs”: crítica no século XXI**

Que a ideia dos direitos humanos não tenha sido enfaticamente celebrada sempre e por todos, isso é mostrado principalmente pela crítica devastadora de Jeremy Bentham, das igrejas e de Marx, que atacam suas premissas a partir de perspectivas bem distintas. No século XXI, contudo, a crítica se volta mais raramente contra normatizações avulsas ou a filosofia subjacente aos direitos humanos, e sim contra os Tribunais. Eles são acusados de agir *ultra vires*, isto é, para além de suas competências, uma vez que decidem em caráter definitivo, com base em disposições vagas contidas em Constituições e tratados, questões política e socialmente controvertidas. Seja o Tribunal Constitucional Federal, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o Tribunal de Justiça da União Europeia, o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos ou o Comitê de Direitos Humanos – todos eles desconhecariam a medida e o objetivo e, por conseguinte, socavariam processos democráticos de tomada de decisões.

Que os políticos façam tais diatribes não chega a surpreender. Mas entre os críticos mais veementes e também mais influentes se encontram igualmente vários

juízes da Suprema Corte da Inglaterra, como por exemplo, o Lorde Hoffmann, ex-presidente da Anistia Internacional, e o Lorde Sumption, durante muito tempo juiz do Supremo Tribunal britânico e historiador. Em seu escrito intitulado *Trials of the State* [*Julgamentos do Estado*], ele dedica todo um capítulo ao que chama de “Human Rights and Human Wrongs”, em tradução livre: “Direitos humanos e injustiças humanas”. Argumenta que só pode haver um pequeno núcleo de direitos efetivamente fundamentais a serem protegidos pelos Tribunais. De resto, todos os conflitos em torno de valores em uma sociedade deveriam ser decididos exclusivamente no processo político e não em Tribunais. Nesse sentido, estes últimos também não poderiam exercer controle sobre o processo político, e de modo algum quando, como os Tribunais internacionais, se situassem fora da sociedade.

De fato, existe o perigo de que a política de modo bem geral seja moralizada caso se entendam os direitos humanos como um guia que oriente sobre o que é “aceitável” ou “inaceitável” em uma sociedade. Nesse caso, o processo democrático de tomada de decisões é reduzido; muitas opções não estão mais à disposição do legislador, porque seriam “não conformes aos direitos humanos”. Isso é problemático particularmente quando muda a postura social prevalecente sobre temas como pena de morte, igualdade de pessoas homossexuais, filhos e filhas naturais, recusa a prestar serviço militar, aborto ou blasfêmia. Justamente em relação a tais temas reformas fundamentais foram, muitas vezes, iniciadas não pela política, e sim por Tribunais que julgavam com base nos direitos humanos. Para o Lorde Sumption, isso é uma “human wrong”. Por outro lado, pode-se argumentar que é bom que Tribunais imponham dessa forma progressos sociais mesmo contra maiorias parlamentares.

### **A onipresença dos direitos humanos**

Apesar da veemência e da diversidade da crítica, a ideia dos direitos humanos encontrou um lugar fixo na filosofia política e na ética dos séculos XX e XXI. Isso se aplica, por exemplo, à obra de John Rawls, que, especialmente em sua *Teoria da justiça*, de 1971, e na obra tardia *Direito dos povos*, de 2002, atribui grande

importância aos direitos humanos. Em *Teoria da justiça*, Rawls parte, como Hobbes, Locke e Rousseau, de um estado original imaginário, no qual, porém, não se celebra um tratado sobre a formação de um Estado, e sim se negocia o que é justiça. Nesse estado originário Rawls constrói uma "situação teórica de liberdade e igualdade", em que os seres humanos, por trás de um véu de ignorância ("veil of ignorance"), definem princípios de justiça universalmente vinculantes. A partir desse fundamento racional, ele postula o "princípio da liberdade" e o "princípio da diferença". O princípio da liberdade está em primeiro lugar: "Toda pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades fundamentais iguais que seja compatível com o mesmo sistema para todas". Segundo o princípio da diferença, as "desigualdades sociais e econômicas [...] devem ser reguladas de tal modo que (a) tanto tragam o melhor benefício possível para as pessoas menos favorecidas quanto (b) estejam vinculadas a cargos e posições abertos para todas segundo a igualdade equitativa de oportunidades".

Essas ideias estão em consonância com a compreensão e implementação dos direitos humanos no presente. No "sistema de liberdades básicas iguais" de Rawls se encontram essencialmente os mesmos direitos que também estão associados, nas codificações do Direito internacional e constitucional, às liberdades civis e políticas, sobretudo às liberdades políticas. O "princípio da diferença" leva justamente aos resultados que a atividade jurisdicional alcança com base em uma proposição de igualdade interpretada de maneira nuançada; isso se aplica particularmente também à consideração das necessidades especiais de grupos vulneráveis. Com o modelo explicativo de Rawls, os direitos humanos são colocados assim como são, *hic et nunc*, sobre um fundamento racional.

No estudo sobre o *Direito dos povos*, Rawls transfere a ideia de justiça desenvolvida originalmente para uma sociedade nacional coesa para a esfera do Direito internacional e, com isso, para a questão de uma paz mundial justa. Ele distingue entre diversos povos (e não Estados!) que interagem entre si. Em um primeiro nível – no marco de uma "teoria ideal", segundo a qual só há povos democrático-liberais –, ele considera possível um processo de negociação sobre os princípios a serem respeitados por todos, assim como entre os indivíduos. Em um segundo nível – no marco de uma teoria "não ideal", que enfoca o mundo dos Estados

reais – estão em pauta um *modus vivendi* na convivência com povos que não sejam democrático-liberais e regras para lidar com regimes fora-da-lei (“outlaw regimes”). Nesse contexto, Rawls retoma a doutrina da guerra justa e justifica a intervenção humanitária contra aqueles que desrespeitam os direitos humanos.

Para Jürgen Habermas, os direitos humanos são uma “utopia realista”. Diferentemente do que ocorria no passado, eles não mais “simulariam imagens de uma felicidade coletiva pintadas com as cores da utopia social, e sim arraigariam o objetivo ideal de uma sociedade justa nas instituições dos próprios Estados constitucionais”. Eles irromperam na realidade e desafiaram a “pensar e agir de forma realista sem trair o impulso utópico”. Essa posição sublinha que o descobrimento dos direitos humanos, assim como o do “Novo Mundo”, foi um *point of no return* [ponto sem volta]. Hoje em dia, nenhum caminho (ideativo) pode ainda passar ao largo deles.

### **3. Política dos direitos humanos: um passe-partout para toda agenda**

“Ser governado significa estar sob vigilância policial, ser inspecionado, espionado, dirigido, soterrado por leis, regulamentado, encurralado, doutrinado, destinatário de pregação, controlado, avaliado, censurado, comandado [...], em toda ação, em todo negócio, em todo movimento, ser anotado, registrado, catalogado em censo, tributado, selado, medido, valorado, patenteado, autorizado, aprovado, admoestado, impedido, reformado, endireitado, punido”. Essas são palavras de Pierre-Joseph Proudhon, um sociólogo francês de inclinação anarquista do século XIX. Mesmo assim, não se pode escapar de “ser governado”. Mas com os direitos humanos se ganha um instrumento para dizer “não, agora chega”, quando for necessário. Esta é, sem dúvida, uma boa ideia.

Mas boas ideias podem ser perigosas. Se elas são consideradas não só boas, mas tão boas que a contradição se torne inconcebível, elas facilmente se tornam ideologias; então o progresso e a liberdade podem rapidamente virar terror e opressão. A Revolução Francesa é um exemplo eloquente disso. Mas boas ideias também podem decorar fachadas por trás das quais se oculta um abuso cínico. A Constituição de Stalin, dotada de um abrangente catálogo de direitos humanos, entrou em vigor em 1936. No mesmo ano teve início na União Soviética o “Grande Expurgo”, com julgamentos encenados, deportações e fuzilamentos. Belas palavras e objetivos sublimes também podem distorcer o olhar para uma triste realidade; se se asseguram liberdades a “todas” as pessoas, isso não significa necessariamente que todas de fato desfrutem dos mesmos direitos. Justamente porque os direitos humanos gozam de reconhecimento geral, eles são passíveis de rotulagem fraudulenta. Assim, os direitos humanos podem ser um *passe-partout* para toda e qualquer agenda. Vale a pena examinar detidamente se onde consta “direitos humanos” do lado de fora eles também estão do lado de dentro.

#### **Busca da felicidade só para pessoas selecionadas**

No início do desenvolvimento dos direitos humanos, encontrava-se o “homem livre” que pertence à própria comunidade, um “dos nossos”. É dele que fala a *Magna*

Carta, e a ele os documentos históricos subsequentes, a *Bill of Rights*, a *Virginia Declaration of Rights*, a *Declaration of Independence* dos Estados Unidos e a *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, garantiam direitos, a ele asseguravam que podia buscar a felicidade.

O fato de, nesse sentido, outras pessoas serem excluídas sempre foi observado dolorosamente. Como ficavam os escravos? E as mulheres? As pessoas que vinham de fora, eram diferentes, falavam outras línguas, tinham outros costumes? A *Magna Carta* já dá atenção a elas. As mulheres e crianças são vistas como necessitadas de proteção; do ponto de vista atual, poder-se-iam ver em algumas regras da *Magna Carta* elementos do Estado de bem-estar social. Contudo, estava-se muito distante da igualdade de direitos. No caso dos "estrangeiros", a *Magna Carta* distingue entre os soldados que são expulsos do país, os comerciantes a quem se concedem direitos com base na reciprocidade e os outros a quem ao menos se garante que "podem sair do nosso reino e voltar para ele sem dano".

Desde a *Magna Carta*, a pergunta sobre quem é "igual" e o quanto o é, sendo, portanto, portador de direitos, permeia a história dos direitos humanos. O mais óbvio é a exclusão dos escravos, que eram, *per se*, desprovidos de direitos.

A elaboração dos documentos fundamentais sobre direitos humanos na Inglaterra, na França e nos Estados Unidos se deu em uma época em que o tráfico de escravos e a escravidão eram possíveis segundo o Direito vigente e eram de fato amplamente disseminados; podia-se ganhar muito dinheiro com isso. A abolição não foi alcançada com as exigências de "liberdade" e "igualdade", mas teve múltiplas razões – ponderações econômicas, políticas e humanísticas se entremisturaram. Um primeiro impulso foi dado em 8 de fevereiro de 1815, com a introdução de uma cláusula de proibição na ata final do Congresso de Viena. Mas ainda demorou meio século até que a escravidão fosse abolida em Estados como a Rússia (1861) e os Estados Unidos da América (1865). Ainda em 1856/57 a Suprema Corte tomou uma decisão a favor dos escravocratas. Mas, após a Guerra Civil e a mudança da Constituição, ela se posicionou, no ano de 1880, contra a discriminação "com base na raça". Decidiu, no caso *Strauder* contra a Virgínia Ocidental, que a regulamentação de que só brancos poderiam participar de julgamentos como jurados representava

uma infração da 14ª Emenda sobre a igualdade de tratamento introduzida na Constituição após a Guerra Civil americana. Entretanto, não se censurou que seria discriminatório negar a uma determinada parte da população a função de jurado com base na raça, e sim que isso violaria os direitos de réus negros, pois eles seriam julgados por júris de cuja composição os membros de seu próprio grupo populacional estariam excluídos. Só no século XX a garantia de igualdade nos EUA foi levada a sério a ponto de a discriminação racial ser proibida também em eleições e escolas. Em todas essas questões o Judiciário se antecipou à política. Que a prática ainda não seja igual ao Direito é mostrado ainda pelo movimento “Black Lives Matter”, que se formou em 2020 contra a violência policial discriminatória.

Mas também as mulheres, a metade da humanidade, ficaram excluídas das garantias dos direitos humanos. Segundo Rousseau, a desigualdade entre homens e mulheres não era “uma instituição humana, ou ao menos não obra de preconceito, mas da razão”. Essa avaliação diz muito. Também os iluministas, que, de resto, mexeram em todos os componentes da estrutura da sociedade tradicional, não queriam mudar em nada o tratamento desigual e a subordinação das mulheres.

Entretanto, houve uma mulher que não estava disposta a aceitar isso. Marie-Olympe Gouges, de origem humilde e conhecida por suas peças de teatro, redigiu, quase simultaneamente à *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, uma *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne* (Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã). Ela escreve o seguinte na introdução dirigida à rainha: “Essa revolução só produzirá seu efeito se todas as mulheres ficarem conscientes de seu destino deplorável e dos direitos que perderam na sociedade”. Seu juízo é duro: “[O homem] pretende, de modo estranho, obcecado, cientificamente presunçoso e degenerado, neste século do esclarecimento e da perspicácia, mandar como déspota, na mais crassa ignorância, em um gênero que possui todas as capacidades intelectuais; ele tenciona desfrutar da revolução e exigir seus direitos à igualdade, para nada mais dizer além disso”. É interessante que ela também exige a igualdade de direitos da mulher no tocante às penas: “Todo o rigor da lei deve ser aplicado a toda mulher considerada culpada”. Infelizmente, o que se aplicou à própria Olympe de Gouges foi mais do que “todo o rigor da lei”. Sob o regime de terror de Robespierre, ela foi executada na guilhotina em 1793 – duas semanas após Marie-Antoinette. A

luta precoce dela pelos direitos das mulheres a tornou um ícone do movimento pelos direitos das mulheres, ainda que com um atraso de quase 200 anos.

O movimento das sufragistas (de "suffrage", direito ao voto), um século depois, teve uma repercussão mais direta na luta por participação política e igualdade para as mulheres. Elas faziam parte de um movimento internacional de protesto que lutava pelo direito ao voto para as mulheres e despertou a atenção por seu comportamento provocador de escândalos e cada vez mais militante. O direito de voto das mulheres foi sendo introduzido gradativamente no século XX – na Finlândia, como primeiro país europeu, em 1906, na Alemanha em 1918, na França em 1936 e, por fim, em Liechtenstein em 1984 –, mas não trouxe uma igualdade genuína de direitos.

Na Alemanha se tornou lendária a luta de Elisabeth Selbert, que, como uma de quatro deputadas, empenhou-se, por ocasião da elaboração da Lei Fundamental, pela introdução de um artigo sobre a igualdade de direitos de homens e mulheres. Para fazer frente ao temor de que com isso se teria de declarar diretamente inconstitucionais partes importantes do Código Civil – por exemplo, o direito do homem de proibir a mulher de exercer uma profissão ou o direito do homem de tomar a última decisão em questões referentes ao matrimônio e à família –, introduziu-se uma regra transitória de quatro anos até 1953. Contudo, o prazo não foi cumprido: a lei de igualdade de direitos só entrou em vigor em 1958, e a lei sobre a reforma do Direito matrimonial e familiar só em 1977. Ainda que entretantes se tenha alcançado a igualdade jurídica, a luta por igualdade de fato, especialmente por regulações de quotas, continua sendo travada. Em nível mundial, também a igualdade jurídica ainda é um desiderato, muitas vezes em função de tradições religiosas que definem o papel e os direitos das mulheres diferentemente do papel e dos direitos dos homens.

A sensibilidade social para com exclusões continuou se desenvolvendo ao longo dos anos. Um dos grupos por cuja igualdade se luta no presente são as pessoas com deficiência; uma regra pertinente foi introduzida na Lei Fundamental alemã em 1994. Em nível de Nações Unidas, os direitos das pessoas com deficiência foram fixados em uma convenção em 2006.

O que permaneceu, porém, ao longo de todos os anos, foi a distinção básica entre "direitos humanos" como direitos de todas as pessoas e "direitos dos cidadãos". Ela se encontra no teor da Lei Fundamental assim como na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, por exemplo, quando são expressamente admitidas limitações da atividade política de pessoas estrangeiras. Embora a jurisprudência tenha em grande parte borrado essas diferenças, a nacionalidade continua sendo determinante, em muitos sentidos, para o que acontece com os direitos fundamentais.

### **Direitos humanos à sombra do terror**

Pode-se celebrar a Revolução Francesa como auge da liberdade ou então vê-la como o portão pelo qual passa o caminho para a tirania e o terror na Idade Moderna, chegando até os regimes despóticos e destrutivos do século XX. No pensamento de Rousseau, percebe-se como a virada da liberdade para a falta dela está contida nas ideias iluministas. Com a "volonté générale" ele postula uma "vontade comum" ideal que deve ser seguida e que se distingue da efetiva "vontade de todos" ou também da "vontade da maioria". Os interesses do indivíduo e do todo são considerados idênticos. Assim, segundo o "contrato social", "visto que a renúncia ocorre sem restrições, a unificação também é tão perfeita quanto possível e nenhum associado precisa exigir mais". O reinado do terror se apresentou como "filosofia política, escrita com sangue".

A transformação do patos pela liberdade em paranoia persecutória, do pacifismo cosmopolita em nacionalismo e xenofobia está ligada principalmente a Maximilien de Robespierre. A cláusula de abertura para o mundo na Constituição de 1791, segundo a qual a França abre mão de campanhas de conquista, remonta a ele; pouco mais tarde, é a propaganda dele contra "agentes estrangeiros" que transforma a vida em inferno para os estrangeiros e os chamados "inimigos da revolução". A troca de posições não poderia ser mais extrema.

A partir de 1792, a França revolucionária estava em guerra, e de repente a ideia do universalismo se tornou um tanto suspeita. Disputou-se mais uma vez sobre o conteúdo dos direitos humanos estabelecidos em 1789; eles deixaram de ser

sacrossantos, particularmente não o direito de propriedade, que foi visto alternadamente como "inviolável e sagrado" e "limitado e limitável". A proposta de Condorcet de uma nova versão da garantia da propriedade foi rejeitada por Robespierre com as seguintes palavras: "A declaração de vocês não parece ser feita para as pessoas, e sim para os ricos, os usurários de gêneros alimentícios, os jogadores da bolsa e os tiranos". Assim, nas discussões se chocavam visões sociais distintas da "nova" sociedade.

Mesmo na época do reinado do terror os direitos humanos não foram negados, mas se tornaram um alvo distante para o qual se colocavam obstáculos. Para a superação desses obstáculos, dos ataques contra a França revolucionária a partir de fora e de dentro, aceitou-se negar justamente aquilo que, a rigor, se queria alcançar – o direito à vida, o direito à liberdade de expressão, o direito a um julgamento justo.

Cerca de 150 anos mais tarde, a coexistência de proclamação dos direitos humanos e de terror se repetiu na União Soviética. Quando, por ocasião da deliberação sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos em Nova Iorque, após a Segunda Guerra Mundial, surgiu a pergunta sobre a eventual instituição de um Tribunal para supervisionar o cumprimento dos direitos, o delegado ucraniano observou que isso não seria necessário para a União Soviética, pois "uma igualdade completa entre os cidadãos e grupos nacionais está garantida" e o "cumprimento os direitos humanos está assegurado pela Constituição de Stalin".

A Constituição de Stalin, publicada em 5 de dezembro de 1936, contém um capítulo extenso sobre os "Direitos e Deveres Fundamentais dos Cidadãos". No mesmo ano, tiveram início os famosos "Processos de Moscou", processos farsescos que introduziram o "Grande Terror". Aqueles que tinham colaborado como autores da Constituição estiveram entre as primeiras vítimas: Nikolai Ivanovich Bukharin foi executado, Karl Radek foi deportado e assassinado na prisão. Bukharin já havia caído em desgraça antes da entrada em vigor da Constituição, de modo que seu nome foi riscado do comitê de redação, embora ele tivesse sido vice-presidente do subcomitê sobre o tema "direitos".

As garantias jurídicas da Constituição de Stalin não são idênticas ao que está registrado nos documentos liberais sobre a proteção dos direitos humanos, mas

representam um progresso em comparação com os primeiros textos constitucionais da revolução, por exemplo a "Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado" de 1918. Enquanto em 1918 as "camadas parasitárias da população" foram excluídas e privadas de direitos, agora se reconheceram a todos os cidadãos o direito de voto e muitos outros direitos políticos e sociais. Percebe-se que a herança europeia está por trás disso. Contudo, também nesse caso só se garantem direitos de liberdade "em consonância com os interesses da classe trabalhadora para o fortalecimento do sistema socialista". Mas uma liberdade que só pode ser exercida para um determinado fim não é liberdade. Os direitos humanos que foram estipulados na Constituição de Stalin deturpam a ideia genuína. Eles são uma caricatura.

Em todo caso, o regime de Stalin considerou útil normatizar em uma Constituição direitos que negava na prática. Os historiadores supõem que com isso o regime quisesse criar confiança entre a própria população e no exterior. Na década de 1930, Stalin podia estar seguro de que nenhum cidadão da União Soviética iria ajuizar uma ação por violações dos direitos declarados na Constituição em um Tribunal nacional ou internacional. A qualquer possível resistência baseada no incumprimento dos direitos humanos teria sido contraposto o argumento de que um governo comunista estaria *per se* comprometido com o alcance de uma sociedade ideal e não poderia agir de modo errado. A rigor, a fachada propagandística foi mantida até a *perestroika* introduzida por Mikhail Gorbachev nos anos 1980. Só a essa altura se lançou um olhar retrospectivo para a história da época de Stalin. Só agora os direitos humanos foram entendidos como, a rigor, devem ser entendidos – como proteção contra tudo que tinha acontecido às pessoas na época de Stalin.

Fachadas de direitos humanos que dissimulem crimes se prestam a minar a confiança nos direitos humanos. Uma afirmação provavelmente atribuída a Voltaire de modo errôneo pode ser útil para quando se queira decidir o grau de seriedade de um Estado em relação aos direitos humanos: "Meu senhor, não compartilho sua opinião, mas arriscaria a vida para que o senhor possa externá-la". Aplicando isso a Estado, quer dizer que oposição, ser diferente e pensar de forma diferente devem ser reconhecidos como *conditio sine qua non* para a convivência na sociedade. Esse é o momento em que a democracia começa. Se, por outro lado, o direito à existência "dos

outros" é contestado e se combate a maneira como "os outros" vivem e o que dizem e pensam, o termo "direitos humanos" se perde no vazio. Assim como na União Soviética em 1936, quando se redigiu uma nova Constituição que negava aos "inimigos" o direito à existência.

### **Fator de poder no conflito Leste-Oeste**

Com o início da Guerra Fria, "o Leste" e "o Oeste" se formaram como campos separados não só pela política de poder, mas também pela ideologia. Nesse contexto, a disputa em torno dos direitos humanos foi um fator substancial. Já quando da elaboração da *Universal Declaration of Human Rights*, o fosso era perceptível e visível e impediu, como se previa originalmente, a elaboração de um tratado vinculante junto com a Declaração. Ambos os lados professavam os direitos humanos. Mas havia conflito em torno de quais seriam os direitos humanos "autênticos" e "verdadeiros" – aqueles que asseguravam a existência material do ser humano, especialmente trabalho e moradia, ou aqueles que possibilitavam ao ser humano desenvolver-se como pessoa em uma sociedade livre, especialmente liberdade de expressão e reunião.

A cisão se estendia pelo mundo todo, mas separava particularmente o continente europeu em duas metades. A Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950 visava ser não apenas uma resposta aos horrores do domínio nazista e evitar uma recaída na ditadura, mas também criar um código de valores oposto ao modelo comunista. Entre historiadores existe concordância de que não se teria encontrado tão rapidamente um consenso sobre a estruturação de um sistema de proteção dos direitos humanos se isso não tivesse sido utilizado como blindagem ideológica contra um sistema que, ao que tudo indicava, conhecia outras valorações.

Entretanto, os direitos humanos não encontraram um amplo interesse público nas décadas de 1940 e 1950, quando a opressão e a privação de direitos nas novas "repúblicas populares" e na União Soviética, no período tardio do stalinismo, eram particularmente manifestas, mas só no final dos anos 1960 e 1970, quando se começou a nutrir a esperança de superação dos contrastes ideológicos entre Leste

e Oeste. Havia indícios tímidos disso: em 1968 foi proclamado em Teerã um "Ano Internacional dos Direitos Humanos" e realizada uma conferência internacional sobre o tema. No mesmo ano, Andrei Sakharov publicou um texto intitulado *Reflexão sobre progresso, coexistência pacífica e liberdade intelectual*, publicado inicialmente na imprensa clandestina e mais tarde no *New York Times*. Em 1976 foi fundado o Comitê de Helsinque, que pretendia contribuir para a implementação, na União Soviética, das resoluções pouco antes tomadas, em Helsinque, da Conferência sobre Segurança e Cooperação na Europa. Em 1977 foi organizado na Tchecoslováquia o movimento de direitos civis Carta 77 voltado contra o regime comunista. Tudo isso contribuiu para alfinetar os regimes incrustados e imobilizados do bloco oriental. A desestabilização que acompanhou as ações dos dissidentes e a reação excessiva das autoridades foram vistas com bons olhos no Oeste, e havia disposição de dar apoio a partir de fora.

A Conferência sobre Segurança e Cooperação na Europa se deveu à iniciativa dos Estados integrantes do Pacto de Varsóvia e reuniu pela primeira vez representantes dos diversos sistemas em torno da mesa de negociação. Na ata final de Helsinque, introduziu-se uma declaração sobre a preservação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, um tema da famosa "terceira cesta", dedicada ao "cultivo de contatos humanos entre os Estados e livre acesso à informação". Com isso os dissidentes tinham um documento oficial e que não podia ser descartado. Eles podiam fazer referência a ele em suas demandas.

Jimmy Carter retomou os fios que tinham sido tecidos com isso. Com um discurso sobre princípios na Universidade católica de Notre Dame, em 22 de maio de 1977, ele tentou, com a profissão dos direitos humanos como missão, aumentar o prestígio dos Estados Unidos no mundo, prejudicado pela Guerra do Vietnã, e colocar a política externa americana sobre uma nova base de legitimação.

Levou muitos anos, mas quanto mais intercâmbio havia entre Leste e Oeste, tanto mais era minada a credibilidade das promessas comunistas de salvação. A ideia de "glasnost" (transparência), com a qual teve início a *perestroika* de Mikhail Gorbachev na União Soviética, foi rapidamente convertida para a exigência de liberdade de expressão e participação social. O movimento abarcou todos os países que haviam sido juntados à força no bloco oriental. Quando das mudanças de suas

Constituições, com as quais se documentou, em fins dos anos 1980 e inícios dos anos 1990, a irreversibilidade da transformação do sistema, os Estados assumiram integralmente – muitas vezes de modo irrefletido e sem adaptação a suas particularidades nacionais – os catálogos de direitos fundamentais elaborados na Europa ocidental e nos EUA.

Os fatores decisivos para as revoluções de veludo podem ter sido razões econômicas e a insatisfação com a situação do abastecimento no socialismo, mas a diplomacia silenciosa dos direitos humanos fez a sua parte para o fim da Guerra Fria. Mas apesar de as garantias dos direitos humanos serem quase idênticas, continuam existindo discrepâncias entre o Leste e o Oeste. No Leste, atualmente a ideia de direitos humanos é muitas vezes equiparada à descoberta dos direitos das pessoas LGBTQI e, portanto, à “decadência ocidental”. Isso é indicado, por exemplo, pelo jogo de palavras com que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (em russo: “Evropejskij sud prav človeka”) é transformado em tribunal de homossexuais (“Gayropejskij sud prav človeka”).

### **Fermento de mudança na sociedade**

A proteção dos direitos humanos não trata apenas de perseguição arbitrária, censura de produtos midiáticos e emprego de violência para extorquir confissões. Desde que indivíduos, com suas grandes e pequenas preocupações, podem recorrer a tribunais nacionais e internacionais invocando os direitos humanos, praticamente todas as questões da sociedade podem ser vistas pela ótica dos direitos humanos. A rigor, após a Segunda Guerra Mundial, tinha-se pressuposto na Europa que violações de direitos humanos são algo tão grave que nenhum dos Estados democráticos que ratificaram a Convenção Europeia dos Direitos Humanos teria de se ver acusado de tais violações. O fato de isso ser um equívoco foi mostrado por casos iniciais como um levante em Chipre, na década de 1950, esmagado com violência brutal por tropas britânicas ou o tratamento discriminatório de crianças de língua francesa na Bélgica, que foi debatido no Tribunal nos anos 1960.

O que não estava claro, porém, era até que ponto os direitos humanos são relevantes no nível micro da política interna, social e familiar e até que ponto eles se estendem ao Direito civil geral. Os Tribunais não deixaram dúvidas quanto a isso: os direitos humanos devem ser levados em consideração sempre.

A resposta do Tribunal Constitucional Federal foi dada cedo com a decisão do chamado caso Lüth em 1958. O que estava em pauta era a avaliação jusconstitucional da conclamação de Erich Lüth, membro do Conselho de Hamburgo, a boicotar um filme, de Veit Harlan, diretor nacional-socialista de *Jud Süß*. Segundo a decisão do Tribunal Constitucional Federal, uma conclamação ao boicote não deveria ser simplesmente avaliada apenas segundo os princípios do Direito econômico, como opinou o Supremo Tribunal Federal alemão, e sim se deveriam ponderar uns com os outros os direitos fundamentais das partes e considerar prioritariamente a liberdade de expressão. Por conseguinte, a conclamação ao boicote estava protegida pela liberdade de expressão. Lüth ganhou o processo. Com isso, abriu-se o caminho para uma opinião pública crítica. O fato de essa aclaração sobre o efeito dos direitos fundamentais ter ocorrido a partir de um caso constrangedor, em que estava em pauta um enfrentamento negligenciado com a injustiça do nacional-socialismo, deu um peso adicional à sentença na história da jovem República Federal.

Para o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, houve um balizamento semelhante com a famosa decisão no processo Marckx contra a Bélgica, de 1979. Tratava-se de uma queixa de uma criança que era filha natural e de sua mãe. Segundo o Direito belga, a criança só teria parentesco com a mãe se esta a reconhecesse explicitamente. Com isso, porém, ela perdia todos os direitos para com o pai. A petição inicial começava com uma frase que fez história no Direito: "Senhores, sou um bebê de 10 meses de idade". E terminava assim: "Espero de todo o coração que um bebê da minha idade possa contar com uma instituição como a dos senhores para proteger seus direitos".

O libelo foi vazado para um jornal e foi parar nas manchetes. O Tribunal condenou, por uma pequena maioria de votos de juízes, o Estado belga por uma violação contrária à Convenção do direito ao respeito pela família e do direito de propriedade, bem como por uma infração da proibição de discriminação.

Acaso o Direito de herança e o de família são, portanto, um tema para um Tribunal internacional? Tem esse a competência para intervir de forma corretiva nessa área? Diferentemente da maioria dos juizes, o juiz britânico Sir Gerald Fitzmaurice, ex-membro da Comissão de Direito Internacional, juiz do Tribunal Internacional de Justiça e tão famoso que um promontório na costa oriental da Península Antártica leva seu nome, disse “não”. A “pequena voz da consciência jurídica”, explicou ele, contrariaria o “desejo de alcançar determinados resultados, por mais merecedores que sejam”. O fino humor britânico não consegue atenuar a crítica fundamental expressa nas palavras do juiz. Em seu juízo, o parecer da maioria no caso *Marckx* não poderia ser fundamentado juridicamente, pois a sentença deslocaria as fronteiras entre decisão política e jurídica. Ela simplesmente ia longe demais. Afinal, de algum modo tudo teria a ver com tudo: “Dentro de determinados limites quase tudo pode ser apresentado em cores vivas como ligado a essa ou aquela coisa”, escreveu ele. Mas isso não poderia ser suficiente. A ideia da Convenção dos Direitos Humanos é conceder proteção contra abusos de um Estado totalitário ou ditatorial. Isso seria falseado se um Tribunal de Direitos Humanos se ocupasse com todas as injustiças do mundo. Uma regulação sobre a descendência não seria uma violação do “direito ao respeito da vida familiar” que se pudesse comparar com a separação de uma família quando o pai ou a mãe fossem levados de noite por homens em sobretudos cinzentos. No último caso, dever-se-ia passar uma tranca, e para isso haveria um Tribunal internacional, mas não para questões do Direito familiar que poderiam ser reguladas de uma ou outra maneira.

Sir Gerald Fitzmaurice não ficou com a razão. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, como, de resto, também outros Tribunais e comitês de especialistas, começou a tratar de todos os temas, também de pensões por invalidez para mães que não podem mais exercer uma profissão, da regulação sobre o pagamento de cirurgia de mudança de gênero ou da longa duração de um processo para fazer cumprir o direito a uns poucos euros.

Contudo, se o Tribunal, quando da decisão sobre esse tipo de questões, tivesse interpretado a Convenção “historicamente”, isto é, como a teriam entendido as pessoas que a redigiram por volta de 1950, os direitos humanos não teriam se

tornado fermento de mudança na sociedade. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, assim como também outros Tribunais, principalmente o Tribunal Constitucional Federal, entendem as normas jurídicas sobre os direitos humanos como um "instrumento vivo" ("living instrument") que deve ser interpretado em consonância com a mudança na sociedade. Nos anos 1950, o tratamento desigual de crianças nascidas fora do matrimônio pode ter sido um padrão aceito pela sociedade, assim como seu disciplinamento físico, mas isso não pode mais ser defendido na década de 1970.

Com essa abordagem, os Tribunais que interpretam os catálogos de direitos humanos contidos em Constituições e tratados internacionais se tornam motor de transformação social. Isso se aplica a muitos temas fundamentais, como homossexualidade, transexualidade, procedimentos de reprodução genética, maternidade de substituição, aborto ou o papel de homens e mulheres. Muitas reformas nessas áreas só foram possíveis porque Tribunais se tornaram referências quando tais casos lhes foram submetidos. Não raro, nesse contexto, a política perdeu a liderança. O exemplo talvez mais conhecido é a igualdade de direitos de casais homossexuais e heterossexuais na Alemanha. Depois que, em 2004, o legislador tinha dado um pontapé inicial – cauteloso – com regras que classificavam a parceria estável como "diferente, mas equivalente ao matrimônio, a igualdade foi promovida com uma série de decisões do Tribunal Constitucional Federal que interpretaram a cláusula de igualdade de modo muito amplo e até diametralmente oposto à jurisprudência de 1957. A reforma foi concluída em 2017 com uma mudança da legislação que confirmou a igualdade completa.

Existem muitas boas razões para interpretar os direitos humanos à luz do espírito da época. Contudo, assim entendidos, eles perdem sua pretensão de universalidade. Se hoje está certo o que ontem ainda era errado, não pode se tratar da verdade "eterna", válida em todas as culturas, que os iluministas acreditavam ter descoberto no século XVIII.

## Direitos humanos como motivo de guerra

O Conselho de Segurança das Nações Unidas se reuniu no ano de 2014 após a ocupação da Crimeia pela Rússia. Para justificar o procedimento militar, o embaixador russo Vitaly Churkin leu em voz alta uma carta do ex-presidente da Ucrânia Viktor Ianukovytsch, em que esse pediu ao presidente russo Vladimir Putin que restaurasse, com a ajuda de forças militares, o Estado de Direito, paz, ordem e estabilidade e protegesse a população da Ucrânia, pois as pessoas estariam “sendo perseguidas por razões políticas e linguísticas”. Não admira que, nesse contexto, os jornais tenham relatado que houve uma sessão tumultuada no Conselho de Segurança. Direitos humanos e invasão – aí parece ter havido um equívoco fundamental.

Desde que o “direito à guerra” foi fundamentalmente banido do arsenal do Direito internacional, quando não se trata de defesa própria ou uma operação legitimada pelo Conselho de Segurança, recorre-se repetidamente aos direitos humanos para justificar uma intervenção militar em outros países, por exemplo, na Somália em 1995, no Kosovo em 1998, na Abecásia e na Ossétia do Sul em 2008, na Síria em 2018.

Se isso ocorre com razão é uma pergunta difícil. Por um lado, é plausível que haja uma responsabilidade da comunidade internacional de evitar gravíssimas violações dos direitos humanos – basta pensar em genocídio –, em último caso também com a força das armas. Acaso o genocídio em Ruanda poderia ter sido evitado? Como fica o caso dos rohingyas em Mianmar? Caso se reconheçam os direitos humanos como valores comuns a todos os Estados, segue-se disso a obrigação de se engajar quando eles forem ameaçados. Por outro lado, a experiência diz que a violência leva a mais violência; a “boa finalidade” se transforma rapidamente no contrário. Um cálculo que justifique a violação dos direitos humanos com a violação de direitos humanos é passível de ataque *a priori*. O perigo de abuso é óbvio. Isso já era assim em épocas anteriores do Direito internacional, por exemplo, na época da escolástica espanhola tardia, quando se gostava de falar de “humanismo” ou se argumentava com a “guerra justa”. Tais argumentos não são

mais admissíveis do ponto de vista do Direito internacional. Parece que agora os direitos humanos estão tomando seu lugar.

Foi um ato de equilíbrio difícil para as Nações Unidas definir sob quais pressupostos uma intervenção militar para proteger os direitos humanos é aceitável. A estratégia desenvolvida em 2005, que se reflete na Resolução 1.674 do Conselho de Segurança, tem o título "Responsibility to Protect" ("responsabilidade de proteção"), muitas vezes designada com a abreviação "R2P". O Conselho de Segurança reconhece, além de paz, segurança e desenvolvimento, também os direitos humanos como pilares das Nações Unidas. Quanto à questão da "intervenção humanitária", o Conselho de Segurança constata que "os ataques direcionados a civis e outras pessoas protegidas bem como o cometimento de violações sistemáticas, flagrantes e disseminadas do Direito internacional humanitário e das normas internacionais dos direitos humanos em situações de conflito armado podem representar uma ameaça à paz mundial e à segurança internacional" e reforça "sua disposição de examinar tais situações e, se necessário, tomar medidas apropriadas".

"Examinar e tomar medidas apropriadas" já é uma promessa bastante ampla. Os pressupostos foram esclarecidos mais concretamente no documento final da Cúpula Mundial das Nações Unidas de 2005, em Nova Iorque. Segundo ele, só violações gravíssimas dos direitos humanos, genocídio, crimes de guerra, "limpeza étnica" e crimes contra a humanidade, entram em cogitação como razão para o emprego de força militar. Pressuposto disso, porém, é que o Conselho de Segurança determine medidas coletivas, que recursos pacíficos mostrem ser insuficientes e as autoridades nacionais falhem flagrantemente em sua tarefa de proteção. Se o Conselho de Segurança funcionasse como um bom governo, isso poderia ser uma solução que faria sentido para mobilizar uma polícia mundial contra as piores violações de direitos humanos. Mas a prática mostra algo diferente.

Os direitos humanos podem ser um *passé-partout* para toda agenda. Por isso, entretanto, eles não são discricionários, mas prescrevem uma orientação clara. O problema é, antes, que eles são abusados com frequência e com gosto e, como também outras etiquetas boas, são empregados para os conteúdos errados.

É a tríade de “Estado de Direito, democracia, direitos humanos” que marca, nos ordenamentos jurídicos dos Estados europeus – mas não só lá –, o que é “progresso”. Após uma história centenária de idas e vindas, o ponto decisivo é a concentração na liberdade e autodeterminação do ser humano como princípio estruturante fundamental do ordenamento do Estado. Isso nunca foi algo óbvio, mas sempre um postulado controvertido, também no presente, em que se propagam mais uma vez modelos opostos com o nacionalismo e o populismo. Em face das ameaças e do questionamento dos direitos humanos de diversos lados, eles podem transmitir a quem os leva a sério um sentimento de união para além das fronteiras estatais. Por isso, não se trata apenas de lirismo constitucional que se destaquem e corroborem, em preâmbulos, os direitos humanos como um bem elevado. Precisamos deles.

## 4. Questões e desafios atuais

### Migração e fuga

Na *Universal Declaration of Human Rights* de 1948, encontra-se pela primeira vez o direito de buscar asilo em caso de perseguição. Na Lei Fundamental foi incluído, com base na percepção obtida com o Holocausto de que o asilo pode salvar vidas, o famoso Artigo 16<sup>o</sup>, que tinha poucas palavras em sua versão original: "Os perseguidos políticos gozam do direito de asilo". Quando, nos anos 1980 e 1990, um número cada vez maior de pessoas perseguidas e migrantes vieram para a Alemanha e requereram asilo, houve um rápido esforço para esclarecer o que o direito de asilo quer dizer e o que não. Em 1993, encontrou-se uma regulamentação complicada, com cinco parágrafos de extensão, que entrou na história sob o nome de "Acordo sobre o asilo". Do ponto de vista de críticos como o jornalista Heribert Prantl, com isso "um farol [...] foi desligado e substituído por uma velinha".

Já na Convenção Europeia dos Direitos Humanos não se encontra um direito a asilo. Apesar disso, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos acabou se transformando no supremo Tribunal de asilo da Europa. Isso é paradoxal e tem amplas consequências. O primeiro caso de Direito de refugiados foi decidido em Estrasburgo, em 1991, cerca de três décadas após a primeira sentença do Tribunal. Vinte anos mais tarde, o número de julgamentos que dizem respeito a direitos de refugiados ainda está na casa de dois dígitos. Mas desde 2010 esse número disparou rapidamente. De dezenas de liminares se passou a milhares, uma decisão de princípio se segue a outra, e balizamentos são colocados.

A decisão inicial que abriu o caminho para uma jurisprudência inovadora foi o julgado Soering contra o Reino Unido em 1989. Nesse caso, a extradição de um jovem alemão para os EUA esteve em pauta. Suspeitava-se que ele houvesse assassinado os pais de sua namorada americana. Tinha fugido para a Inglaterra e tinha de contar com a possibilidade de ser condenado à morte nos EUA. O Tribunal constatou a existência de uma violação de direitos em potencial no caso de extradição. Embora o próprio Reino Unido não fosse tratar o reclamante de forma desumana se o colocasse em um avião para os Estados Unidos, decerto isso significaria que lá, em

caso de condenação, ele teria de esperar por sua execução durante anos no “corredor da morte”. Isso representaria um tratamento desumano que seria causado pela ação do Reino Unido. Disso se seguiu um “não”, baseado nos direitos humanos: a extradição era contrária à Convenção e, portanto, proibida.

Dois anos mais tarde, esse enfoque jurisprudencial foi transferido, no caso Cruz Varas contra a Suécia, para a extradição de uma família de refugiados para o Chile, na época da ditadura de Augusto Pinochet. A argumentação foi, no fundo, a mesma do caso de Soering: quem envia alguém para um país estrangeiro não pode ignorar o que está acontecendo lá. A responsabilidade pelos direitos humanos ultrapassa as fronteiras estatais.

Em 1997, o Tribunal ampliou essa jurisprudência e também a relacionou a uma ameaça para a saúde e a vida no Estado de destino, que não se deve atribuir às autoridades públicas, e sim a atores privados – isso, em todo caso, quando o Estado não pode oferecer uma proteção eficaz contra isso. Isso também se aplica a criminosos. No caso concreto, o reclamante alegara que estava sob o risco de sofrer vingança por parte de traficantes de drogas colombianos que ele tinha denunciado.

É coerente com isso que também precise ser proibido deportar alguém para um Estado em que não haja qualquer proteção estatal contra abusos de caráter criminoso; no caso Sufi e Elmi contra o Reino Unido, o Tribunal confirmou isso para a Somália. O mesmo se aplica à deportação para regiões de guerra ou crise como a Síria ou o Afeganistão.

Com isso, abriu-se o caminho para uma interpretação da Convenção que proíbe de modo bem geral expor pessoas a um perigo existencial para o corpo e a vida não só no próprio país, mas também no exterior, mesmo que se trate do país natal delas. Abre-se assim a porta para uma proteção que vai muito além das garantias da Convenção de Genebra sobre Refugiados de 1951, pois aí se visa às causas da fuga – particularmente à perseguição por causa de raça, religião, nacionalidade, pertença a um determinado grupo social ou de convicção política. Quem não é “perseguido” nesse sentido não está protegido segundo o sistema de Genebra – essa era, ao menos, a ideia original.

Além disso, tampouco estão protegidos pelo sistema de Genebra criminosos que representem um perigo para a segurança do país de acolhida. Por outro lado, essa restrição também não pode existir, segundo a lógica da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, já que a proibição de tratamento desumano tem validade absoluta e não permite exceções.

A lógica é contundente; ainda assim, a rigidez associada com direitos absolutos causa grandes problemas na prática, pois muitas vezes se discute justamente sobre a deportação de terroristas condenados com trânsito em julgado para seus Estados de origem, e isso não raro em procedimentos sumários, em que as portas dos aviões já estão quase fechadas.

Ora, o conceito de "tratamento desumano" está aberto para interpretações distintas. Também se podem subsumir sob essa categoria casos em que pessoas enfermas e carentes têm negada sua entrada na Europa, embora não possam obter um tratamento médico adequado em seu Estado de origem, estando, assim, privadas de ajuda. Entretanto, nesse caso a proibição de tratamento desumano é ampliada e se torna um dever geral de prestar ajuda, em que o grau de desenvolvimento do sistema médico vira um "pull factor" ["fator de atração"] para a migração. Do ponto de vista do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, isso iria longe demais; só em casos especiais ele vê os Estados com obrigação em casos desse tipo, mas eles precisam aclarar a situação concreta de ameaça em cada caso.

Dos direitos humanos também são derivadas reivindicações referentes ao Direito social para migrantes e refugiados, pois a sobrevivência das pessoas que tenham vindo precisa ser assegurada, seja com uma autorização para trabalhar ou com medidas de apoio. No relevante caso M.S.S. contra a Bélgica e a Grécia, a Grécia os havia violado, pois simplesmente deixara os requerentes de asilo na rua, entregues à sua sorte, muitas vezes sem sequer cadastrá-los.

Mediante o Artigo 3º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, a saber, a proibição de tortura e tratamento desumano, administra-se ao Direito internacional uma dose de humanidade, mas apenas uma dose, pois só são favorecidas as pessoas que batam à porta e estejam fisicamente presentes. Quem está sofrendo em uma favela no Rio de Janeiro não tem qualquer direito a isso. Dessa maneira, a fuga para um Estado-membro da Convenção Europeia dos Direitos Humanos se

torna pressuposto para poder demandar direitos. Isso acarreta distorções crassas; quem tem direito são primordialmente as pessoas jovens e fortes que consigam chegar “à outra margem”. Para isso não basta entrar em um consulado fora da Europa para requerer asilo. Se assim não fosse, lá se teriam de construir muros altos; o princípio do Direito internacional de que os Estados decidem soberanamente a quem deixam entrar e sob que condições teria sido solapado.

Os casos avulsos mostram que é difícil traçar limites – em sentido literal e figurado. Que responsabilidade têm Estados que estejam muito distantes das áreas de crise do mundo? Quem tem direito de deixar para trás a miséria e a aflição e chegar a outro lugar? A migração é um grande desafio não só no século XXI. Mas neste século se procura dar uma resposta a ele a partir dos direitos humanos. A Europa tateia de caso em caso, e algo semelhante se dá em outras regiões do mundo, que, como os Estados Unidos da América, o Canadá e a Austrália, são locais pelos quais anseiam pessoas em busca de proteção e trabalho. As decisões são controversas. Não se pode alcançar uma solução abrangente – e justa – do problema unicamente com os direitos humanos. Sem eles, porém, muito menos.

### **Terrorismo e estado de exceção**

O terrorismo desafia o Estado de Direito. O Executivo, o Legislativo e o Judiciário precisam dar respostas para evitar ataques no futuro e punir ataques no passado. Existe amplo consenso sobre os objetivos, mas não sobre os métodos. Decerto há concordância de que em situações de ameaça extrema os direitos humanos podem ser restringidos. Mas onde se devem traçar os limites? Palavras-chave para designar métodos controvertidos ou proscritos na luta contra o terrorismo são detenção em regime de isolamento, redução das garantias processuais em processos penais, detenção em prisões secretas, transferência para serviços secretos estrangeiros e, por fim, também o tiro mortal dirigido a um alvo. Caso terroristas morram em confronto com o poder estatal, a extensão dos deveres de esclarecimento é controvertida. Os Tribunais de direitos humanos, sobretudo o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, tratam dessas questões, mas também

possivelmente de limites mais estreitos da liberdade de expressão em tempos de ameaça terrorista ou da abjucação da nacionalidade das pessoas classificadas como "ameaçadoras". Movem-se processos até mesmo sobre o sepultamento de terroristas.

Todas essas questões são colocadas da "perspectiva dos autores do crime". A história do Direito europeu foi escrita com nomes de terroristas e criminosos célebres como Abu Qatada, Carlos e El-Masri. Um dos princípios do Estado de Direito é que ninguém, independentemente do que faz ou fez, pode ser colocado fora do ordenamento jurídico e declarado "fora da lei", como se dizia em séculos passados. Mas isso não quer dizer que se possa esquecer a "perspectiva das vítimas". Os nomes das vítimas só entram raramente na história. Uma das características do terrorismo moderno é justamente que vítimas anônimas sejam atingidas e as massas sejam apavoradas. Dificilmente uma outra palavra represente tão bem o medo e a crueldade associados a isso que "Beslan", o local no Cáucaso do Norte em que, em 2004, mais de 1.100 reféns – a maioria crianças – foram mantidos durante 50 horas nas mãos de terroristas; muitos desses reféns morreram quando da tomada de assalto por parte de unidades russas. Em sua decisão no ano de 2017, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos acusou as autoridades russas de faltas graves. Com isso foram colocados critérios para a proteção de vítimas e o combate ao terror.

Um caso particularmente espetacular teve a ver com Abu Qatada, um pregador islamista de ódio que foi visto como auxiliar de Osama bin Laden na Europa. Planejava-se levá-lo da Grã-Bretanha para a Jordânia, onde seria processado. Como se temia que em Tribunais jordanianos direitos processuais básicos fossem desrespeitados, o Tribunal se opôs a uma extradição. A decisão levantou muita poeira diplomática entre a Grã-Bretanha e o Tribunal. Mas quando o governo jordaniano assegurou ao britânico e ao Tribunal a observância de um processo judicial consoante o Estado de Direito, o caso foi resolvido de modo relativamente tranquilo. Abu Qatada concordou com um retorno à Jordânia e lá foi, para grande surpresa de todas as partes envolvidas, inocentado de todas as acusações. Caso se negasse a terroristas a invocação de direitos humanos, o Estado trairia os ideais que alega proteger.

O terror pode tomar formas muito diferentes. A França foi sacudida por vários atentados sangrentos dentro de um espaço de dois anos. Os pontos altos de crueldade foram o atentado contra a redação do jornal satírico Charlie Hebdo em janeiro de 2015 e o ataque a diversos locais nas proximidades de Paris, entre outros o teatro Bataclan e diversos cafés em novembro de 2015. Na Turquia, uma tentativa de golpe com mais de 200 mortos em 2016 foi vivenciada como traumática. Depois disso, os dois países fizeram uso de seu direito de decretar o estado de exceção e, por conseguinte, de reduzir o escopo da proteção dos direitos humanos. Contudo, também nessa situação só se podem admitir restrições dos direitos humanos que sejam estritamente necessárias e proporcionais. Alguns direitos, como a proibição de tortura e tratamento desumano, são imunes ao estado de emergência; nesse ponto não pode haver restrições.

Em 2020, muitos Estados invocaram um estado de emergência na crise do coronavírus. Na esteira do lockdown, direitos humanos foram limitados, em parte, de forma maciça. Fundamentalmente, isso se justificava por causa dos riscos à saúde. Ainda assim, em cada caso era preciso examinar – mesmo ao se usar o estado de emergência como argumento – se as restrições eram proporcionais e ponderar as consequências e riscos. Isso dizia respeito, por exemplo, à proibição de cultos e reuniões, ao fechamento de restaurantes e lojas ou à proibição – que tangia a vida privada – de se encontrar com amigos e parentes ou organizar celebrações ou comemorações. O direito à vida e à saúde é extremamente importante, mas, diferentemente da proibição de tratamento desumano, não é absoluto.

### **Início e fim da vida, sexualidade e gênero**

A jurisprudência do Tribunal se tornou tão abrangente que acompanha a pessoa não só do berço ao túmulo, mas também já no tempo antes do nascimento e ainda no tempo posterior à morte. Há muita contenda sobre as áreas cinzentas da vida humana, por exemplo sobre o direito de utilizar embriões surgidos de uma fertilização *in vitro* para fins científicos, sobre a admissibilidade do diagnóstico pré-implantacional, sobre a punibilidade de uma morte solicitada e a assistência para

morrer, mas também sobre aborto, medicina reprodutiva e maternidade de substituição; a prática das decisões judiciais segue as linhas do progresso científico.

Um elemento central para a argumentação diante do Tribunal Europeu de Direitos Humanos é, em muitos desses casos, o direito ao respeito pela vida privada. Mas o que isso compreende? Que a autodeterminação faça parte disso não é problemático. Mas isso também significa decidir sobre a utilização ou não utilização do próprio genoma? "Sim", disse a maioria dos juízes no caso Parrillo contra a Itália; "não", disse a minoria, e o fez com bons argumentos. Afinal, pode-se realmente afirmar que um embrião seria uma "parte integrante do material genético e da identidade biológica de uma outra pessoa", que deveria, por isso, ter a permissão de determinar sobre a questão? Esse direito de determinação seria, inclusive, uma "parte essencial da personalidade" dessa outra pessoa? Exigir um direito de "fazer uso" de embriões, mesmo que para o progresso científico, mostra uma compreensão utilitarista do ser humano. Ora, pode-se discutir sobre se já se deve atribuir "dignidade" a embriões; também a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal sobre essa questão é deliberadamente inconclusiva. Mas ver embriões como objetos de que se possa dispor, em que o "dispor" esteja protegido pelos direitos humanos, parece causar estranheza. A reclamante tinha até invocado o direito à propriedade. Entretanto, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos não seguiu essa linha.

Igualmente controvertida é a questão do diagnóstico pré-implantacional. Também nesse caso estão em pauta o status e a proteção de embriões. E também nesse caso se entremisturam aspectos biológicos, éticos e jurídicos. Os Tribunais procuram evitar definir o início da vida humana; também não é possível depreender referências para isso a partir dos direitos humanos. Contudo, representa uma grande acrobacia argumentativa decidir sobre o ser humano antes do nascimento sem explicar a partir de quando um ser humano é um ser humano. Assim, também nesse tocante só são possíveis decisões em casos específicos. Segundo o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no caso Costa e Pavan contra a Itália, o diagnóstico pré-implantacional não é aceitável se se permitem abortos; "refugar" embriões doentes antes da implantação seria, em todo caso, menos oneroso para a mãe do que um aborto posterior, quando se constatar que a criança em formação está doente. Mas significa isso que o diagnóstico pré-implantacional não é problemático

de modo geral? Diferentemente de regulamentações legais, decisões pontuais de Tribunais não podem dar respostas a questões de caráter geral.

Por conseguinte, coloca-se a pergunta sobre se questões bioéticas, questões limítrofes entre a vida e a morte, são questões de direitos humanos. Podem-se derivar respostas aceitáveis, democraticamente legitimadas, do teor conciso de disposições particulares como "direito ao respeito pela vida privada", "direito ao livre desenvolvimento da personalidade" ou fórmulas como "necessário em uma sociedade democrática"? Ou a decisão judicial se baseia, em tais questões éticas que cindem a sociedade, em outras premissas que não são reveladas, já que os juízes, diferentemente de congressistas, não professam preferência partidária, mas têm, ainda assim, inevitavelmente determinadas posturas prévias?

A relatividade da tomada de decisões também se mostra na judicialização do desejo de morrer. O que para umas pessoas é um "suicídio" condenável, para as outras é uma "morte voluntária" legítima. Em 2020, o Tribunal Constitucional Federal derivou do direito geral de personalidade um "direito ao morrer autodeterminado" e, ao fazer isso, baseou-se em um conceito radical de liberdade em relação ao qual o interesse da sociedade de evitar suicídios deve passar para o segundo plano: "A decisão do indivíduo de pôr fim à sua vida de acordo com sua compreensão de qualidade de vida e do sentido da própria existência deve, em termos de ponto de partida, ser respeitada pelo Estado e pela sociedade como ato de autodeterminação autônoma". O Tribunal vai mais longe ainda e exige, inclusive, que, mesmo havendo uma proibição do suicídio, "no caso particular o acesso à assistência para o suicídio disponibilizada voluntariamente permanece efetivamente aberto". O Tribunal Europeu de Direitos Humanos tinha dado uma resposta diametralmente oposta à mesma pergunta. Do direito à vida não seria possível derivar um direito ao morrer. Mesmo que a questão do acesso a um medicamento letal seja um aspecto do direito ao respeito pela esfera privada, proibições estatais de formas de assistência para o suicídio seriam admissíveis para evitar ameaças contra pessoas vulneráveis e abusos. O interesse de proteção por parte da sociedade preponderaria sobre o interesse das pessoas afetadas mesmo que essas tivessem condições de tomar uma decisão de um modo consciente e refletido. No caso concreto *Pretty* contra o Reino

Unido, uma mulher que padecia de uma doença neurovegetativa e não tinha mais condições de tomar, ela própria, o medicamento letal teve de esperar a morte natural; seu marido não tinha permissão para ajudá-la a abreviar sua vida.

Controvérsias desse tipo mostram que o potencial de liberdade contido nos direitos humanos é radical, mas não precisa ser necessariamente esgotado. As garantias de direitos humanos formuladas de maneira aberta e ampla não podem determinar decisões judiciais. Determinantes são, isso sim, consciente ou inconscientemente, padrões de pensamento culturais, religiosos e filosóficos.

Desde a virada do milênio, a influência da jurisprudência dos direitos humanos adquiriu o máximo de visibilidade em questões da identidade sexual. Justamente esse, porém, é um tema culturalmente "carregado", em que as noções de até que ponto chegar o direito à autodeterminação e definição da própria identidade variam fortemente.

Em 1957, o Tribunal Constitucional Federal foi convocado a decidir sobre o tratamento desigual da homossexualidade feminina e masculina; só esta última era passível de punição. As conclusões da audiência com os especialistas refletem o pensamento de um outro mundo: "Assim, a mulher com disposição lésbica consegue manter com mais facilidade a abstinência, ao passo que o homem homossexual tende a se entregar a uma necessidade sexual irrefreada". No fim das contas, negou-se a aplicabilidade da proposição de igualdade, pois "o amor lésbico e a homossexualidade masculina aparecem como suportes factuais não comparáveis em sentido jurídico". Para fundamentar a nocividade social, o Tribunal remete principalmente às "noções morais do povo" e também aos critérios morais desenvolvidos pelas igrejas cristãs. Considerou-se irrelevante o fato de que também já na época da decisão, nos anos 1950, a impunibilidade era garantida em outros Estados. Essa decisão judicial, tachada de "mácula de Karlsruhe", foi transformada em seu contrário meio século depois. Desde o famigerado § 175 do Código de Direito Penal, que tinha declarado a homossexualidade "delito contra a autodeterminação sexual", até o revolucionário § 1.353 do Código de Direito Civil que prevê o casamento de duas pessoas "do mesmo gênero ou de gênero diferente" se percorreu um longo caminho, em que os Tribunais apoiaram o legislador com decisões baseadas nas garantias dos direitos humanos. Regulações sobre transexuais também estiveram

repetidamente no foco da jurisprudência. Em comparação com o resto do mundo, o Tribunal Constitucional Federal andou o mais longe com o reconhecimento da identidade sexual das pessoas que não gostariam de ser classificadas duradouramente nem entre o gênero masculino nem entre o feminino. O direito de personalidade delas seria violado, se o Direito de estado civil as obrigasse a registrar o gênero, mas não permitisse nenhum outro registro de gênero que não o feminino ou o masculino. Com isso, o Tribunal criou um "terceiro sexo", na terminologia corrente.

Por outro lado, os Tribunais, tanto em nível nacional quanto europeu, não tomaram decisões progressistas em relação à proibição, passível de punição, do incesto. O fato de um irmão que tem quatro filhos com sua irmã mais jovem ter de cumprir uma pena de reclusão de dois anos não foi visto como violação dos direitos humanos. Só um juiz do Tribunal Constitucional Federal foi de outra opinião. A maioria aceitou a punição "levando em conta uma convicção social fundamentada na história da cultura, que continua atuante, a respeito da punibilidade do incesto, como quer que ela seja constatada no Direito internacional". O Tribunal Europeu de Direitos Humanos não quis contrariar essa posição e remeteu, como frequentemente faz no caso de questões moralmente delicadas, à ampla margem de apreciação do legislador nacional. Mais ou menos na metade da Europa o incesto não é passível de punição; na outra metade estão previstas penas, e muitas vezes elas são draconianas.

O Artigo 2º da Lei Fundamental limita o exercício dos direitos humanos mediante a moral: "Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que [...] não atentem contra [...] a lei moral". Uma formulação semelhante se encontra no Artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos: "Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício [do direito ao respeito pela vida privada e familiar] senão quando essa ingerência [...] seja necessária para [...] a proteção da moral [...]." Segundo essa compreensão, a liberdade já termina onde o indivíduo se depara com uma contrariedade cultural da maioria, e esta última vê sua coesão comunitária ameaçada. Esse é um terreno muito difícil, pois aqui está em pauta a questão fundamental dos limites da liberdade.

Está claro, em todo caso, que dos direitos humanos não se pode derivar – pelo menos na prática – um “direito à liberdade *igual*” no mundo inteiro. Embora em muitos Estados as posturas para com a homossexualidade tenham se liberalizado, como mostram, por exemplo, no caso da América do Sul, decisões corajosas do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos e dos Tribunais Constitucionais da Colômbia e do Equador quanto ao matrimônio de pessoas do mesmo gênero. Mas em muitos lugares as penas para atos homossexuais ainda são muito duras; em parte, como em diversos Estados islâmicos, prevê-se até a pena de morte. Isso, por sua vez, é uma razão para o asilo, ao menos para uma suspensão de extradição, pois uma condenação penal por homossexualidade seria – ao menos do ponto de vista europeu – um “tratamento desumano”. Mas essa é a visão no ano de 2020. Em 1950 isso ainda não era assim.

### **Diversidade religiosa e cultural**

A liberdade religiosa é um dos direitos humanos exigidos por primeiro e decerto também um dos mais disputados. Nesse sentido, a questão jurídica fundamental é sempre a mesma: até onde alcança a liberdade religiosa positiva de uns e a partir de quando é preciso proteger a liberdade religiosa negativa de outros? Os debates começam com as crianças do ensino fundamental – elas podem ter aula com uma professora que use lenço para a cabeça? – e se estendem, passando pelas aulas de natação coeducacionais em ginásios, até as estudantes que usam lenço nas universidades. Também se devem aclarar questões controvertidas no local de trabalho: a enfermeira em uma clínica psiquiátrica pode usar um lenço para a cabeça? O lenço de uma funcionária do setor de relações externas de uma empresa pode ser proibido se os clientes o desejarem? As empresas podem implementar uma proibição completa de símbolos religiosos? Pode-se proibir o uso da burca em praças públicas e, como na Bélgica, até sancioná-lo com pena de prisão?

Em quase todos esses casos, as reclamantes muçulmanas perderam no Tribunal Europeu de Direitos Humanos; as proibições de peças de vestuário que manifestem uma pertença ao islã foram aceitas na maioria dos casos, com base no direito do Estado secular quanto à autoapresentação neutra e, por conseguinte, à

“ordem pública” ou à liberdade religiosa negativa e, portanto, aos “direitos das outras pessoas”.

Levando isso em conta, não surpreende a crítica de que, em sua jurisprudência, os Tribunais europeus dariam mais atenção aos interesses da religião da maioria do que da minoria e seriam, inclusive, “islamofóbicos”. Nesse contexto também se remeteu às poucas decisões em que proibições de símbolos foram consideradas contrárias à Convenção, pois esses casos diziam respeito a um símbolo cristão, a cruz. A impressão de que a jurisprudência europeia favorece unilateralmente o cristianismo na interpretação da liberdade religiosa é reforçada pelo debate em torno das leis sobre blasfêmia e a proteção de sentimentos religiosos. Um muçulmano britânico alegou, nos anos 1990, que teria sido ferido em seus sentimentos religiosos pelo livro *Versos satânicos*, de Salman Rushdie. Entretanto, a lei britânica sobre blasfêmia vigente na época não protegia o islã, e sim apenas o cristianismo. A Comissão Europeia de Direitos Humanos negou que houvesse – indo além das leis em vigor – uma obrigação positiva de proteção de sentimentos religiosos derivável da Convenção. Por outro lado – quase ao mesmo tempo –, no caso do Instituto Otto Preminger contra a Áustria, aceitou-se como estando em conformidade com a Convenção a proibição da apresentação satírica intitulada “O concílio do amor”, em que a Virgem Maria é retratada como dissoluta, Jesus Cristo como abúlico e Deus Pai como velho e cansado; nesse caso, havia, contudo, uma base legal pertinente. O filme *Visions of Ecstasy* pôde ser proibido na Grã-Bretanha para impedir “ataques particularmente agressivos a elementos considerados sagrados pelos cristãos”.

Nesse meio tempo, a lei britânica sobre blasfêmia foi abolida, assim como muitas outras leis sobre blasfêmia, e entretantes o Tribunal está menos aberto à queixa de cristãos de que seus sentimentos religiosos estariam sendo lesados. Assim, deu-se razão a uma agência de publicidade que tinha mandado imprimir cartazes em que, ao lado da imagem de um homem muito tatuado com o torso nu e cabelos compridos, encontravam-se as palavras “Jesus, what trousers!” [“Jesus, que calças!”]. Em uma imagem semelhante com uma mulher se podia ler “Dear Mary, what a dress!” [“Cara Maria, que vestido!”]. Nesse caso, a Câmara decidiu o conflito

entre liberdade de expressão e liberdade religiosa em favor da liberdade de expressão.

A questão sobre até que ponto a xaria e os direitos humanos são compatíveis está tomando, entretantes, traços de uma guerra cultural. Uma afirmação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos enxergou aqui uma incompatibilidade clara e, com isso, jogou lenha na fogueira: "É difícil declarar respeito pela democracia e pelos direitos humanos se, ao mesmo tempo, apoia-se um regime baseado na xaria, que diverge inequivocamente dos valores da Convenção, particularmente no tocante ao Direito penal e ao processo penal, às regras sobre o status jurídico das mulheres e à forma como penetra em todas as esferas da vida privada e pública em consonância com prescrições religiosas."

A jurisprudência de outros Tribunais é menos apodíctica quanto a esse aspecto. O Tribunal Constitucional Federal, em especial, empenhou-se por um equilíbrio de interesses moderado e ponderativo também nos casos que envolviam o lenço para a cabeça. Quão difícil é encontrar um equilíbrio é mostrado até mesmo pelas diferenças de opinião entre as duas Turmas do Tribunal Constitucional Federal, que, no caso de categorias profissionais diferentes – professoras muçulmanas, por um lado, e estagiárias de Direito, por outro – chegam a resultados diferentes. O fato de que, segundo uma decisão do Supremo Tribunal Federal, o crucifixo não pode ser pendurado em uma escola pública da Baviera, mas, segundo uma decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, pode em uma escola pública da Itália dá o que pensar. Também nesse caso se pode ter uma bela disputa sobre muitas coisas.

### **Mundos paralelos digitais**

Em um mundo digitalizado e globalizado, são possíveis muitas coisas que ainda eram impensáveis em um mundo analógico e fechado. Enquanto antigamente era preciso interceptar e abrir cartas, ficar parado no outro lado da rua e observar quando alguém deixava a casa ou empregar informantes para identificar rapidamente opiniões "perigosas", hoje em dia recursos digitais permitem uma vigilância ininterrupta. Ao mesmo tempo, as novas possibilidades tecnológicas podem ser usadas para preparar crimes. A *dark web* é um submundo em que se

realizam compras de armas, comercia-se pornografia infantil e fazem-se combinações para atentados terroristas.

Aonde quer que se olhe nesse novo mundo virtual se encontram pontos de exclamação referentes aos direitos humanos: o indivíduo deve ser protegido contra a vigilância estatal. Quando mais simples e abrangente ela for, tanto mais eficaz deve ser a proteção. O próprio indivíduo deve poder decidir o que se sabe sobre ele. Ao mesmo tempo, porém, ninguém pode ser exposto a perigos que o Estado pudesse repelir.

Se antigamente a garantia do sigilo de correspondência, comunicação postal e telecomunicações bem como a inviolabilidade do domicílio pareciam suficientes, agora se acrescentaram novos direitos humanos e fundamentais: o “direito à autodeterminação informacional”, como reza a bela e incisiva formulação de 1983 do Tribunal Constitucional Federal, o “direito à garantia da confidencialidade e integridade de sistemas de tecnologia da informação”, uma nova criação linguisticamente muito mais desajeitada, muitas vezes designado simplesmente como “direito fundamental computacional”, e por fim ainda o “direito a ser esquecido”. Este último visa assegurar que informações sobre uma pessoa armazenadas digitalmente não fiquem à disposição em caráter permanente.

Ainda assim, não se deve redescobrir a roda, e sim empregar em novos casos e aprofundar os mecanismos existentes do Estado de Direito para limitar a observação por parte do Estado. Já no final da década de 1970, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos tematizou os perigos que, por um lado, estão associados a um Estado que sabe demais e, por outro, ao que sabe de menos. Assim, por exemplo, afirma-se na sentença do caso *Klass et alii* contra a Alemanha: “Na atualidade, as sociedades democráticas são ameaçadas por formas altamente desenvolvidas de espionagem e pelo terrorismo. Em consequência, o Estado, para se contrapor com eficiência a essa ameaça, precisa ter condições de vigiar sigilosamente elementos subversivos atuantes em sua esfera de competência”. Mas este enunciado não está sozinho, pois é relativizado na sequência: “Consciente do perigo que tal lei encerra, a saber, minar e até destruir a democracia com a alegação de protegê-la, o Tribunal reafirma que os Estados-parte não podem, em nome da luta contra a espionagem e

o terrorismo, lançar mão de toda e qualquer medida que lhes pareça apropriada”.

Para equilibrar os diversos interesses, a legislação e a jurisprudência tanto nacional quanto europeia desenvolveram, em uma espécie de jogo de pingue-pongue, regras para definir quais formas de vigilância ainda devem ser toleradas e onde começa o “Estado orwelliano”. Nesse sentido, é preciso, especialmente, regulamentar com exatidão onde, como e por quanto tempo dados podem ser armazenados, a quem podem ser repassados e sob que pressupostos precisam ser apagados. Isso se aplica à atividade policial e a investigações dos serviços secretos, que muitas vezes operam fora do radar do Estado de Direito. Em um caso com o sugestivo nome de “Big Brother Watch contra o Reino Unido”, disputa-se em torno deste último aspecto. Os serviços secretos só podem entrar em ação quando há uma suspeita suficiente? Para uma vigilância em massa, eles precisam até mesmo de um juiz que examine a necessidade das medidas? O quanto devem ficar sabendo as pessoas que são vigiadas? O controle judicial topa com limites quando se quer defender-se de algo de que não se tem conhecimento. Todos os Tribunais de direitos humanos decidem sobre tais questões, principalmente, muitas vezes os Tribunais em Estrasburgo, Luxemburgo e Karlsruhe. Mesmo que as respostas não sejam unânimes, o teor geral é que medidas de vigilância e armazenagem/conservação de dados só são admissíveis dentro de limites estreitos, em especial não sem um ensejo.

### **Aprofundamento da desigualdade social**

Provavelmente o direito humano mais controvertido é o direito à propriedade, pois se presta fundamentalmente para conservar a situação social existente e impedir uma redistribuição. Apesar disso, historicamente ele foi – assim como a liberdade religiosa – um dos primeiros direitos a serem exigidos, pois a retirada do que pertence a outrem foi percebida como mal básico de um regime arbitrário. A ideia era proteger os cidadãos contra a nobreza, mas não os ricos contra os pobres.

Também a garantia de um mínimo existencial foi sempre um tema dos direitos humanos. Enquanto na *Magna Carta* se visavam apenas as viúvas e os órfãos, na Revolução Francesa, quando da reedição da Declaração dos Direitos Humanos, já se

enfocava toda pessoa potencialmente necessitada ou carente. Para o presidente Roosevelt, tratava-se em 1944, na *Second Bill of Rights*, de modo bem geral do direito à sobrevivência. A industrialização e o capitalismo no século XIX mostraram que a ampliação das diferenças sociais desenvolve uma dinâmica própria. Contudo, a concentração da riqueza nas mãos de poucos ainda se acentuou no século XX e início do XXI. Embora os direitos humanos dificilmente pareçam apropriados para impedir esses desdobramentos, eles podem ao menos ser usados como um instrumento para compensar injustiças extremas. Na Lei Fundamental se diz que “a propriedade obriga”. O ordenamento econômico deve ser direcionado pela ideia de que um “ter” sempre deveria estar associado a um “dar”.

Também no caso dos direitos sociais os Tribunais convocados para interpretar os direitos humanos foram criativos. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos entendeu a proibição de tratamento desumano também como proibição de deixar alguém morrer de fome. Outra abordagem interpretativa inovadora consiste em ver como propriedade também direitos sociais como o direito à pensão por invalidez ou à pensão aos dependentes de pessoa falecida, cujo cancelamento equivale a uma desapropriação. Assim, reformas sociais abrangentes como a reforma de pensões na Hungria ou as medidas de economia na Grécia em função da crise financeira foram parar na escrivaninha das juízas e dos juízes em Estrasburgo. Contudo, elas e eles não puderam ser de grande ajuda em crises assim, pois no caso de medidas de economia imprescindivelmente necessárias deve-se reconhecer o primado da política.

Todas essas novas abordagens dizem respeito a direitos humanos da “primeira geração”, cuja implementação está assegurada por Tribunais. Também existem direitos sociais de “segunda geração” com grande extensão no Direito nacional e internacional, mas falta-lhes ainda incisividade do ponto de vista do Direito constitucional e internacional. Declarações, resoluções e recomendações mostram o que seria desejável, mas só podem alcançar alguma coisa junto a quem tem boa vontade também. Mas também aqui existem abordagens inovadoras. Os direitos humanos sociais podem ser diretamente incluídos nos cálculos do comércio e da indústria. Um exemplo disso são estratégias de marketing baseadas em

produtos fabricados em conformidade com os direitos humanos. Outro exemplo são leis para cadeias de suprimentos com as quais empresas e consumidores finais são responsabilizados pelo cumprimento dos direitos humanos e trabalhistas das trabalhadoras e dos trabalhadores, mesmo que vivam em regiões do mundo distantes.



## 5. Desejo e realidade

Segundo sua ideia original, os direitos humanos são indicadores da legitimidade do exercício de poder. O poder que não é simplesmente entendido apenas como dado ou querido por Deus precisa se justificar perante aqueles que lhe estão sujeitos – essa é a ideia básica da ciência política moderna.

Já a noção de que cada indivíduo poderia questionar o exercício do poder estatal e recorrer a um Tribunal para exigir seus direitos humanos e acusar o próprio Estado é muito mais recente. Para isso, vários avanços foram necessários. A separação de poderes tinha de ser descoberta, os Tribunais tinham de ser libertados de seu papel subordinado de “boca da lei” (“bouche de la loi”, na expressão de Montesquieu), o Direito tinha de ser entendido com um sistema hierarquicamente organizado de normas em que “o de cima manda no de baixo”. Os Tribunais, apoiados nos catálogos de direitos fundamentais contidos nas novas Constituições, tinham de ousar fazer frente aos Parlamentos e declarar a nulidade de leis. Só a partir desses pressupostos se tornou possível uma jurisprudência constitucional que ofereça proteção genuína dos direitos humanos. Garantir proteção em nível internacional e até submeter Estados soberanos a um controle externo foi apenas o último passo em um processo muito longo.

### **Tribunais constitucionais como motor ou freio da mudança social**

As ideias migraram; quando diques se rompiam na implementação dos direitos humanos em um país, muitas vezes isso também acontecia em outro. Decisões judiciais corajosas inspiraram, não raro, também Tribunais fora do país a seguir seu exemplo.

A Suprema Corte americana reconheceu para si mesma, no ano de 1803, a competência para medir leis pela Constituição e, se necessário, declará-las nulas em uma das mais famosas decisões judiciais da história, no caso *Marbury contra Madison*. Entretanto, se ela não tivesse aberto essa porta para si, algumas décadas mais tarde não teria podido proferir a sentença catastrófica no caso *Dred Scott contra Sandford*, que levou à Guerra Civil. Nele estava em pauta o direito de um

escravo nascido em torno de 1800 de ser liberto. Seus "proprietários" tinham vivido em diversos estados da Federação em que a escravidão era em parte permitida e em parte proibida. A reclamação se baseava na doutrina de "uma vez livre, sempre livre". Com uma maioria de sete votos a dois, os juizes do Tribunal não só rejeitaram a reclamação de Dred Scott, mas também negaram, de modo geral, a possibilidade de que afro-americanos pudessem se tornar cidadãos dos Estados Unidos, com o argumento de que eles seriam "seres de uma ordem inferior", não teriam direitos "que o homem branco tivesse a obrigação de respeitar" e deveriam, "para seu próprio bem", "permanecer, segundo o Direito e as leis", limitados à escravidão. Com isso, o "Acordo de Missouri" de 1820, segundo o qual, com a exceção de Missouri, a escravidão estava proibida em todas as regiões dos Estados Unidos situadas ao norte do grau de latitude 36° 30', foi declarado inconstitucional. Também nesse caso a argumentação foi absurda: os escravocratas estariam sendo privados de sua propriedade legítima e constitucionalmente protegida. Essa decisão pode ser considerada o ponto mais baixo da história dos direitos humanos e foi um dos fatores que levaram à Guerra Civil americana. Depois da Guerra Civil, em 1865 se pôs fim à escravidão com a 13ª Emenda; com a 14ª Emenda se reconheceu a cidadania a "todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos".

A Suprema Corte entrou em descrédito mais uma vez com uma sentença racista em 1896. Assim, ela reconheceu, na audiência Plessy contra Ferguson, a separação de raças em trens e em todos os demais lugares como compatível com a Constituição, desde que as instalações sejam "separate but equal" ["separadas, mas iguais"].

A essa jurisprudência inglória se contrapõem decisões judiciais que contribuíram para a superação da separação de raças. Assim, em 1954 a Suprema Corte decidiu, no caso Brown contra Board of Education, que no âmbito da educação a doutrina "separate but equal" não teria validade e, por conseguinte, as crianças afro-americanas não deveriam ter aulas em separado. Em 1967, no processo Loving contra Virginia o Tribunal declarou inconstitucional a proibição de casamentos entre pessoas brancas e negras. Até recentemente vem sendo controvertida a "affirmative action" no caso de matrículas em universidades, segundo a qual a "raça" constitui

um critério a ser levado em consideração quando se trata não da exclusão, e sim da inclusão das pessoas historicamente desfavorecidas. Por conseguinte, o princípio da “igualdade factual” pode exigir que uma injustiça passada e possivelmente ainda presente seja compensada e, para isso, uma desigualdade jurídica seja admitida.

Decisões controvertidas da Suprema Corte americana também dizem respeito à legislação social do “New Deal” na década de 1930. Os juízes, mais tarde escarnecidos como “Nine Old Men” [“Nove Homens Velhos”], derrubaram quase toda a legislação social com a qual o presidente Roosevelt tentou compensar os efeitos da crise econômica mundial, porque eles se inclinavam ideologicamente a um capitalismo do tipo “laissez-faire” que não deveria ser limitado pelo Estado. Após a proibição judicial da legislação social, Roosevelt tentou substituir os juízes que lhe eram hostis por juízes simpáticos à sua causa, mas fracassou no Congresso. Só sua ameaça de ampliar o número de juízes – o famoso “Court Packing Act” – levou a uma mudança de direção na prática decisória. Nessa disputa, os dois lados, tanto o presidente quanto o Tribunal, saíram perdendo em termos de autoridade.

A Suprema Corte americana foi particularmente influente com sua jurisprudência sobre as liberdades comunicacionais, que, em comparação com a jurisprudência de Tribunais europeus, apresenta inegavelmente uma certa radicalidade e irredutibilidade na defesa de uma ilimitada liberdade de expressão. Assim, a proteção da personalidade deve passar para segundo plano, exceto em caso de “actual malice” (“maldade efetiva”) ou “reckless disregard” (“desconsideração temerária”). Na decisão do caso *New York Times* contra *United States* se constatou que a liberdade de imprensa proíbe a censura prévia mesmo que se trate de documentos secretos ou sigilosos roubados, e no processo *Texas* contra *Johnson* a queima da bandeira americana foi permitida como protesto político.

Na jurisprudência da Suprema Corte americana sobre direitos fundamentais e humanos se podem encontrar muitos exemplos de ativismo judicial. Repetidamente, juízes querem ter a última palavra em questões socialmente controversas, indo muito além do teor da lei. A isso se contrapõe a atitude dos “originalists” [“originalistas”], que se atêm à intenção original da Constituição. A direção para a qual o pêndulo se move depende, em última análise, da eleição dos juízes, ainda mais que os juízes têm cargo vitalício. Dificilmente se poderá negar que, nesse caso, “Direito” seja “política”.

Outros Tribunais constitucionais também tomaram decisões que causaram sensação e serviram de orientação. O Tribunal Constitucional da Hungria fez história jurídica nos primeiros anos após sua fundação em 1989, sob a presidência de László Sólyom – mais tarde presidente do país –, com decisões arrojadas sobre a proibição da pena de morte e a prescrição de crimes cometidos na época do comunismo. Diferentemente de outros países comunistas, na Hungria não se elaborou uma nova Constituição após a mudança de regime, mas se submeteu a Constituição de 1949 a uma revisão fundamental. Com uma interpretação inovadora orientada pelo modelo do Tribunal Constitucional Federal alemão, porém, o Tribunal Constitucional da Hungria conseguiu inverter práticas de restrição dos direitos humanos da época do regime comunista. Contudo, o Tribunal Constitucional, com seu ativismo, passou a ser cada vez mais objeto de crítica, uma vez que suas decisões interferiam corretivamente em projetos políticos de reforma e tinham consequências financeiras consideráveis. Sob o governo de Victor Orbán, as competências do Tribunal foram reduzidas; com novas nomeações, alcançou-se uma guinada na jurisprudência. O fato de a jurisprudência liberal dos primeiros anos ter sido declarada irrelevante de uma só penada com a aprovação da nova Constituição em 2012 mostra a mudança dos tempos; a grande época da jurisprudência do Tribunal Constitucional húngaro sobre os direitos humanos virou passado.

Isso também se aplica ao Tribunal Constitucional da Polônia, que já se destacava na fase final do regime comunista com decisões corajosas sobre os direitos humanos. Nesse caso, a destituição dos juízes tidos como excessivamente liberais foi efetivada abertamente e também fez com que a União Europeia entrasse em ação. O protesto de nada adiantou. Não se devem mais esperar decisões que coloquem a legislação em xeque a partir dos direitos humanos.

O Tribunal Constitucional sul-africano teve uma função de modelo internacional na jurisprudência sobre os direitos humanos, depois que o *apartheid* foi abolido e Nelson Mandela assumiu o governo. Em 1995, ele declarou a pena de morte incompatível com a Constituição, em 2000 exigiu que o governo criasse moradias para os mais pobres, em 2003 declarou que a propriedade existente segundo o direito consuetudinário deveria ser respeitada e as desapropriações

deveriam ser indenizadas, em 2005 estabeleceu a obrigação de reconhecimento de matrimônios de pessoas do mesmo gênero.

Causou sensação na África do Sul o Tribunal da “Comunidade de Desenvolvimento do Sul da África” (Southern African Development Community [SADC]), atuante desde 2005, um grupo de trabalho formado por 15 Estados, com sua decisão corajosa no Caso Mike Campbell (Pvt) Ltda. *et alii* contra a República do Zimbábue. As emoções se elevaram porque, nessa decisão, o Tribunal considerou a reforma agrária e as desapropriações de fazendeiros brancos a ela associadas, no Zimbábue governado por Robert Mugabe, como infração da proibição de discriminação racial contida no tratado de fundação da SADC. O Tribunal interpretou essa proibição “de forma clássica” e declarou que também uma emenda constitucional não poderia distinguir questões de propriedade segundo a pertença racial. Os adversários contrapuseram a essa argumentação no interesse dos fazendeiros brancos a ideia de um “black economic empowerment” [“empoderamento econômico negro”], segundo a qual a garantia de propriedade teria de ser modificada, para remodelar as estruturas de propriedade visando reparar. No entanto, as desapropriações de fato haviam se desenrolado, em parte, de modo caótico e levado ao enriquecimento dos adeptos do presidente; poder, corrupção e violência formavam um conjunto impenetrável. Por fim, o trabalho do Tribunal, cujos juízes o governo tachou de “sonhadores”, foi de novo suspenso já em 2010, sendo-lhe negada a competência para decidir sobre reclamações individuais referentes aos direitos humanos.

O fato de um Tribunal jovem, que estava arraigado na cultura jurídica dos Estados-membros da SADC, ter fracassado na decisão de um caso como esse mostra uma vez mais que a aceitação de uma jurisprudência sobre os direitos humanos, justamente quando se trata de um “tema candente” como desapropriações em um contexto colonial, depende de múltiplos fatores. As melhores intenções podem muito facilmente se transformar em seu contrário. Junto com o Tribunal também se sepultou em 2010 a esperança de um Estado de Direito em uma região de crises políticas.

O Tribunal Constitucional Federal alemão, fundado em 1951, também iniciou sua atividade em uma época difícil. Entretanto, naquela época havia uma vontade

real de um recomeço e de mudança. A injustiça da época do nacional-socialismo era tão gritante que havia consenso no sentido de reconhecer os direitos humanos como princípio fundamental do ordenamento jurídico. Também se aceitava um Tribunal forte que fizesse frente, com autoconfiança, ao Parlamento e ao governo. O fato de, duas décadas mais tarde, até já se estar falando de “patriotismo constitucional” e os direitos fundamentais da constituição alemã conseguirem, como elo unificador, manter a coesão de uma sociedade dilacerada do pós-guerra mostra que a Constituição e o Tribunal passaram na sua prova de fogo, embora tenha havido sentenças avulsas que são objeto de controvérsia. Já nos primeiros anos, a jurisprudência sobre os direitos humanos fincou estacas importantes no solo do Estado de Direito. Dois aspectos, em especial, celebrizaram a jurisprudência de Karlsruhe: o princípio da proporcionalidade e o recurso aos direitos humanos em questões éticas difíceis. Com o princípio da proporcionalidade, o Tribunal Constitucional Federal disponibilizou um instrumento para alcançar um equilíbrio justo na ponderação do interesse do indivíduo e do interesse da comunidade. Decisões sobre a dignidade humana foram marcantes. Algumas tiveram aprovação geral, como, por exemplo, a decisão de que “prisão perpétua” para homicídio não poderia ser realmente “perpétua”, pois uma vida sem qualquer esperança de liberdade violaria a dignidade humana. Mas algumas decisões também foram recebidas com incompreensão, como, por exemplo, a Lei de Segurança Aérea. Segundo ela, constituiria uma violação da dignidade humana que, em uma situação do tipo “11 de setembro”, as autoridades de segurança abatam uma aeronave de passageiros capturada por terroristas. Para um cenário desses, o legislador quisera regular preventivamente as possibilidades de intervenção; passageiros frequentes tinham se defendido contra isso com uma ação de inconstitucionalidade. No entender do Tribunal Constitucional Federal, os passageiros seriam transformados em “objetos” de decisão estatal e, conseqüentemente, privados de sua dignidade se sua vida fosse pesada em relação à vida das vítimas quando do choque do avião contra o solo. A decisão se deparou com uma repercussão muito crítica. Em tempos de pandemia do coronavírus, ela dificulta regulamentar questões de “triagem”, isto é, decidir quem recebe assistência médica quando não há respiradores em número

suficiente para pessoas doentes que estejam correndo risco de morte. O que fazer quando selecionar e ponderar viola a dignidade humana, mas, ainda assim, é preciso selecionar e ponderar?

A Ásia não parece ser um continente em que os direitos fundamentais e humanos prosperariam de modo especial. Não existe um tratado transnacional de direitos humanos e a jurisprudência dos Tribunais constitucionais não assumiu um papel pioneiro. Não obstante, também nesse caso há decisões específicas importantes, como, por exemplo, em 2013, a decisão do Supremo Tribunal japonês de proibir a discriminação de crianças nascidas fora do matrimônio, a decisão do Supremo Tribunal indiano, em 2014, de reconhecer pessoas transgênero como “terceiro gênero” ou, em 2018, a decisão do Tribunal sul-coreano sobre o direito das testemunhas de Jeová de recusar a prestação de serviço militar.

Também há uma jurisprudência interessante sobre os direitos humanos em Tribunais no âmbito árabe. Assim, o Supremo Tribunal egípcio decidiu, em 2017, que constituía uma violação da liberdade religiosa que cristãos coptas, diferentemente dos muçulmanos, não ganhassem licença especial de um mês por razões religiosas. Na lei só se mencionava um direito a uma peregrinação a Meca; essa disposição foi declarada inconstitucional, porque nada comparável a isso estava previsto para os cristãos. Entretanto, segundo a nova Constituição egípcia de 2014, a liberdade religiosa só é garantida ao islã, ao cristianismo e ao judaísmo; outras religiões estão excluídas. Também há decisões interessantes sobre a igualdade de direitos dos gêneros. Em 2020, o Supremo Tribunal Constitucional egípcio declarou inconstitucional a possibilidade de o marido se opor à emissão de um passaporte para sua mulher. Por mais que esse resultado deva ser visto com bons olhos, a fundamentação não é convincente do ponto de vista dos direitos humanos, pois não se censurou o fato de essa regra estar em contradição com a igualdade entre homens e mulheres, e sim de ela não ter base legal. Contudo, deve-se levar em conta o contexto em que os juízes agem, pois a Constituição dispõe que a autodeterminação da mulher deve ser compatível com seus deveres para com a família. Com isso, perpetua-se a compreensão tradicional dos papéis.

## Dois Tribunais europeus de direitos humanos

A Europa vê os direitos humanos como sua marca registrada. Muitos aspectos da ideia são europeus. Os primeiros documentos sobre direitos humanos foram elaborados na Europa. Também na Europa se disputou em torno da realização prática dos direitos humanos antes do que na maioria das regiões do mundo. Além disso, a Europa tem uma particularidade: ela tem dois Tribunais europeus, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos do Conselho Europeu, em Estrasburgo, e o Tribunal de Justiça da União Europeia, em Luxemburgo. Enquanto o primeiro deles se ocupa, desde sua fundação em 1959, exclusivamente com direitos humanos e julga segundo a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, o Tribunal de Luxemburgo ainda é um “aprendiz” no tocante a direitos humanos. Depois de se ocupar durante décadas exclusivamente com questões econômicas e financeiras, particularmente com a realização das chamadas liberdades fundamentais da União Europeia, desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa em 2009, que inclui a Carta dos Direitos Humanos da União Europeia, ele tem um novo campo para cultivar. Nesse sentido, ele está basicamente vinculado à jurisprudência – mais antiga – do Tribunal de Estrasburgo, mas pode ir para além disso e desenvolver padrões mais elevados. O Tratado de Lisboa prevê a adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos Humanos, de modo que ambos os sistemas sejam entrelaçados e também haja um controle externo para a União Europeia. No entanto, apesar do assentimento de todos os Estados da União Europeia, a implementação da adesão não teve êxito até agora por causa do veto do Tribunal de Luxemburgo.

Assim, os dois Tribunais europeus têm, muitas vezes, de continuar decidindo sobre questões de direitos humanos semelhantes sem estar incluídos em um marco institucional conjunto. Isso se aplica especialmente a temas controvertidos como migração, proteção de dados e utilização de símbolos religiosos no local de trabalho. Por causa das altamente controversas reformas do sistema judiciário na Hungria e na Polônia, a “independência do Judiciário” também é um tema comum, que diz respeito aos direitos humanos. Por um lado, os juízes que são afastados de maneira injusta ou submetidos a sanções disciplinares podem argumentar que isso é uma

violação dos direitos humanos. O ex-juiz do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e, na sequência, presidente do Supremo Tribunal da Hungria, András Baka, fez isso depois de ter perdido seu cargo em função da nova Constituição húngara. O Tribunal de Estrasburgo viu a construção da regulação transitória na nova Constituição húngara, que excluía deliberadamente uma nomeação de Baka para a presidência, como uma reação a manifestações críticas de Baka e reclamou, por isso, de uma violação da liberdade de expressão; além disso, tinha-se proibido o acesso de Baka ao Tribunal. Com decisões como essa, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos em Estrasburgo estabeleceu critérios na área da independência do Judiciário pelos quais também o Tribunal de Luxemburgo se orienta no processo de violação do Tratado contra a Polônia.

Contudo, a relação entre os dois Tribunais não deixa de ser complicada. Eles operam com critérios diferentes em um entorno diferente. A Convenção Europeia dos Direitos Humanos, segundo a qual o Tribunal de Estrasburgo decide, provém de meados do século XX. Já a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia segundo a qual o Tribunal de Luxemburgo decide é do início do século XXI. Os dois textos refletem um espírito de época e um estágio de desenvolvimento diferente dos direitos humanos. Assim, na Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950, afirma-se que “homens e mulheres em idade de casar” têm o direito de contrair matrimônio e constituir família; na Carta dos Direitos Fundamentais, isso é formulado de modo mais aberto e, sem referência aos gêneros, fala-se do direito de “contrair matrimônio e constituir família”. Na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia há uma norma própria sobre o direito à proteção de dados pessoais, uma temática que ainda não podia ser prevista na Convenção Europeia dos Direitos Humanos e, por isso, na jurisprudência é subsumida sob o direito à proteção da esfera privada.

A duplicação das normas sobre direitos fundamentais se deu quando a associação primordialmente econômica se tornou uma associação política que assumiu cada vez mais competências em esferas sensíveis em termos de direitos fundamentais. Em nome da própria credibilidade, não se considerou mais suficiente recorrer à Convenção Europeia dos Direitos Humanos e às tradições constitucionais dos Estados-membros e se quiseram “direitos humanos da UE” próprios. Entretanto,

a existência paralela de padrões não de todo coincidentes é acompanhada pelo perigo de que os Tribunais nacionais recebam diretrizes diferentes. Com frequência, os profissionais de imprensa e os políticos confundem os dois Tribunais. Para os cidadãos, o sistema não é compreensível ou transparente. A ideia de uma proteção de direitos fundamentais que todo indivíduo possa invocar pode se perder facilmente em um sistema de proteção de direitos excessivamente complexo e emaranhado.

Mas a Europa também não é simplesmente a Europa. Existe a Europa dos 27, a União Europeia, e a Europa dos 47, o Conselho Europeu. A Convenção Europeia dos Direitos Humanos vige para 47 Estados e, assim, inclui também Estados em cujas tradições jurídicas próprias se encontram poucos traços ou nenhum traço de direitos humanos e nos quais os regimes políticos, também no presente, só são democracias nominalmente, como, por exemplo, a Rússia, a Turquia e o Azerbaijão. No Tribunal Europeu de Direitos Humanos, cerca de um quarto das reclamações vêm de apenas quatro Estados, muitas vezes chamados de "The Big Four", a saber, Rússia, Ucrânia, Turquia e Romênia. Implementar os direitos humanos também neles constitui um desafio especial. São justamente esses países que estão repetidamente envolvidos em conflitos militares. Também as violações de direitos humanos ligadas a eles são tratadas em Estrasburgo, assim, por exemplo, em relação ao conflito entre Chipre e Grécia, entre Rússia e Geórgia e entre Rússia e Ucrânia. Os processos são longos e trabalhosos. O fato de que até agora países como a Rússia e a Turquia tenham se negado a pagar as indenizações pelas vítimas dos confrontos bélicos às quais foram condenados é deprimente.

### **Direitos humanos na política externa**

A acusação de dupla moral acompanha toda forma de política externa que alegue colocar a preocupação com os direitos humanos acima dos próprios interesses, pois é evidente que o critério não é aplicado de igual maneira a todos os países. Ao passo que alguns precisam contar com a possibilidade de sanções ou até de intervenções militares por causa de violações dos direitos humanos, em outros países só se expressam críticas à boca pequena para não pôr em risco a cooperação

militar e econômica. Um exemplo famoso é o apoio ainda prestado pelos EUA a regimes ditatoriais e violadores dos direitos humanos na América Central e do Sul nos anos 1970 e 1980, mesmo depois de o presidente Jimmy Carter ter declarado oficialmente que os direitos humanos são o fundamento da política externa americana. Assim, os americanos apoiaram, por exemplo, o general chileno Augusto Pinochet, que tomou o poder mediante um golpe, contra seu adversário socialista Salvador Allende, embora o “desaparecimento” de pessoas bem como assassinatos políticos, prisões e tortura fossem de conhecimento geral. Também a relação dos americanos com o xá da Pérsia revelou o primado de interesses da política de poder por sobre a preocupação com a situação dos direitos humanos. Na Guerra Fria, esse padrão era onipresente; os dois lados competiam pelo favor dos ditadores para expandir sua própria esfera de poder e influência.

Também após o fim da Guerra Fria, os direitos humanos, ao contrário do que professa “da boca para fora”, em especial, o Ocidente, só têm importância secundária, quando se trata da estratégia de poder global na relação entre os EUA, a Rússia, a China e a União Europeia. Mencionar isso não é diplomático. Ainda assim, continua sendo discutido com veemência, com vistas, por exemplo, à “Primavera Árabe”, o movimento de protesto nos países do Norte da África e nos do Golfo, que se apoiava nos direitos humanos e na democracia e levou à derrubada de sistemas de governo autoritários existente há muitos anos, por exemplo, na Tunísia, no Egito, na Líbia e no Iêmen. O fato de os países ocidentais terem aplaudido os manifestantes, em sua maioria jovens, também pôde ser criticado como dupla moral, pois pouco antes se tinha cooperado confiantemente, durante décadas, com aqueles mesmos ditadores derrubados – Zine El Abidine Ben Ali na Tunísia, Hosni Mubarak no Egito, Ali Abdullah Saleh no Iêmen ou Muammar al-Gaddafi na Líbia –, mesmo quando a existência de porões de tortura não era mais segredo.

Também em relação à China, por um lado se deploram violações de direitos humanos, mas por outro lado não se olha a situação muito de perto quando estão em pauta vantagens econômicas e de poder político. O exemplo da China mostra, além disso, que o progresso em termos de desenvolvimento e a melhoria do nível de vida também podem estar completamente desacoplados dos direitos humanos e que, diferentemente do que muitas vezes se afirma no Ocidente, não são só

sociedades livres que podem prosperar. Assim, o “modelo chinês” passou a ser o influente modelo oposto ao “modelo ocidental”. São partidários do autoritarismo do progresso chinês também os novos regimes populistas iliberais e nacionalistas cujos porta-vozes não receiam quebrar tabus e negar abertamente o que era tido por “valores universais” e, portanto, incontestáveis.

O discurso dos direitos humanos está perdendo cada vez mais a capacidade de se impor, pois, por um lado, é atacado e apresentado como estratégia de dominação e, por outro, questionado com bem-sucedidos modelos opostos. No ano de 2020, a referência aos direitos humanos tem, claramente, menos peso na política externa do que ainda tinha na década de 90.

Diplomacia significa encontrar caminhos para chegar ao objetivo mesmo quando isso parece impossível. Os Estados como, por exemplo, os Estados-membros da EU, que, em suas Constituições, estão comprometidos com a observância dos direitos fundamentais e humanos, precisam estar à altura dessa incumbência tanto interna quanto externamente. Nesse contexto, falar uma linguagem clara e fazer isso também quando, no diálogo com representantes de outros Estados, o argumento dos direitos humanos é rapidamente descartado com um dar de ombros é um difícil ato de busca de equilíbrio. A situação em nível mundial não é uma situação que permitiria só cooperar com Estados que não tenham culpa no cartório em matéria de direitos humanos. Também o fato de sanções não serem aplicadas de igual maneira como resposta a violações deve ser aceito como parte da política realista. Apesar disso, deve-se estar consciente do grande perigo de que a dupla moral, ao lidar com regimes que desprezam os direitos humanos, acabe minando a própria credibilidade. Só se podem preservar direitos humanos quando também se abordam violações e se faz isso mesmo quando é preciso coragem e mesmo que possa acarretar desvantagens econômicas ou políticas.

### **Rumo a um mundo melhor com direitos humanos?**

Os direitos humanos poderão cumprir as esperanças das pessoas que sobem nas barricadas e arriscam sua vida por eles? Poderão dar orientação àquelas que se

sentem como súditos e não como cidadãos livres? Ajudarão a virar bruscamente o leme quando um sistema democrático "vira" politicamente? Poderão evitar guerras em que os direitos humanos são mais desrespeitados do que jamais o foram em tempos de paz? Olhar para o desenvolvimento dos direitos humanos na teoria e na prática mostra que nada é impossível, mas nem tudo é possível. Há progresso e retrocesso, empenho sério e cinismo, mais justiça e muitas perguntas em aberto. Os direitos humanos não são uma receita simples contra abuso de poder e opressão. Eles são, isso sim, um manual de instruções abstrato e complicado para o bom governo. Entender e empregar corretamente esse manual de instruções é tão importante hoje em dia quanto o era na época da *Magna Carta*, quando, pela primeira vez, se tentou restringir a arbitrariedade com um tratado de direitos humanos.



## Panorama da jurisprudência

### Abreviaturas

ADDH – Association de défense des droits de l’homme

ASEAN – Association of Southeast Asian Nations

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch [Código de Direito Civil]

BND – Bundesnachrichtendienst [Serviço Federal de Inteligência]

BVerfG – Bundesverfassungsgericht [Tribunal Constitucional Federal]

BVerfGE – Bundesverfassungsgericht Entscheidungssammlung [Coletânea de decisões do Tribunal Constitucional Federal]

EGMR – Europäischer Menschenrechtshof [Tribunal Europeu de Direitos Humanos]

EuGH – Europäischer Gerichtshof [Tribunal de Justiça da União Europeia]

GK – Große Kammer (des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte) [Grande Câmara (do Tribunal Europeu de Direitos Humanos)]

LGBTQI – *Lesbian, Gay, Bi, Trans, Queer, Intersex*

LVerfGE – Verfassungsgerichte der Länder Entscheidungssammlung [Coletânea de decisões dos Tribunais Constitucionais Estaduais]

NVwZ – Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

ProVG – Preußisches Oberverwaltungsgericht [Superior Tribunal Administrativo da Prússia]

Rec Lebon – Recueil Lebon

SADC – Southern African Development Community

StGB – Strafgesetzbuch [Código de Direito Penal]

UNESCO – United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization

VerfGH Berlin – Verfassungsgerichtshof Berlin [Tribunal Constitucional de Berlim]

### Capítulo 1

#### P. 2

BVerfG, sentença de 26.02.2020, 2 BvR 2347/15 et al., BVerfGE 153, 182 – Direito ao morrer autodeterminado

BVerfG, resolução de 10.10.2017, 1 BvR 2019/16, BVerfGE 147, 1 – Terceiro gênero

BVerfG, sentença de 15.12.1983, 1 BvR 209/83 et al., BVerfGE 65, 1 – Direito à autodeterminação informacional (censo populacional)

**P. 9**

US Supreme Court, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803) – Revisão judicial de leis federais

**P. 15**

ProVG 23, 274 – Proteção da liberdade de imprensa contra intervenções policiais  
Conseil d'État, decisão da Assemblée de. 01.04.1938, *Sté l'Alcool dénaturé de Coubert*,  
Rec. Lebon 337 – Princípio da igualdade de todas as pessoas

**P. 23**

EGMR, sentença de 26.06.2015, *Mennesson v. França*, nº. 65192/11 – Maternidade de substituição

EGMR, sentença de 13.09.2018, *Big Brother Watch et al. v. Reino Unido*, nº. 58170/13 et al. – Proteção contra vigilância de serviço secreto (sem trânsito em julgado)

EGMR, *Hanan v. Alemanha*, nº. 4871/16 – Operação militar no Afeganistão (pendente na Grande Câmara)

EGMR, sentença de 07.07.2011, *Al-Skeini et al. v. Reino Unido*, nº. 55721/07 (GK) – Operação militar no Iraque

EGMR, sentença de 13.02.2020, *N.D. e N.T. v. Espanha*, nº. 8675/15 e 8697/15 (GK) – Migração em Melilla

EGMR, sentença de 13.09.2016, *Ibrahim et al. v. Reino Unido*, nº. 50541/08 et al. (GK) – Terrorismo

**P. 24**

EGMR, sentença de 01.07.2014, *SAS v. França*, nº. 43835/11 (GK) – Proibição do uso de burca

Human Rights Committee, Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2747/2016, 07.12.2018, CCPR/C/123/D/2747/2016 – Proibição do uso de burca

Human Rights Committee, Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2807/2016, 17.10.2018, CCPR/C/123/D/2807/2016 – Proibição do uso de burca

## Capítulo 2

### P. 33

BVerfG, sentença de 21.06.1977, 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187 – Prisão perpétua por assassinato

BVerfG, sentença de 15.02.2006, 1 BvR 357/05, BVerfGE 115, 118 – Abate de aviões de passageiros (Lei de Segurança Aérea)

VerfGH Berlin, resolução de 12.01.1993, 55/92, LVerfGE 1, 56 – Processo contra réu doente de câncer como violação da dignidade humana nos termos da Constituição de Berlim

### P. 38

BVerfG, resolução de 16.05.1995, 1 BvR 1087/91, BVerfGE 93, 1 – Crucifixo em escolas públicas (Alemanha)

EGMR, sentença de 18.03.2011, Lautsi et al. v. Itália, nº. 30814/06 (GK) – Crucifixo em salas de aula de escolas públicas

### P. 46

Hoge Raad der Nederlanden, sentença de 20.12.2019, De Staat Der Nederlanden v. Stichting Urgenda, nº. 19/00135, NL HR 2019, 2006 – Ação sobre proteção climática

EGMR, sentença de 09.12.1994, López Ostra v. Espanha, nº. 16798/90 – Emissões causadoras de ruído e odor (poluição ambiental por parte de uma planta industrial)

## Capítulo 3

### P. 53

US Supreme Court, Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856) – Requerimento de um escravo para libertação da escravidão

US Supreme Court, Strauder v. West Virginia, 100 U.S. 303 (1880) – Inconstitucionalidade da exclusão de uma “pessoa de cor” do tribunal do júri

US Supreme Court, Frank Guinn e J. J. Beal v. United States, 238 U.S. 347 (1915) – Proibição de discriminação racial em eleições

US Supreme Court, Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954) – Proibição de separação racial em escolas públicas

**P. 63**

Comissão Europeia de Direitos Humanos, sentença de 02.06.1956, Grécia v. Reino Unido (I), nº. 176/56 – Levante esmagado em Chipre

Comissão Europeia de Direitos Humanos, sentença de 12.10.1957, Grécia v. Reino Unido (II), nº. 299/57 – Levante esmagado em Chipre

EGMR, sentença de 23.07.1968, Case Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Bélgica, nº. 1474/62 – Tratamento discriminatório de crianças de língua francesa (caso de línguas na Bélgica)

BVerfG, sentença de 15.01.1958, 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 – Conclamação ao boicote de um filme de um diretor nacional-socialista (decisão no caso Lüth)

**P. 64**

EGMR, sentença de 13.06.1979, Marckx v. Bélgica, nº. 6833/74 – Exigência de constatação da maternidade de uma mãe não casada e de seu filho nascido fora do casamento

**P. 65**

EGMR, sentença de 24.06.1993, Schuler-Zraggen v. Suíça, nº. 14518/89 – Discriminação de gênero em aposentadoria por invalidez

EGMR, sentença de 08.01.2009, Schlumpf v. Suíça, nº. 29002/06 – Regulamentação da cobertura dos custos de uma cirurgia de mudança de gênero por parte de plano de saúde

**P. 65 e 66**

BVerfG, sentença de 10.05.1957, 1 BvR 550/52, BVerfGE 6, 389 – Constitucionalidade de disposições penais contra a homossexualidade masculina

BVerfG, resolução de 07.07.2009, 1 BvR 1164/07, BVerfGE 124, 199 – Definições que abrangem “tipicamente” pessoas homossexuais ou heterossexuais (tratamento desigual de matrimônio e união estável na área da pensão por morte para servidores públicos)

BVerfG, sentença de 19.02.2013, 1 BvL 1/11, BVerfGE 133, 59 – Quanto à mudança social na equiparação de pessoas homossexuais e heterossexuais (adoção sucessiva)

BVerfG, resolução de 07.05.2013, 2 BvR 909/06, BVerfGE 133, 377 – Estado civil como referência (matrimônio ou parceria estável) como “tratamento desigual indireto por causa da orientação sexual” (divisão da base de cálculo na declaração do imposto de renda entre cônjuges)

## **Capítulo 4**

### **P. 71**

EGMR, sentença de 20.03.1991, Cruz Varas et al. v. Suécia, nº. 15576/89 – Direitos de refugiados

EGMR, sentença de 07.07.1989, Soering v. Reino Unido, nº. 14038/88 – Extradicação de um suspeito de duplo assassinato

### **P. 72**

EGMR, sentença de 29.04.1997, H.L.R. v. França, nº. 24573/94 (GK) – Proibição de deportação de um criminoso por causa de ameaça por parte de pessoas privadas no Estado de destino

EGMR, sentença de 28.06.2011, Sufi e Elmi v. Reino Unido, nº. 8319/07 e 11449/07 – Proibição de deportação devido à ausência de proteção estatal contra abusos criminosos no Estado de destino

### **P. 72 e 73**

EGMR, sentença de 29.04.2019, A.M. v. França, nº. 12148/18 – Deportação de terroristas condenados com trânsito em julgado

EGMR, resolução de 07.11.2017, X v. Alemanha, nº. 54646/17 – Deportação de terroristas condenados com trânsito em julgado (requerimento urgente inadmissível)

EGMR, resolução de 04.09.2018, Saidani v. Alemanha, nº. 17675/18 – Deportação de terroristas condenados com trânsito em julgado (requerimento urgente inadmissível)

**P. 73**

EGMR, sentença de 26.02.2015, M.T. v. Suécia, nº. 1412/12 – Recusa da entrada no país de pessoas enfermas e carentes como tratamento desumano

EGMR, sentença de 21.01.2011, M.S.S. v. Bélgica e Grécia, nº. 30696/09 – Falta de apoio a requerentes de asilo por parte das autoridades gregas

EGMR, sentença de 28.02.2019, Khan v. França, nº. 12267/16 – Dever de alimentação e acomodação de menores de idade na “Selva de Calais”

**P. 74**

EGMR, sentença de 13.02.2020, N.D. e N.T. v. Espanha, nº. 8675/15 e 8697/15 (GK) – Migração em Melilla

EGMR, sentença de 05.03.2020, M.N. et al. v. Bélgica, nº. 3599/18 (GK) – Não competência para requerimentos de asilo apresentados de Estados terceiros a consulados e representações diplomáticas

**P. 75**

EGMR, sentença de 17.01.2020, Omar Othman (Abu Qatada) v. Reino Unido, nº. 8139/09 – Processo para a extradição de pessoa ameaçadora e pregadora de ódio a um Estado que não corresponde a padrões de Estado de Direito (Jordânia)

EGMR, sentença de 04.07.2006, Ramirez Sanchez (Carlos) v. França, nº. 59450/00 – Processo sobre a questão da admissibilidade de detenção em cela isolada de um dos mais perigosos terroristas dos anos 1970

EGMR, sentença de 13.12.2012, El-Masri v. Ex-República Iugoslava da Macedônia (Macedônia do Norte), nº. 39630/09 – Processo sobre a transferência de suspeitos de terrorismo (comprovadamente inocentes) a serviços secretos estrangeiros

EGMR, sentença de 13.04.2017, Tagayeva et al. v. Rússia, nº. 26562/07 et al. – Tomada de reféns em Beslan

**P. 76**

**P. 78**

EGMR, sentença de 27.08.2015, Parrillo v. Itália, nº. 470/11 (GK) – Direito de utilizar embriões surgidos de uma fertilização *in vitro* para fins científicos

BVerfG, sentença de 25.02.1975, 1 BvF 1/74 et al., BVerfGE 39, 1 – Interrupção da gravidez I

BVerfG, sentença de 28.05.1993, 2 BvF 2/90 et al., BVerfGE 88, 203 – Interrupção da gravidez II

EGMR, sentença de 28.08.2012, Costa e Pavan v. Itália, nº. 54270/10 – Admissibilidade do diagnóstico pré-implantacional

**P. 79**

BVerfG, sentença de 26.02.2020, 2 BvR 2347/15 et al., BVerfGE 153, 182 – Direito ao morrer autodeterminado

EGMR, sentença de 29.05.2002, Pretty v. Reino Unido, nº. 2346/02 – Assistência para morrer

**P. 80**

BVerfG, sentença de 10.05.1957, 1 BvR 550/52, BVerfGE 6, 389 – Constitucionalidade de disposições penais contra a homossexualidade masculina

**P. 81**

BVerfG, resolução de 10.10.2017, 1 BvR 2019/16, BVerfGE 147, 1 – Terceiro gênero

BVerfG, resolução de 26.02.2008, 2 BvR 392/07, BVerfGE 120, 224 – Proibição de incesto, incluindo voto divergente do juiz Hassemer

EGMR, sentença de 12.04.2012, Stübing v. Alemanha, nº. 43547/08 – Ampla margem de apreciação do legislador nacional no tocante à proibição de incesto

**P. 82**

Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, parecer de 09.01.2018, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, Opinión Consultiva OC-24/17 – Matrimônio entre pessoas do mesmo gênero

Corte Constitucional do Equador, sentença de 12.06.2019, nº. 11-18-CN/19 – Matrimônio entre pessoas do mesmo gênero

Corte Constitucional da Colômbia, sentença de 28.04.2016, SU214/16 – Matrimônio entre pessoas do mesmo gênero

EGMR, sentença de 15.02.2001, Dahlab v. Suíça, nº. 42393/98 – Proibição do uso de lenço para a cabeça por parte de professoras em escolas do ensino fundamental

EGMR, sentença de 10.01.2017, Osmanoğlu e Kocabaş v. Suíça, nº. 29086/12 – Proibição do uso de lenço para a cabeça para alunas nas aulas de nataçã coeducacionais em ginásios

EGMR, sentença de 10.11.2005, Sahin v. Turquia, nº. 44774/98 – Proibição do uso de lenço para a cabeça em universidades

EGMR, sentença de 26.11.2015, Ebrahimian v. França, nº. 64846/11 – Proibição do uso de lenço para a cabeça no hospital psiquiátrico

EuGH, sentença de 14.03.2017, G4S Secure Solutions e Bougnaoui e ADDH, C-157/15 e C-188/15 – Proibição do uso de lenço para a cabeça para funcionárias do setor de relações externas

EGMR, sentença de 12.04.2011, Eweida et al. v. Reino Unido, nº. 48420/10 et al. – Proibição de símbolos religiosos em empresas

EGMR, sentença de 11.07.2017, Belcacemi e Oussar v. Bélgica, nº. 37798/13 – Proibição do uso de burca em praças públicas

### **P. 83**

Comissão Europeia de Direitos Humanos, decisão de 5.03.1991, Abdal Choudhury v. Reino Unido, nº. 17439/90 – Discriminação na aplicação da lei sobre blasfêmia

EGMR, sentença de 20.09.1994, Otto-Preminger-Institut v. Áustria, nº. 13470/87 – Confisco e retirada de circulação de um filme por causa de blasfêmia

### **P. 84**

EGMR, sentença de 25.11.1996, Wingrove v. Reino Unido, nº. 17419/90 – Proibição da disseminação de um filme por causa de blasfêmia

EGMR, sentença de 30.01.2018, Sekmadienis Ltd. v. Lituânia, nº. 69317/14 – Anúncio publicitário com conotação religiosa

EGMR, sentença de 13.02.2003, Refah Partisi et al. v. Turquia, nº. 41340/98 et al. (GK) – Dissolução de um partido político

BVerfG, sentença de 24.09.2003, 2 BvR 1436/02, BVerfGE 108, 282 – Proibição do uso de lenço para a cabeça (I) para professoras em escolas públicas

BVerfG, resolução de 27.01.2015, 1 BvR 471/10 e 1 BvR 1181/10, BVerfGE 296, 376 – Proibição do uso de lenço para a cabeça (II) para professoras em escolas públicas

BVerfG, resolução de 14.01.2020, 2 BvR 1333/17, NJW 2020, 1049 – Proibição do uso de lenço para a cabeça (III) para estagiárias de Direito

### **P. 85**

EGMR, sentença de 18.03.2011, et al. v. Itália, nº. 30814/06 et al. (GK) – Crucifixo em salas de aula de escolas públicas

### **P. 86**

BVerfG, sentença de 15.12.1983, 1 BvR 209/83 et al., BVerfGE 65, 1 – Direito à autodeterminação informacional

BVerfG, sentença de 27.02.2008, 1 BvR 370/07 e 1 BvR 595/07, BVerfGE 120, 274 – Direito à garantia da confidencialidade e integridade de sistemas de tecnologia da informação (direito fundamental computacional)

BVerfG, resolução de 06.11.2019, 1 BvR 16/13, BVerfGE 152, 152 – Direito a ser esquecido I

BVerfG, resolução de 06.11.2019, 1 BvR 276/17, BVerfGE 152, 216 – Direito a ser esquecido II

EGMR, sentença de 06.09.1978, Klass et al. v. Alemanha, nº. 5029/71 et al. – Medidas na luta contra a espionagem e o terrorismo

### **P. 87**

EGMR, sentença de 13.09.2018, Big Brother Watch et al. v. Reino Unido, nº. 58170/13 et al. – Proteção contra vigilância por parte de serviço secreto (sem trânsito em julgado)

BVerfG, sentença de 19.05.2020, 1 BvR 2835/17, NJW 2020, 2235 – Medidas de vigilância no marco da lei sobre o Serviço Federal de Inteligência

BVerfG, sentença de 02.03.2010, 1 BvR 256/08 et al., BVerfGE 125, 260 – Armazenamento/conservação de dados

**P. 88**

EGMR, sentença de 18.06.2009, Budina v. Rússia, nº. 45603/05 – Garantia do mínimo existencial de uma aposentada com aposentadoria diminuta

EGMR, sentença de 13.12.2016, Béláné Nagy v. Hungria, nº. 53080/13 – Recusa desproporcional da aposentadoria por incapacidade para o trabalho como violação da liberdade de propriedade

EGMR, sentença de 07.05.2013, Koufaki e Adedy v. Grécia, nº. 57665/12 e 57657/12 – Medidas de economia na Grécia por causa da crise financeira não são violação da propriedade

**Capítulo 5**

**P. 90**

US Supreme Court, Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803) – Revisão judicial de leis federais

US Supreme Court, Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856) – Requerimento de um escravo para libertação da escravidão

**P. 91**

US Supreme Court, Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896) – Separação racial em trens

US Supreme Court, Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954) – Não separação racial em escolas públicas

US Supreme Court, Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967) – Matrimônio entre pessoas de cor e brancas

US Supreme Court, Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978) – “Ação afirmativa” em admissão a universidades

US Supreme Court, Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973) – Interrupção da gravidez nos três primeiros meses

US Supreme Court, Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833 (1992) – Interrupção da gravidez segundo o padrão de “undue burden” (ônus indevido)

US Supreme Court, Railroad Retirement Board et al. v. Alton Railroad Co. et al., 295 U.S. 330 (1935) – Seguridade social para empregados e empregadores no marco do New Deal

**P. 92**

US Supreme Court, New York Times Co. v. United States, 403 U.S. 713 (1971) – Não censura prévia em documentos secretos

US Supreme Court, Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989) – Queima da bandeira americana como protesto político

Tribunal Constitucional da Hungria, sentença de 24.10.1990, decisão 23/1990 – Abolição da pena de morte

Tribunal Constitucional da Hungria, sentença de 13.10.1993, decisão 53/1993 (X. 13.) – Prescrição de crimes cometidos na época do comunismo

**P. 93**

Tribunal Constitucional da Hungria, sentença de 02.10.1990, decisão 21/1990 (X.4.) AB – Sentença sobre indenização (I): indenização, devolução e princípio da igualdade

Tribunal Constitucional da Hungria, sentença de 18.04.1991, decisão 16/1991 (IV.20.) AB – Sentença sobre indenização (II): pressupostos do controle preventivo de normas, liberdade de decisão do legislador

Tribunal Constitucional da Hungria, sentença de 13.05.1991, decisão 27/1991 (V.20.) AB – Sentença sobre indenização (III): inconstitucionalidade de regras de desapropriação do comunismo

Supremo Tribunal da República da Polônia, sentença de 30.09.2008, K 44/07, OTK ZU 2008/7A/126 – Abate de aviões civis de passageiros

Supremo Tribunal da República da Polónia, sentença de 07.01.2004, K 14/03, OTK ZU 2004/1A/1 – Inconstitucionalidade de partes da reforma da saúde

Tribunal Constitucional da República Sul-Africana, sentença de 06.06.1995, S. v. Makwanyane et al., [1995] ZACC 3 – Abolição da pena de morte

Tribunal Constitucional da República Sul-Africana, sentença de 04.10.2000, Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom et al., [2000] ZACC 19 – Exigência de moradia

Tribunal Constitucional da República Sul-Africana, sentença de 14.10.2003, Alexkor Ltd et al. v. Richtersveld Community et al., [2003] ZACC 18 – Indenizações por desapropriações

Tribunal Constitucional da República Sul-Africana, sentença de 01.12.2005, Minister of Home Affairs et al. v. Fourie et al., [2005] ZACC 19 – Reconhecimento de matrimônios entre pessoas do mesmo gênero

Tribunal da Comunidade de Desenvolvimento do Sul da África, sentença de 28.11.2008, Mike Campbell (Pvt) Ltd et al. v. Republic of Zimbabwe, [2008] SADTC 2 – Desapropriação de fazendeiros brancos

### **P. 95**

BVerfG, sentença de 21.06.1977, 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187 – Prisão perpétua por assassinato

BVerfG, sentença de 15.02.2006, 1 BvR 357/05, BVerfGE 115, 118 – Abate de aviões de passageiros (Lei de Segurança Aérea)

BVerfG, resolução de 16.07.2020, 1 BvR 1541/20, NVwZ 2020, 1353 – Triagem durante a epidemia do coronavírus

Supremo Tribunal do Japão (Saikō Saibansho), sentença de 04.09.2013, 2012 (Gyo-Tsu) 399 – Igualdade de direitos de crianças nascidas fora do matrimônio

Supremo Tribunal da Índia, sentença de 15.04.2014, National Legal Services Authority v. Union of India, WP (Civil) No 400 of 2012 – Terceiro gênero

### **P. 96**

Tribunal Constitucional da República da Coreia (Coreia do Sul), sentença de 01.11.2018, nº. 2016 de 10912 – Recusa de prestação de serviço militar por parte de testemunhas de Jeová

Supremo Tribunal Constitucional do Egito, sentença de 04.02.2017, Case No. 153 of Judicial Year 32 – Licença especial para cristãos coptas

Supremo Tribunal Constitucional do Egito, sentença de 4.11.2000, Case No. 243 of Judicial Year 21 – Veto de emissão de passaporte para uma mulher

**P. 97**

EuGH, parecer 2/13 de 18.12.2014, Abl. EU 2015, nº. C 65, 2 – Adesão da União Europeia à Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais

EGMR, sentença de 23.06.2016, Baka v. Hungria, nº. 20261/12 (GK) – Independência dos juízes e da Justiça na Polónia

EuGH, sentença de 05.11.2019, Comissão v. Polónia, C-192/18, Abl. EU 2019, nº. C 432, 6 – Redução da idade de aposentadoria para juízes e procuradores nos Tribunais ordinários da Polónia

**P. 99**

EGMR, sentença de 10.05.2001, Chipre v. Turquia, nº. 25781/94 – Violações de direitos humanos em conflitos militares

EGMR, sentença de 13.12.2001, Geórgia v. Rússia nº. 2, nº. 38263/08 – Violações de direitos humanos em conflitos militares

EGMR, resolução de 14.1.2021, Ucrânia v. Rússia (re Crimeia), nº. 20958/14 e 38334/18 (GK) – Violações de direitos humanos na ocupação da Crimeia

## Referências bibliográficas

### Coletâneas de textos

SIMMA, Bruno; fastenrath, Ulrich. *Menschenrechte* – Beck-Textausgabe im dtv. 7. ed. München, 2018.

### Referências para aprofundamento

ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. *International Human Rights: The Successor to International Human Rights in Context*. Oxford University Press, 2013.

BATES, Ed. *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*. Oxford University, Press 2010.

FREI, Norbert; WEINKE, Annette. *Toward a New Moral World Order? Menschenrechtspolitik und Völkerrecht seit 1945*. Göttingen, 2013.

GLENDON, Mary-Ann. *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*. Random House New York, 2001.

MAIER, Hans. *Menschenrechte: Eine Einführung in ihr Verständnis*. Kvelaer, 2015.

MALIKS, Reidar; SCHAFFER, Johan Karlsson. *Moral and Political Conceptions of Human Rights*. Cambridge University Press, 2017.

MAUS, Ingeborg. *Menschenrechte, Demokratie und Frieden: Perspektiven globaler Organisation*. Berlin, 2015.

MOYN, Samuel. *The Last Utopia: Human Rights in History*. Harvard University Press, 2010.

OESTREICH, Gerhard. *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriss*. 2. ed. Berlin, 1978.

POLLMANN, Arnd; LOHMANN, Georg. *Menschenrechte: Ein interdisziplinäres Handbuch*. Stuttgart, 2012.

TOMUSCHAT, Christian. *Human Rights: Between Idealism and Realism*, 3. ed. Oxford University Press, 2014.

VASEL, Justus. *Regionaler Menschenrechtsschutz als Emanzipationsprozess: Grundlagen, Strukturen und Eigenarten des europäischen und interamerikanischen Menschenrechtsschutzsystems*. Berlin, 2017.

### **Bibliografia sobre temas específicos empregada no livro (seleção)**

ARMITAGE, David. The Declaration of Independence and International Law. *The William and Mary Quarterly*, v. 59, p. 39-64, 2002.

BIELEFELDT, Heiner. Die Menschenrechte als Chance in der pluralistischen Weltgesellschaft. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, v. 21, p. 423-431, 1988.

BRACHER, Karl Dietrich. Menschenrechte und politische Verfassung: Ein Grundproblem der politischen Ideengeschichte. *Zeitschrift für Politik*, v. 26, p. 109-124, 1979.

GOLDT, Christoph. Magna Charta Libertatum: Politische Freiheit und Menschenrechte im Verfassungsdenken. *Die neue Ordnung*, v. 69, p. 260-271, 2015.

ISENSEE, Josef. Keine Freiheit für den Irrtum: Die Kritik der katholischen Kirche des 19. Jahrhunderts an den Menschenrechten als staatsphilosophisches Paradigma. In: *Die Anerkennung der Religionsfreiheit auf dem Zweiten Vatikanischen Konzil*. p. 185-220.

ISENSEE, Josef. Weltpolizei für Menschenrechte: Zur Wiederkehr der humanitären Interventionen. *Juristenzeitung*, v. 50, p. 421-430, 1995.

LUDWIKOWSKI, Rett. The French Declaration of the Rights of Man and Citizen and the American Constitutional Development. *The American Journal of Comparative Law*, v. 38, p. 445-462, 1990.

SCHAPP, Jan. Die Menschenrechte als Grundlage der nationalen und europäischen Verfassungen. *JuristenZeitung*, v. 58, p. 217-224, 2003.

STARCK, Christina. Die Französische Revolution und das deutsche Staatsrecht. *JuristenZeitung*, v. 44, p. 601-652, 1989.

STOURZH, Gerald. Die Konstitutionalisierung der Individualrechte: Zum 200. Jahrestag der „Declaration of Rights“ von Virginia vom 12. Juni 1776. *JuristenZeitung*, v. 31, p. 397-402, 1976.

VINCENT, Nicholas. Magna Carta: From King John to Western Liberty. In: GOLDMAN, Lawrence (ed.). *Magna Carta: History, Context and Influence*. University of London Press, 2018. p. 25-40.

### Textos filosóficos fundamentais (seleção)

BENTHAM, Jeremy. *Anarchical Fallacies: Being an Examination of the Declarations of Rights Issued During the French Revolution (1789)*. Reprodução in: BOWRING, John (ed.). *The Works of Jeremy Bentham*. William Tait Edinburgh, 1843. p. 483-534.

HABERMAS, Jürgen. Das Konzept der Menschenwürde und die realistische Utopie der Menschenrechte. *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, v. 58, p. 343-357, 2010.

HOBBS, Thomas. *Leviathan: Oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates*. Stuttgart, 1970.

KANT, Immanuel. *Metaphysik der Sitten*. Riga, 1797.

LOCKE, John (publicação anônima). *Two Treatises of Government*. Awnsham Churchill London, 1689.

MARX, Karl. Zur Judenfrage. *Deutsch-französische Jahrbücher*, p. 182-215, 1844.

MARX, Karl. *Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie: Rohentwurf 1857-1858*. Berlin, 1941.

MARX, Karl. *Das Kapital: Kritik der politischen Ökonomie*. v. 1: Der Produktionsprozess des Kapitals. Hamburg, 1867.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Oratio de hominis dignitate – Rede über die Würde des Menschen*. Leipzig, 1997.

PIO VI. *Breve quod aliquantum*. Roma, 1791.

PIO IX. *Syllabus errorum*. Roma, 1864.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Belknap Press, 1971.

RAWLS, John. *The Law of the Peoples*. Harvard University Press, 1999.

ROUSSEAU, Jean Jaques. *Du Contrat Social ou Principes du Droit Politique*. Amsterdam, 1782.

SUMPTION, Jonathan. *Trials of the State: Law and the Decline of Politics*. Profile Books London, 2019.

WARD, Robert. *The First History of International Law: An Enquiry into the Foundation and History of the Law of Nations in Europe: From the Time of the Greeks and Romans to the Age of Grotius*. Strahan/Woodfall Dublin, 1795.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Logisch-philosophische Abwandlung – Tractatus logico-philosophicus*. London, 1922.

## Os mais importantes documentos da história dos direitos humanos

### Modelos em nível nacional

15 junho 1215	Magna Carta ou Magna Carta Libertatum ( <i>Magna carta das liberdades</i> )	Acordo entre o rei João Sem Terra (1167-1216) e os nobres britânicos para pôr fim à guerra civil que havia eclodido após a arrecadação de taxas para o refinanciamento das campanhas fracassadas na Normandia
16 dezembro 1689	Bill of Rights ( <i>Declaração de direitos</i> )	Lei para a definição dos direitos do Parlamento inglês frente ao reino, que foi aceita, após a expulsão de James II (1633-1701) do trono e a Revolução Gloriosa, pelos novos soberanos William III de Orange (1650-1702) e Mary II (1662-1694)
12 junho 1776	Virginia Declaration of Rights ( <i>Declaração de direitos da Virgínia</i> )	Documento sobre os direitos fundamentais aprovado unanimemente pela Convenção Constituinte da colônia americana da Virgínia poucos depois da declaração de independência da Virgínia do Reino da Grã-Bretanha; a redação foi coordenada por George Mason (1725-1792)
4 julho 1776	Declaration of Independence of the United States of America ( <i>Declaração de independência dos Estados Unidos da América</i> )	Declaração da desvinculação das treze colônias britânicas do Reino da Grã-Bretanha e formação de uma federação soberana de Estados; a redação foi coordenada por Thomas Jefferson (1743-1826)
26 agosto 1789	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ( <i>Declaração dos direitos do homem e do cidadão</i> )	Declaração da Assembleia Nacional francesa um mês após a tomada da Bastilha (14.7.1789), com a qual a Revolução Francesa foi desencadeada; a redação foi coordenada pelo Marquis de Lafayette (1757-1834); o texto foi revisado em 24.6.1793 e em 22.8.1795 e incluído nas respectivas Constituições aceitas

		por referendo (Constitution de l'An I; Constitution de l'An III)
15 dezembro 1791	First Amendment to the United States Constitution <i>(Primeira emenda à Constituição dos Estados Unidos)</i>	A primeiro e mais importante emenda da Constituição dos EUA de 17.9.1787, que foi incluído posteriormente na Constituição após a crítica à falta de garantias pertinentes; as dez emendas juntas são conhecidas sob o nome de "Bill of Rights"

### Modelos em nível internacional

2 maio 1948	American Declaration of the Rights and Duties of Man <i>(Declaração americana dos direitos e deveres do homem)</i>	Declaração juridicamente não vinculante também conhecida como Declaração de Bogotá de Estados da América do Sul, Central e do Norte, aprovada quase simultaneamente com a Carta da Organização dos Estados Americanos (OAS) de 30.4.1948
10 dezembro 1948	Universal Declaration of Human Rights <i>(Declaração universal dos direitos humanos)</i>	Resolução juridicamente não vinculante da Assembleia Geral das recém-criadas Nações Unidas, aceita com 56 votos favoráveis e 8 abstenções
4 novembro 1950	Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms <i>(Convenção europeia dos direitos humanos)</i>	Tratado do Direito internacional que foi elaborado no marco do Conselho da Europa fundado em 5.5.1949 e entrou em vigor em 3.9.1953; atualmente 47 Estados-membros; supervisão pelo European Court of Human Rights <i>(Tribunal Europeu de Direitos Humanos)</i> em Estrasburgo
16 dezembro 1966	International Covenant on Civil and Political Rights <i>(Pacto internacional de direitos civis e políticos)</i>	Tratado do Direito internacional que foi elaborado no marco das Nações Unidas, entrou em vigor em 23.3.1976, atualmente com 173 Estados-membros; supervisão pelo Human Rights Committee <i>(Comitê de Direitos Humanos)</i> em Genebra
16 dezembro 1966	International Covenant on Economic, Social and	Tratado do Direito internacional que foi elaborado no marco das Nações Unidas, entrou

	Cultural Rights ( <i>Pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais</i> )	em vigor em 3.1. 1976, atualmente com 171 Estados-membros; supervisão pelo Committee on Economic, Social and Cultural Rights ( <i>Comitê de Assuntos Econômicos, Sociais e Culturais</i> ) em Genebra
22 novembro 1969	American Convention on Human Rights ( <i>Convenção americana de direitos humanos</i> )	Tratado do Direito internacional que foi elaborado no marco da Organização de Estados Americanos, entrou em vigor em 18.7.1978, atualmente com 25 Estados-membros; supervisão pelo Tribunal Interamericano de Direitos Humanos em San José
27 junho 1981	African Charter on Human and Peoples' Rights ( <i>Carta africana dos direitos humanos e dos povos</i> )	Tratado do Direito internacional que foi elaborado no marco da Organização para a Unidade Africana, também conhecido como Banjul Charter ( <i>Carta de Banjul</i> ); entrou em vigor em 21.10.1986, atualmente com 54 Estados-membros; supervisão pelo Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos em Arusha
18. dezembro 2000	Charter of Fundamental Rights of the European Union ( <i>Carta dos direitos fundamentais da União Europeia</i> )	Codificação dos direitos fundamentais da União Europeia, primeira versão elaborada em 2.10.2000, originalmente não vinculante, incluída em 1.12.2009 no Tratado de Lisboa



