

1

Direitos fundamentais: marcos históricos *Fundamental rights: historical context*

FERNANDO BATISTUZO GURGEL MARTINS

Especialista em Direito Civil e em Direito Processual Civil. Mestrando em Direito Constitucional do Programa *Stricto Sensu* em Direito, mantido pelo Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino, em Bauru, sob a Coordenação do Professor Livre-docente Luiz Alberto David de Araujo.

Professor Universitário. Advogado.

Endereço eletrônico: batistuzo@ig.com.br

TAÍS NADER MARTA

Especialista em Direito Processual e em Direito Constitucional. Mestranda em Direito Constitucional do Programa *Stricto Sensu* em Direito, mantido pelo Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino, em Bauru, sob a Coordenação do Professor Livre-Docente Luiz Alberto David de Araujo.

Professora Universitária. Advogada.

Endereço eletrônico: tais@barbosamarta.adv.br

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a expor o contexto histórico dos direitos fundamentais, suas origens e sua evolução histórica, tentando colaborar para o adequado entendimento e aplicação, sem, no entanto, pretender esgotar tão rico assunto e se arvorar na condição de historiador em virtude da perspicaz observação de que “(...) ‘o perigo da história é que ela parece fácil e não o é’ (...)”¹. Os direitos fundamentais como princípios jurídico-constitucionais, conforme atualmente concebidos, surgiram com nascimento do Estado constitucional no fim do século XVIII, como resultado de seu reconhecimento nas primeiras constituições, frutos da evolução gradativa das citadas declarações de direitos. Tal tema é de vital importância, posto que a Constituição brasileira, considerada a Constituição cidadã, inaugurou o Estado Democrático (social) de Direito; e, ainda, assumiu como valores essenciais de uma sociedade os direitos fundamentais.

Palavras-chave: direitos fundamentais, evolução histórica, Constituição Federal.

¹ VEYNE, Paul M. *Como se escreve a história*. Lisboa: Edições 70, 1983, p. 268, *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O círculo e a linha. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1. ed. brasileira, 2. ed. portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 7.

ABSTRACT

This paper aims to explain the historical context of fundamental rights, its origins and historical development, work to bring the proper understanding and application, without, however, want to run out such a rich subject and fly it on condition that due to the historian “(...) astute observation that ‘the danger of history is that it seems easy and is not’ (...)”. Fundamental rights such as legal and constitutional principles as currently designed, have emerged with the birth of the constitutional order of the eighteenth century as a result of their recognition in the first constitutions, fruit of the gradual evolution of these declarations of rights. This issue is of vital importance, since our Constitution, as the Citizen Constitution, opened the Democratic State (social) of law, and also assumed, as core values of a society: fundamental rights.

Keywords: Fundamental rights, Historical developments, Federal Constitution

1. INTRODUÇÃO

A vida mostra que o homem não deixou de ser o lobo do homem, mas existem razões para se acreditar que é possível viver num mundo de cooperação e de solidariedade, num mundo capaz de responder satisfatoriamente às necessidades fundamentais de todos os habitantes do planeta².

Não obstante seja extremamente salutar ao desenvolvimento de uma sociedade o conhecimento de seus direitos, sobretudo os fundamentais, sua exaltação por vezes equivocada decorre da ausência do completo entendimento sobre sua definição e finalidade, seus efeitos e, também, suas origens e evolução histórica, que permitam sua correta compreensão e aplicação nos dias atuais.

Houve momento na História em que se excluía, por completo, as pessoas das condições do âmbito de aplicação dos direitos fundamentais. Essas pessoas simplesmente não poderiam invocar direitos e garantias em face do Estado, já que estariam inseridas num sistema em que o dever de obediência seria com isso incompatível. Desse modo, recusava-se a liberdade de expressão aos servidores civis e militares, bem assim o direito de greve, que comprometeria a disciplina e o bom andamento da Administração³.

² NUNES, António José Avelãs. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Lisboa: Caminho Nosso Mundo, 2003. p. 125.

³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: COELHO, Inocência Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais* – especificações técnicas. 2ª parte. 1. ed., 2ª tiragem. Brasília: Brasília Jurídica. Instituto Brasiliense de Direito Público, 2002.

A assertiva de que o conhecimento deficitário sobre os direitos fundamentais, especialmente a respeito de suas origens e evolução na História, influencia na sua (in)correta exortação e aplicação confirma-se quando, em determinadas situações, se observa uma citação a certo direito fundamental que àquelas não se aplica por restar deslocado do contexto fático, ou, até mesmo, por eventual espanto de algum leitor diante do título do presente trabalho.

Da necessidade de conhecimento sobre a evolução dos direitos até se constituírem em fundamentais, ganha extrema relevância o estudo de sua história por permitir “(...) verificar a variedade de condições de realização dos direitos do homem, dentro da unidade do gênero humano, as experiências em confronto, ora de sedimentação, ora de crise, e a descoberta de novos percursos e avanços (...)”⁴.

2. A ADEQUADA TERMINOLOGIA DOS DIREITOS COMO MEIO À IDENTIFICAÇÃO DAS ETAPAS DE EVOLUÇÃO ATÉ OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A falta de um adequado conhecimento sobre os direitos fundamentais, exposta no tópico anterior, desemboca na ocorrência de inúmeros equívocos relacionados ao tema do presente trabalho, dentre os quais certamente o mais comum relaciona-se à terminologia dos direitos, a qual é fonte geradora de confusões mesmo em meio aos operadores do Direito, inclusive acadêmicos, irradiando para a sociedade e aumentando exponencialmente o embaraço.

É simples de se constatar o corretismo desta observação, bastando atentar-se ao cotidiano dos indivíduos que, diante de determinada situação de violação de seus direitos, invocam, enaltecendo-os, os “direitos humanos” a fim de se protegerem.

Difícilmente se observa a utilização, e raramente com propriedade e exatidão, das expressões “direitos naturais” e “direitos fundamentais”, prevalecendo por vários motivos a referente aos “direitos humanos”, situação a qual pode explicar a frustração das expectativas dos confusos indivíduos diante da eventual não concretização de seus “direitos humanos” em face da circunstância na qual se encontravam, por conta, como se demonstrará, da ausência de constitucionalização destes direitos.

Nesse ponto, relativamente à importância de se invocar e aplicar adequadamente determinado direito a certa circunstância, é de se ressaltar a lição de que “(...) qualquer opção terminológica deve guardar o objetivo de melhor refletir a

⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 166.

relação de correspondência sgnica entre a expressão eleita e a realidade que por ela se pretende traduzir”⁵.

Como aponta a base bibliográfica do presente trabalho, há uma falta de consenso quanto aos conceitos e à terminologia que envolvem o tema ora debatido, comprovando-se ao se deparar o indivíduo com, além das expressões supracitadas, várias outras utilizadas no mesmo sentido, ou com a mesma intenção, tais como “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”, variedade observada, sobretudo, na Constituição Federal brasileira⁶.

Em que pese essa gama de expressões, e tendo em vista o objetivo do presente capítulo, limita-se este trabalho à necessidade de se diferenciarem as expressões “direitos naturais”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, por se entender, não obstante a inexistência de consenso, ser possível associar uma determinada expressão das ora destacadas com respectivamente a etapa evolutiva à qual pertence, ou a qual passou a representar, facilitando, desse modo, a eficaz associação de uma expressão com sua época no desenvolvimento da história dos direitos até sua institucionalização como “fundamentais”.

Muito embora se limite àquelas três expressões, há de se destacar que, mesmo quanto a essas, ou seja, apenas três, ainda são observados equívocos na doutrina, levando-se à indagação se “(...) podem as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais ser usadas indiferentemente?”⁷, em virtude da promiscuidade com que tais denominações têm sido utilizadas.

A resposta é pela impossibilidade da indistinta utilização, sob pena de continuísmo dos mencionados equívocos, os quais se pretende afastar com a adequada diferenciação.

Associando desde já as expressões às etapas evolutivas apresentadas nos capítulos 4 e 5 do presente trabalho – nos quais se explanará detidamente cada uma –, a denominação “direitos naturais” se refere à etapa da “pré-história” dos direitos fundamentais (item 4.1), na qual se reconhecia que o indivíduo é titular de direitos inatos, oriundos natural e biologicamente, marcando de maneira preponderante essa fase pela ainda não positivação desses direitos.

⁵ ARAUJO, Luiz Alberto David & NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 107.

⁶ Vide “Preâmbulo”; “Capítulo I do Título II”, artigo 4º, II; artigo 5º, parágrafo 3º, artigo 7º do ADCT; artigo 5º, XLI, LXXI; artigo 12, parágrafo 4º, II, b; artigo 17, *caput*; artigo 34, VII, b; artigo 60, parágrafo 4º, IV; artigo 136, parágrafo 1º, I; artigo 208, parágrafo 1º.

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 514.

Na sequência, a expressão “direitos humanos” se refere à etapa “intermediária” (item 4.2), relacionando-se “(...) com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional (...)”⁸, reservada aos “(...) direitos dos homens positivados nas declarações e tratados internacionais.”⁹, remetendo, então, marcadamente, a direitos, agora, além de apenas reconhecidos, positivados – diverso, assim, dos “naturais” – sem, ainda, no entanto, tornarem-se fundamentalizados.

Urge destacar nesse ponto a consideração de Norberto Bobbio, trazida por Sarlet, de que:

(...) A consideração de que o termo “direitos humanos” pode ser equiparado ao de ‘direitos naturais’ não nos parece correta, uma vez que a própria positivação em normas de direito internacional, de acordo com a lúcida lição de Bobbio, já revelou, de forma incontestável, a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos, que assim se desprenderam – ao menos em parte (mesmo para os defensores do jusnaturalismo) – da ideia de um direito natural (...) ¹⁰.

Esse destaque é relevante em função de que, não obstante as duas primeiras etapas evolutivas dos direitos se diferenciarem mais em virtude das respectivas concepções filosóficas sobre os direitos, é na segunda, como se apresentará, que surgem os primeiros documentos, consignando-os, em princípio, internamente em cada Estado e, *a posteriori*, além-fronteiras, permitindo associar os “direitos humanos” à positivação de direitos, sempre considerando, porém, ligarem-se à ideia de sua universalidade.

Por sua vez, a expressão “direitos fundamentais” se refere à etapa da “constitucionalização” dos direitos (capítulo 5), caracterizando, portanto, relevantemente, não só o reconhecimento, a positivação, mas a inclusão dos direitos no plano constitucional interno de cada Estado.

3. ORIGENS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Já no início de seu texto sobre a história social dos direitos humanos, José Damiano de Lima Trindade lançou a seguinte questão: “Por onde começar uma história dos Direitos Humanos?”.

⁸ SARLET, *op. cit.*, p. 35-36.

⁹ ZOLLINGER, Márcia Brandão. *Proteção processual aos direitos fundamentais*. Salvador: *JusPodivm*, 2006. p. 21.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 26 ss, *apud* SARLET, *op. cit.*, p. 36.

Logo em seguida, passou a responder à indagação, dizendo que o ponto de partida dependerá do ponto de vista adotado, uma vez que, se tratar-se de história filosófica, torna-se necessário recuar às suas remotas fontes na Antiguidade Clássica; se religiosa, e ocidental, possibilita-se voltar ao “Sermão da Montanha”; se política, permite-se partir da Carta Magna inglesa de 1215; e, se social, possibilita abranger todos os pontos de vista¹¹.

Em sendo “direitos fundamentais” o tema central deste trabalho, poder-se-ia esperar da observação do título acima que, por tratar de “origem”, a explanação partisse inicial e exatamente da origem em si dos direitos fundamentais como modernamente são compreendidos.

Todavia, como indica o título deste trabalho, os direitos fundamentais como hoje são compreendidos nem sempre assim o foram, razão pela qual se houvesse a opção de se proceder daquela forma, iniciando-se o presente a partir da compreensão de determinados direitos “já” como “fundamentais”, não se alcançaria justamente o propósito do estudo em tela de fornecer uma mais ampla visão e o conhecimento dos direitos fundamentais, não apenas a partir de sua exata origem e expressão como tais, mas dos motivos e de como em “fundamentais” se constituíram.

Norteados por essa finalidade, o presente tópico remete à “origem” no plural em virtude de que, salvo o exato momento e a circunstância da configuração de certos direitos como “fundamentais” que são identificáveis precisamente, os motivos e as circunstâncias que os levaram à constitucionalização não são, ou dificilmente o serão, do mesmo modo, identificáveis.

A dificuldade dessa exata identificação, que abrange as dimensões¹² dos direitos fundamentais, ocorre porque o “(...) processo de reconhecimento é de cunho essencialmente dinâmico e dialético, marcado por avanços, retrocessos e contradições (...)”¹³.

Com efeito, consoante se demonstrará, no que tange ao período anterior à constitucionalização dos direitos fundamentais, suas origens são remotíssimas, não se possibilitando apontar uma data, uma localidade ou um teórico específico,

¹¹ TRINDADE, José Damião de Lima. Anotações sobre a história social dos direitos humanos. In: ESTADO DE SÃO PAULO. Procuradoria Geral do Estado. *Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998. Série Estudos, n. 11. p. 21-163.

¹² Não se adentrará no presente o estudo e a apresentação das dimensões (ou gerações) dos direitos fundamentais, por se limitar o âmbito entre suas origens e caracterização, após as quais aquelas se iniciam (primeira, segunda e terceira já pacificadas).

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. rev. amp. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 60.

dificuldade constatada pela análise da bibliografia ao final indicada, a qual, como um todo, admite sua ocorrência.

Destarte, é possível afirmar sem receios que os direitos fundamentais não surgiram instantaneamente¹⁴, numa determinada data e num local específico, e a partir de então tiveram sua evolução de modo retilíneo e uniforme, permitindo-se identificar um desenvolvimento nesse determinado local e sua passagem a outros que o foram reconhecendo e incorporando, visto que:

A maioria dos autores sustenta que os direitos fundamentais têm uma longa história. Há quem vislumbre suas primeiras manifestações no direito da Babilônia desenvolvido por volta do ano 2000 a.C., quem os reconheça no direito da Grécia Antiga e da Roma Republicana e quem diga que se trata de uma ideia enraizada na teologia cristã, expressa no direito da Europa medieval¹⁵.

Assim, ainda que de difícil estabelecimento do início dos direitos pré-fundamentais, é possível identificar na doutrina a existência de fases, ou etapas, anteriores à constitucionalização dos direitos fundamentais.

4. AS ETAPAS EVOLUTIVAS ANTERIORES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A parte da doutrina ocupada com as raízes históricas dos direitos fundamentais diverge – justamente em razão da aludida dificuldade de apontamento exato – quanto ao número de fases que compõem toda a história daqueles direitos.

Uma parcela doutrinária costuma estabelecer um “corte histórico” na evolução dos direitos fundamentais, indicando uma separação absoluta e, portanto, exata, entre duas épocas, uma anterior à “Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e à “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 1789, na França, sendo a outra posterior a estas declarações, a qual se desenvolve até os dias atuais¹⁶.

Outra parcela doutrinária distingue três etapas em toda a evolução dos direitos fundamentais, possuindo as duas primeiras limites temporais e espaciais inexatos –

¹⁴ “Os direitos do Homem nascem de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”. In: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5, *apud* CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 170.

¹⁵ DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 20.

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 380.

novamente em virtude das remotas origens – e a terceira, contornos mais precisos por possuir como marcos de limitação inicial os mesmos anteriormente citados quanto àquela primeira parcela doutrinária.

Segundo a intenção *supra* aludida do presente trabalho, optar-se-á pela última parcela doutrinária, a fim de expor com mais detalhes as circunstâncias e como surgiram os primeiros direitos que posteriormente constituíram-se em fundamentais.

4.1. Pré-história dos direitos fundamentais

Do até aqui exposto, já é possível asseverar que os direitos fundamentais como são, ressalta-se, atualmente compreendidos não surgiram na Antiguidade, conclusão a qual não exclui, porém, a relevância deste período histórico, por nele se localizarem as primeiras ideias, os iniciais pensamentos sobre o ser humano, seus valores e seus direitos diante da natureza, bem como algumas das “ideias-chave” que viriam a influenciar a seguinte fase jusnaturalista¹⁷.

A fase ora comentada teve seu início no século VI a.C., identificada pelo surgimento das primeiras instituições democráticas em Atenas¹⁸, dentre as quais se podem destacar as “eclésias”, assembleias nas quais se reunia o povo para a tomada de decisões de interesse coletivo.

Todavia, como na Antiguidade não se conhecia a autonomia do indivíduo, ausência também lembrada por Canotilho ao destacar que, se alguém procurar no período da Antiguidade a existência de um pensamento sobre direitos do homem, à primeira vista a busca restará infrutífera já pelo fato de que os destacados pensadores da época, Platão e Aristóteles, consideravam como natural o regime da escravidão¹⁹, o qual, como há um bom período se compreende, é diametralmente oposto a qualquer noção de, propriamente, direitos.

Para aqueles pensadores, respectivamente, a direção do Estado cabia somente a poucos qualificados indivíduos, aos quais os demais se encontravam “obrigados a uma obediência incondicionada”, e, por lei do universo, aquele que “(...) por natureza, pertença não a si mesmo, mas a outro é, por natureza, escravo (...)”²⁰.

Entretanto, muito embora referidas limitações ao indivíduo, ou negação de seus direitos, possam ensejar contradição ao exposto no parágrafo inicial deste

¹⁷ SARLET, *op. cit.*, p. 44.

¹⁸ CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 170.

¹⁹ *Ibid.*, p. 380-1.

²⁰ ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Nova Cultural, 2004. p. 149.

tópico, ainda na Antiguidade Clássica os direitos do homem não foram absolutamente desconsiderados, pois, para o pensamento sofista, da igual natureza biológica dos seres humanos surgiram as teses da “igualdade natural” e da “ideia de humanidade”, fundamentadas na crença de que Deus criou todos os homens livres, não escravos, como proclamava o sofista Antífon²¹.

Sobre esse aparente paradoxo na Antiguidade entre a manutenção da escravidão e as ideias de igualdade, ressalta-se que:

Estes valores eram, no entanto, de difícil entendimento na Antiguidade, quando a cidade ou a república se fundavam, por um lado, numa instituição – a escravatura – em que se perdiam os horizontes da humanidade, e, por outro lado, absorviam os cidadãos numa moral colectiva exigente e alargada, razões pelas quais habitualmente se nega a existência da ideia de “direitos do homem” nessa época histórica, apesar de aí se encontrarem raízes do humanismo²².

Além da filosofia clássica greco-romana, a pré-história dos direitos fundamentais foi inspirada por pensamentos originados no cristianismo, dos quais exsurgiram as teorias da “unidade da humanidade” e da “igualdade de todos os homens em dignidade”²³, devido à compreensão de que “(...) semelhante ao Criador, o ser humano, por si, era dignatário de direitos mínimos, naturais, que lhe preservassem a essência humana, a autodeterminação (...)”²⁴, enfim, de que os homens possuíam “(...) alto valor interno e liberdade própria inerente à sua natureza (...)”²⁵.

Denota-se, então, na Antiguidade, “(...) a referência a um Direito superior, não estabelecido pelos homens, mas dado a estes pelos deuses (...)”²⁶.

Sempre seguindo o objetivo do presente trabalho, de tentar clarificar os limites espaçotemporais das etapas evolutivas, extrai-se da doutrina que a fase em comento transcorreu do século VI a.C. ao século XVI, quando, a partir de então, despontou a doutrina jusnaturalista dos direitos naturais e inalienáveis do homem²⁷.

²¹ WELZEL, Hans. *Derecho natural y justicia material*. Madrid: Aguilar, 1957, p. 12, *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*, Coimbra: Almedina, 2002. p. 381.

²² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 14-15.

²³ SARLET, *op. cit.*, p. 44.

²⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David & NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 119.

²⁵ CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 173.

²⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 9.

²⁷ SARLET, *op. cit.*, p. 44-45.

Percebe-se, portanto, que, no período da Antiguidade humana, não obstante o incipiente reconhecimento e a garantia de exercício de direitos, estes tiveram uma compreensão inicial como direitos “do homem”, inatos, a qual ensejou a evolução destes direitos até a fase posterior, na qual alcançaram maior expressão e, conseqüentemente, reconhecimento e garantias.

4.2. Etapa intermediária

Doutrinariamente se reconhece que a segunda etapa da evolução dos direitos fundamentais se iniciou por volta do século XVI, momento a partir do qual a doutrina jusnaturalista começou a desenvolver-se plenamente, pautada na noção de “direitos naturais” aos indivíduos, representativos da expressão da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

Naturais se classificavam os direitos do indivíduo, porque fundados na própria natureza do homem, de sorte que, devido ao desenvolvimento de um processo de laicização dos direitos naturais, passaram a ser reconhecidos como “(...) comuns a todos os seres humanos, independentemente de suas crenças religiosas (...)”²⁸.

Desse modo, o reconhecimento de direitos do homem independia da existência de normas, tendo florescido “(...) a ideia de direitos fundamentais inalienáveis do homem e da submissão da autoridade aos ditames do direito natural (...)”²⁹, exteriorizada por Grócio e Hobbes, a qual conferiu ao indivíduo direitos naturais que, porém, possuíam validade apenas no “estado da natureza”, noção que evoluiu, por meio de Locke, ao reconhecimento de direitos naturais com validade e eficácia não só na natureza, mas, sobretudo, oponível aos detentores do poder³⁰.

A noção básica da doutrina jusnaturalista consistia no reconhecimento de haver um “(...) conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural (...) estabelece limites à própria norma estatal (...)”³¹.

Tendo como expoente Santo Tomás de Aquino, teórico do “tomismo”, a ênfase do pensamento sobre o direito natural deixou de ser sobre a origem divina, fundamentando-se na natureza e na razão humanas, especialmente com a associação com o Iluminismo – de ápice no século XVIII –, o qual levou à separação da fé e da razão³².

²⁸ SARLET, *op. cit.*, p. 44.

²⁹ *Ibid.*, p. 46.

³⁰ *Ibid.*, mesma página.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 235.

³² *Ibid.*, p. 236.

Paralelamente à evolução teórico-doutrinária dos direitos nesta etapa, ocorreu uma progressiva recepção em textos e documentos normativos, ou seja, uma positivação de conjunto de deveres, faculdades e liberdades individuais³³, os quais podem ser considerados como antecedentes dos direitos fundamentais.

Por essa razão, o destaque do capítulo 2 após a distinção entre direitos “naturais” e “humanos”, visto que, muito embora se configurem as concepções filosóficas como o elemento marcante de distinção entre ambas as expressões e a respectivas etapas, foi na presente, segunda, que surgiram os primeiros relevantes documentos consignadores de direitos, iniciando-se a positivação que futuramente acarretaria a constitucionalização dos direitos e, por consequência, sua configuração como “fundamentais”.

É certo, e assim reconhece a doutrina, que anteriormente à presente etapa foram formulados documentos reconhecedores de determinados direitos, como os forais e as cartas de franquia, pelos quais os senhores feudais e os reis outorgavam direitos aos membros de determinados grupos, comunidades locais e corporações, a fim de que fossem observados continuamente³⁴.

Como representante maior desse início de positivação de direitos, a sempre referida *Magna Charta Libertatum*, de 1215, firmada na Inglaterra pelo Rei João Sem-Terra, bispos e barões ingleses, apesar de ter se prestado apenas para assegurar à nobreza privilégios feudais, colocando à margem daqueles direitos a população em geral, é apontada como “ponto de referência” a determinados direitos e liberdades civis clássicos, como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade³⁵.

Além da citada Carta, destaca também a doutrina os documentos da Paz de Augsburg, de 1555, da Paz da Westfalia, de 1648, e o *Toleration Act* da colônia de Maryland, em 1649, com similar na colônia de Rhode Island, de 1663, todos, no entanto, sem a capacidade de conferir a condição de “fundamentais” aos direitos contidos, em razão de que podiam ser arbitrariamente revogados pela autoridade outorgante³⁶, o que, como se demonstrará, não ocorre com os legítimos direitos “fundamentais”.

³³ “Paralelamente al proceso doctrinal descrito, que jamás fue lineal y em el que no faltaron retrocessos y contradicciones, se produjo una progresiva recepción en textos o documentos normativos (denominados genéricamente Cartas o Declaraciones de derechos) del conjunto de deberes, facultades y libertades determinantes de las distintas situaciones personales.”. In: LUÑO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004. p. 33.

³⁴ FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 11.

³⁵ SARLET, *op. cit.*, p. 48.

³⁶ *Ibid.*, p. 49.

Posteriormente, vieram as declarações de direitos inglesas, como a *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, e o *Bill of Rights*, de 1689, as quais representaram a passagem das liberdades e dos privilégios estamentais para liberdades genéricas, acarretando a ampliação, além do conteúdo das liberdades, de seu alcance, de forma a chegar à totalidade dos cidadãos ingleses³⁷.

No entanto, assim como em relação à Carta Magna de 1215, estas declarações, em que pese também sua relevância quanto à extensão de conteúdo e de destinatários, também não conferiram aos direitos estabelecidos a condição de “fundamentais”, em razão de que não vinculavam ao Parlamento pela inexistência de supremacia e estabilidade, qualificativos obtidos por uma Constituição, consoante tratará o capítulo a seguir.

5. ETAPA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO: A CARACTERIZAÇÃO DE DIREITOS EM “FUNDAMENTAIS”

Reiterando-se o título do presente trabalho, até o alcance desta etapa os direitos fundamentais, como atualmente concebidos, nem sempre foram fundamentais.

Os direitos fundamentais constituem um produto peculiar do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se diante do Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção estatal e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder (BONAVIDES, 1997: 517).

Como visto no capítulo anterior, as declarações de direitos tiveram relevante papel na evolução dos direitos, visto que iniciaram a formalização, a positivação de seu reconhecimento; todavia, foi a partir do final do século XVIII, especialmente com a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, em 1776, que houve a “transição” dos direitos de liberdades legais já reconhecidas em outros documentos para os direitos fundamentais constitucionais.

De semelhança com os documentos anteriores, a citada declaração norte-americana conservou as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, e, diversa e marcadamente, reconheceu a eficácia vinculativa dos direitos, inclusive em face do poder público³⁸.

³⁷ SARLET, *op. cit.*, p. 49-50.

³⁸ *Ibid.*, p. 50.

Realizada a transição, faltava ainda às declarações um atributo que garantisse a efetivação dos reconhecidos direitos, os quais, se assim permanecessem, poderiam, como já mencionado, ser revogados e, especialmente, não concretizados, ou seja, faltava-lhes “força” por não possuírem o “indispensável caráter jurídico”³⁹.

Em face da máxima importância dos reconhecidos direitos, necessitava-se de uma formulação jurídica positiva pelas Constituições estatais, as quais os subjetivaram, positivaram e fundamentalizaram, garantindo-os e efetivando-os, fenômeno denominado “constitucionalização dos direitos fundamentais”, em virtude de não ser “(...) qualquer positivação que tem o quilate e a dignidade de reforçar e garantir os direitos fundamentais, mas tão somente a positivação em normas constitucionais (...)”⁴⁰, tudo de modo a permitir a vinculação do Estado, compelindo-o a observá-los e promovê-los.

Desse modo, a fim de se alcançarem as referidas garantias, os direitos estabelecidos na citada Declaração da Virgínia, em 1776, foram incorporados à Constituição norte-americana de 1787 por meio de emendas de 1791⁴¹, constituindo-se na primeira Constituição a conferir efetividade aos direitos, agora, sim, “fundamentais”, afirmando-se que “O surgimento da Constituição escrita, em documento orgânico, no século XVIII, foi destinado à afirmação dos direitos individuais, conquistados pela Revolução Francesa, que inspirou a Constituição dos Estados Unidos (...)”⁴².

A íntima e dependente ligação dos direitos fundamentais em relação às Constituições é notada nos textos e documentos iniciais do surgimento do constitucionalismo, nos quais é possível identificar como um de seus pilares estruturantes o reconhecimento dos direitos fundamentais, que, em essência, constituem-se em limites ao poder do Estado⁴³, e também como um dos pilares do próprio Direito⁴⁴.

Tamanho é o grau de relevância da imprescindibilidade da Constituição, que Dimoulis & Martins, explanando sobre os requisitos para o surgimento dos direitos

³⁹ CUNHA JÚNIOR, *op. cit.* p. 217.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 218.

⁴¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 10.

⁴² MELO, José Tarcízio de Almeida. *Direito Constitucional do Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 301.

⁴³ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 67.

⁴⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira. O direito ontem e hoje: crítica ao neopositivismo constitucional e à insuficiência dos direitos humanos. *Revista do Advogado*, AASP, n. 99, p. 7-14, São Paulo, setembro, 2008.

fundamentais, limitaram-se a ressaltar que, para neles se falar, devem-se constatar três elementos: Estado, indivíduo e um **texto normativo regulamentador da relação** entre ambos, papel desempenhado pela Constituição, no sentido formal, vinculando aquele a certas regras impeditivas de cerceamento da liberdade individual⁴⁵.

No mesmo sentido, as características extrínsecas dos direitos fundamentais vinculam-se diretamente à Constituição, conferindo-lhes um regime caracterizado pela rigidez constitucional – o que exige processo mais gravoso para sua modificação; pelo estabelecimento das normas que os definem como cláusulas pétreas – e impedindo-se sua extirpação do sistema constitucional; e pela aplicabilidade imediata de seus preceitos⁴⁶, garantindo, portanto, o reconhecimento e a efetivação dos direitos fundamentais, um gigantesco passo de sua proteção em comparação às declarações anteriores.

Atentando-se para estas características, especialmente as duas primeiras, destaca-se que a positivação dos direitos no plano constitucional visou ao benefício proporcionado pela supremacia da Constituição, resultante de sua rigidez consistente na maior dificuldade para sua alteração em relação às demais espécies normativas⁴⁷, assegurando o reconhecimento e o exercício dos direitos fundamentais contra arroubos autoritários que visem à sua limitação ou, mesmo, eliminação.

Conforme mencionado no início do presente trabalho, a confusão perpetrada ao se empregar a terminologia inadequada gera no indivíduo titular de determinado direito uma frustração quanto às suas expectativas de concretizá-lo quando aquelas não se realizam, insatisfação esta relacionada com a ignorância a respeito de um dos efeitos decorrentes de se tratar seu direito de “humano” ou “fundamental”, qual seja, a sua efetivação, motivo pelo qual se analisou a distinção entre as expressões comumente utilizadas e positivadas pelo Direito, em virtude da aptidão ou não dos respectivos direitos para a produção de efeitos no plano jurídico⁴⁸.

Constitucionalizando-se direitos, estes adquirem, como visto, eficácia, de maneira a possibilitar a seu titular invocá-los judicialmente, com o propósito de obter sua satisfação, efetivação, alternativa impossível quanto aos direitos não constitucionalizados (direitos “humanos”), revestindo-se aquela possibilidade como mais um atributo dos direitos constitucionalizados, fundamentais.

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 25-26.

⁴⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David & NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*, p. 126.

⁴⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 9. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 47.

⁴⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 38.

Portanto, em face da moderna concepção dos direitos fundamentais, estes somente assim se configuraram com a constitucionalização, motivo pelo qual se afirma no título que nem sempre foram fundamentais.

6. CONSTITUCIONALISMO

Foi, sem dúvida, uma grande conquista dos povos civilizados o reconhecimento da necessidade de uma segurança jurídica com base em uma Lei Maior, a Constituição.

A ideia de Constituição é bem antiga: ela é produzida por um poder criador originário, que pode ser envolvido por uma Assembleia Nacional Constituinte. No mundo jurídico, a Constituição é a Lei Fundamental de um Estado e, desse modo, é a organização dos seus elementos essenciais, dentre os quais se encontram os direitos fundamentais e suas garantias. É necessário que a Constituição possua força normativa o suficiente para fazer valer o direito posto, e não servir apenas de declaração política.

Dessa forma, baseada na vontade da Constituição, a Lei Fundamental poderá buscar uma efetiva garantia de direitos, que não se limitam ao campo individual, como no período clássico, mas são sociais, econômicos, religiosos e se ampliam cada vez mais.

7. DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Atualmente, os valores constitucionais representam a mais completa tradução dos fins que a comunidade pretende ver realizados no plano concreto, mediante a normatização empreendida pela própria Lei Fundante. Com efeito, enquanto ordem objetiva de valores, a Constituição cumpre o importante papel de transformar os valores predominantes em uma comunidade histórica concreta, normas jurídico-constitucionais, com todos os efeitos e implicações que esta normatização possa ter.

Os direitos fundamentais encontram-se incorporados ao patrimônio comum da humanidade e são reconhecidos internacionalmente a partir da Declaração da Organização das Nações Unidas de 1948. Tais direitos possuem natureza poliédrica, prestando-se ao resguardo do ser humano na sua liberdade (direitos e garantias individuais), nas suas necessidades (direitos econômicos, sociais e culturais) e na sua preservação (direitos à fraternidade e à solidariedade⁴⁹).

⁴⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David & NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 71-72.

Disse o Prof. Uadi Lamêgo Bulos sobre o assunto:

(...) além de fundamentais, inatos, absolutos, invioláveis, intransferíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis, porque participam de um contexto histórico, perfeitamente delimitado. Não surgiram à margem da história, porém, em decorrência dela, ou melhor, em decorrência dos reclamos da igualdade, fraternidade e liberdade entre os homens. Homens não no sentido de sexo masculino, mas no sentido de pessoas humanas. Os direitos fundamentais do homem nascem, morrem e extinguem-se. **Não são obra da natureza, mas das necessidades humanas, ampliando-se ou limitando-se a depender do influxo do fato social cambiante**⁵⁰ (grifos dos autores).

Assim, os direitos fundamentais passam a assumir uma dimensão institucional – Estado Democrático (social) de Direito. O constituinte de 1988 consagrou, nos artigos 1º e 3º da Lei Maior, a dignidade do homem como valor primordial, propiciando unidade e coesão ao texto, de molde a servir de diretriz para a interpretação de todas as normas que o constituem. Foram elencados nos primeiros capítulos da Constituição Federal de 1988 inúmeros direitos e garantias individuais, e lhes foi outorgado o patamar de cláusulas pétreas, conforme o artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, priorizando, assim, os direitos humanos. A Constituição brasileira se reveste de inovações ao inserir, no seu Título II, os Direitos Sociais que, sob a égide das constituições anteriores, se encontravam espalhados ao longo de seus textos, demonstrando, com isso, a intenção do legislador constituinte sobre a vinculação dos mesmos com os direitos individuais.

No artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal, fica destacada a inovação ao dispor a aplicabilidade imediata às regras definidoras dos direitos e garantias fundamentais. Isso significa uma exequibilidade instantânea derivada da própria Constituição, com a presunção de norma pronta, acabada, perfeita e autossuficiente.

Ela ainda prevê que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou, dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja signatária, verificando-se, com isso, a possibilidade da existência de outros direitos e garantias fundamentais, inseridos ao longo de todo o texto constitucional; como também, o fato de os direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais receberem o mesmo tratamento dos direitos fundamentais, e passarem a ter aplicabilidade imediata no direito interno.

⁵⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 69.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais são frutos da luta do indivíduo contra as opressões praticadas há séculos pelas autoridades e classes dominantes, contra as quais sempre se necessitou buscar e encontrar meios de defesa com o fito de impedir as violações de direitos, os quais foram sendo reconhecidos e protegidos paulatinamente, acumulando-se e não se substituindo uns aos outros, tutela a qual se desenvolve continuamente em vista dos novos perigos que surgem ao longo do tempo, numa “proteção dinâmica dos direitos fundamentais”⁵¹.

Particularmente no País, após o advento da Constituição Federal, em 1988, o tema “Direitos Fundamentais” passou a ser objeto de grande interesse social, explicitado pelo crescente debate desde então nos mais variados meios e veículos de expressão do pensamento.

Restrita a discussão sobre os direitos fundamentais num primeiro momento aos meios acadêmicos, jurisprudenciais e às obras jurídicas, passou a sociedade em geral a realizá-la de forma aberta, inclusive pela imprensa escrita e falada, difundindo o conhecimento, o reconhecimento e os efeitos dos direitos fundamentais a um número cada vez maior de indivíduos – do leigo mais humilde ao mais instruído –, os quais os incorporaram ao seu cotidiano, invocando-os sempre diante de determinada ofensa, por vezes até mesmo equivocadamente.

Condicionante ao efetivo exercício dessa proteção é o adequado conhecimento dos direitos fundamentais, não apenas quanto aos seus efeitos, mas, também, quanto às suas causas, origens e evolução histórica, de modo a possibilitar uma análise de sua aplicação durante os séculos, aprendendo com os erros e aperfeiçoando os êxitos de sua tutela, em virtude, além dos novos, do recrudescimento de antigos perigos, a fim de garantir a concretização dos ideais de liberdade e igualdade, arduamente defendidos pelos antepassados de toda a humanidade.

⁵¹ QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 49.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- ARAUJO, Luiz Alberto David & NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Nova Cultural, 2004.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira. O direito ontem e hoje: crítica ao neopositivismo constitucional e à insuficiência dos direitos humanos. *Revista do Advogado*, AASP, n. 99, p. 7-14, São Paulo, setembro, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais – especificações técnicas*. 2ª parte. 1. ed., 2ª tiragem. Brasília: Brasília Jurídica/Instituto Brasileiro de Direito Público, 2002.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 1999.
- LUÑO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004.

MELO, José Tarcízio de Almeida. *Direito Constitucional do Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

NUNES, António José Avelãs. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Lisboa: Caminho Nosso Mundo, 2003.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. rev. amp. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 9. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 47.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

TRINDADE, José Damião de Lima. Anotações sobre a história social dos direitos humanos. In: ESTADO DE SÃO PAULO. Procuradoria Geral do Estado. *Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998. Série Estudos n. 11.

ZOLLINGER, Márcia Brandão. *Proteção processual aos direitos fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2006.