

DOCTRINA NACIONAL

DIREITOS FUNDAMENTAIS: CARACTERÍSTICAS HISTÓRICO-CONCEITUAIS

FUNDAMENTAL RIGHTS: HISTORICAL AND CONCEPTUAL FEATURES

Fausto Santos de Moraes
faustosmoraes@gmail.com.

José Paulo Schneider dos Santos
josepauloschneider@yahoo.com.br.

Recebido em: 9-5-2016

Aprovado em: 5-6-2016

Sumário: Introdução. 1. Afinal, direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais são expressões sinônimas? 2. Apresentando os direitos fundamentais a partir de um esboço conceitual primário. 3. Contexto histórico de institucionalização dos direitos fundamentais. 4. Aspectos e influências constitucionais sobre o conceito de direito fundamental. Considerações Finais. Referências.

Resumo:

Concentrado no âmbito da teoria dos direitos fundamentais, o presente estudo foi desenvolvido a partir do método fenomenológico hermenêutico, cujos aportes teóricos sustentam a revisão bibliográfica procedida. Tem-se como escopo (re)visitar as condições conceituais e históricas acerca dos direitos fundamentais. Portanto, a indagação que se coloca é a de saber como se deu institucionalização histórico-conceitual desses direitos.

Palavras-chave:

Teoria dos direitos fundamentais. Conceito e história dos direitos fundamentais. Constitucionalismo.

Abstract:

By the dimension of constitutional rights, this study was developed through phenomenological and hermeneutical method, paying attention on bibliographical research. The main goal is to show conceptual and historical conditions of constitutional rights by answering the following question: how did constitutional rights' conceptual and historical institutionalization happen?

Keywords:

Constitutional Rights Theory. Concept and history of Constitutional Rights.

Introdução

O que é um direito fundamental? Qual a natureza dos direitos fundamentais? Direitos fundamentais e direitos humanos são termos sinônimos? O constitucionalismo exerce alguma influência no conceito e aplicação desses direitos?

Procurando responder às indagações supracitadas, o presente trabalho, que foi idealizado com propósito notadamente teórico, tem como escopo refletir acerca dos aspectos que sustentam a origem histórico-constitucional dos direitos fundamentais.

A ser assim, na busca por legitimidade do empreendimento jurídico e, por consequência, do Poder Judiciário, quando de sua atuação e discricionariedade na garantia e execução dos direitos fundamentais, o que se propõe é problematizar questões teórico-práticas relativas ao processo de aparecimento dos direitos fundamentais, focando, sobretudo, nas circunstâncias históricas e conceituais envolvendo esses direitos.

A justificativa do presente estudo vem interiorizada na proposta de reflexão teórica sobre os direitos fundamentais, o que se mostra como o pano de fundo para discussões relativas à tutela e à concretude dos direitos fundamentais, sobretudo em um país de democracia tardia como o Brasil.

Porém, estudar a(s) teoria(s) dos direitos fundamentais¹ requer alguns cuidados. Afinal, sua vasta dinamicidade é convidativa e pode levar a alguns caminhos que, embora de suma relevância, destoam do propósito colocado. Por isso, eventual supressão desta ou daquela característica não tem outro sentido senão o de organização temática, na tentativa de evitar informações desconectadas ou que tornem nebulosa a compreensão das intenções expostas.

¹ Esclarece-se não haver uma única teoria dos direitos fundamentais, mas sim uma "multiplicidade" e "diversidade de teorias" (QUEIROZ, 2010, p. 92). Dentre elas: i) teoria liberal: esta teoria, em síntese, reconhece os direitos fundamentais como direitos de proteção do homem (individualismo) contra o Estado; ii) teoria sistemática (da ordem) de valores: para ela, a constituição, como sistema de valores, seria a "base e fundamento de toda a ordem social", não estando adstrita apenas em direitos fundamentais, fundando-se, também, em princípios constitucionais (QUEIROZ, 2010, p. 93); iii) teoria institucional: esta, por sua vez, concebe os aspectos individuais e institucionais e eleva os direitos fundamentais à coletividade, conferindo, deste modo, uma "cidadania activa" a esses direitos (QUEIROZ, 2010, p. 93); iv) teoria (de Estado) social: nela, os direitos fundamentais ofereceriam guarida à liberdade. Ainda, seriam condições valorativas de orientação e conformação da interpretação e aplicação jurídica (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 69), revelando a intervenção estatal não somente como limites, mas, especialmente, como tarefa do Estado em assumir "concretos deveres de proteção" (QUEIROZ, 2010, p. 93); v) teoria democrático-funcional: nessa teoria, o Estado assume uma postura reguladora e de "funcionalização", de acordo com a constituição (alemã), admitindo-se a "perda, abuso e suspensão de direitos" econômicos e sociais (QUEIROZ, 2010, p. 94); vi) teoria socialista: ela encontra maior sentido em regimes comunistas, haja vista que, para ela, os deveres estão sobrepostos, até mesmo, aos direitos (QUEIROZ, 2010, p. 93).

O trabalho, para fins metodológicos, reconhece uma orientação conforme os aportes da fenomenologia hermenêutica ², uma vez que, sistematizando conceitos e críticas a partir de documentação indireta de natureza jurídico-filosófica, referente ao estudo da aplicabilidade e extensão dos direitos fundamentais no Brasil, possibilita o desvelamento do sentido das coisas e, por consequência, do entendimento que se tem sobre elas, superando a simples aceitação daquilo ditado pelo *sensu comum teórico dos juristas*, denunciado por Warat, o que corrobora o exercício argumentativo a respeito do problema pesquisado.

Nessa linha, o trabalho foi dividido em duas seções principais. Num primeiro momento, o objetivo é o de apresentar os direitos fundamentais. Antes, porém, faz-se necessário advertir a respeito de uma confusão terminológica havida na doutrina. Pretende-se, na sequência, analisar as características a respeito da institucionalização histórico-conceitual dos direitos fundamentais, bem como evidenciar a influência exercida pelo constitucionalismo. Ao final, apresentar-se-ão as considerações finais.

1. Afinal, direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais são expressões sinônimas?

Explica-se, desde já, que o termo adotado no presente trabalho será “direitos fundamentais”. Acredita-se que seu uso atende com coerência as reais significantes desses direitos (DUQUE, 2014, p. 50) (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 248).

² Vale dizer: entende-se, com base em Heidegger, que somente a partir de um resgate interpretativo da facticidade mundana é que o ser consegue entender sua própria *condição de ser no mundo* e, a partir disso, compreender os sentidos nele difundidos. Quando se fala nisso, não se pode deixar de referir o jurista brasileiro Lenio Streck e a sua crítica do direito (espalhada em suas diversas obras), a qual, a partir da filosofia hermenêutica de Heidegger e da hermenêutica filosófica de Gadamer, dentre outros teóricos, procura refundar a interpretação jurídica, relativizando o velho, dado e concebido como uma verdade imutável. Essa proposta, ademais, tem por base os horizontes de sentido originados na linguagem, a qual, para Heidegger, “(...) *es la casa del ser. En su morada habita el hombre. Los pensadores y poetas son los guardianes de esa morada. Su guarda consiste en llevar a cabo la manifestación del ser, en la medida en que, mediante su decir, ellos la llevan al lenguaje y allí la custodian*” (HEIDEGGER, 2006, p. 11-12). Contudo, ela transcende essa definição. Isto é, não é apenas a morada do ser heideggeriano, mas, também, o ser que pode ser compreendido (GADAMER, 1997, p. 687), sendo certo que é por meio dessa compreensão que se edificam os sentidos do *ser aí*, o *Dasein* de Heidegger. Por tudo isso, falar em investigações fenomenológicas da *condição de ser no mundo* (*Dasein*), é falar em descobertas interpretativas (hermenêuticas, portanto) da “existencialidade da existência”. Ou seja, se a linguagem não abarca tudo (STRECK, 2012), a hermenêutica, nessa diretriz, vem possibilitar o desvendar dos aspectos da facticidade antes desconhecidos pelo ser. Esse processo de descoberta se dá pela experiência vivida pelo *ser no mundo*. A fenomenologia hermenêutica (heideggeriana), nesse contexto, permite ao intérprete, enquanto *ser no mundo*, compreender a si mesmo. Assim, o autoconhecimento de sua existência (*a condição do ser no mundo*) garante ao ser pensante a possibilidade de se autointerpretar e, com isso, desvendar os demais elementos fáticos existentes (SCHMIDT, 2013, pp. 78-120).

Aliás, tal advertência se faz oportuna à medida que o trabalho se coloca a estudar o alcance e realização dos direitos fundamentais. Isso porque adentrar no âmago da teoria dos direitos fundamentais demanda superar a abstração terminológica acerca desses direitos (DUQUE, 2014, p. 49).

Embora pareça óbvio, mesmo que terminologia e conceito não sejam sinônimos, não configura nenhum exagero ou absurdo interpretativo pretender desembaraçar a expressão “direitos fundamentais” dos equívocos terminológicos reproduzidos na doutrina.

Nesse sentido, os direitos fundamentais, não raras vezes, são mal concebidos. Aliás, é corriqueiro que esses direitos sejam resumidos àquelas garantias inerentes à pessoa humana. Ou seja, há latente confusão entre diferentes institutos jurídicos.

À vista disso, os direitos fundamentais erroneamente são equiparados ou, até mesmo, recebem a nomenclatura de direitos do homem, direitos humanos, direitos subjetivos públicos³, direitos individuais, liberdades fundamentais e direitos humanos fundamentais (SARLET, 2006, p. 33).

Entende-se não ser possível comparar os direitos fundamentais a categorias não condizentes às suas particularidades. Reconhece-se, todavia, que, aprioristicamente, os direitos fundamentais são, nalguma medida, “expressão” dos direitos humanos (DUQUE, 2014, p. 52) (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 249).

Vale dizer, “os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos”, haja vista que o titular de ambas as categorias, independentemente do modo de representação, é sempre a pessoa (SARLET, 2006, p. 35). Todavia, mesmo sendo plausível aproximá-los conceitualmente, não é correto afirmar que os direitos fundamentais são, na mesma proporção, direitos humanos, ou que ambos não representam outro instituto que não os direitos do homem.

Contudo, aproximá-los não significa igualá-los. Isso porque, em sua natureza, os direitos humanos antecedem o Estado, bem como possuem característica universal e extrapositiva (mesmo em caso de eventual escrituração legal). Diferentemente, quando se fala de direitos fundamentais, deve-se partir da premissa de que o Estado é condição para a existência desses direitos (DUQUE, 2014, pp. 52-53).

Em complemento, os direitos fundamentais (sentido lato) dizem respeito àqueles direitos do homem positivamente reconhecido pelo direito constitucional, ao passo que os direitos humanos fazem referência a posições jurídicas de direito internacional (leia-se: aquelas posições jurídicas destinadas a todos os povos e em todos os períodos) (SARLET, 2006, pp. 35-36).

³ Há certa corrente doutrinária que estabelece os direitos fundamentais como direitos públicos e subjetivos do sujeito, pessoas físicas e jurídicas, constantes nos textos constitucionais, cuja finalidade é suscitar a abstenção do poder estatal em face da liberdade individual (DIMOULIS; MARTINS 2011, p. 49).

Nesse contexto, direitos fundamentais representam algo mais específico e delimitado, a saber, liberdades e direitos institucionalmente reconhecidos (CUNHA, 2010, p. 246). Ainda que se diga que o reconhecimento institucional jurídico dado aos direitos fundamentais deva ser percebido através das noções de liberdade e dignidade da pessoa humana (SARLET, 2006, p. 44), não se pode pretender “resumi-los” à categoria de direitos humanos. Esses últimos, reiterando, têm caráter abrangente, consoante a uma moral jurídica universal (SARLET, 2006, pp. 36-38).

Na verdade, a terminologia dos direitos fundamentais deve ser pensada através do reconhecimento e da legitimidade desses direitos pela ordem constitucional interna. Assim, não se nega que os direitos fundamentais contêm fundamentos e conteúdos morais. Adverte-se, porém, sobre a impossibilidade de percebê-los como simples e acabada demonstração dos direitos humanos (SARLET, 2006, pp. 38-39).

Sublinha-se, outrossim, que os direitos fundamentais, como direitos positivados internamente nos textos constitucionais, recebem maior tutela e efetividade do que os direitos humanos. Em outras palavras, os direitos humanos são notadamente dependentes da recepção dada pelo ordenamento jurídico de determinado Estado. É por meio dela que se saberá o grau de intervenção e tutela desse direito universal ao ordenamento jurídico interno (SARLET, 2006, p. 40).

Não se pode olvidar, ainda assim, que as tendências de uma teoria de direito constitucional global venham a aproximar, ainda mais, essas terminologias. Tal tese é trabalhada por Paulo Ferreira da Cunha, que propõe a ideia de uma constituição – ou melhor: de um direito constitucional – universal. Nas palavras do autor, “há uma universalização do projecto constitucional mais actualizado e mais progressivo” (CUNHA, 2010, p. 246). Ou seja, “evidentemente, há e haverá ainda certamente durante muito tempo constituições nacionais. Mas elas acabam já em grande medida por ser (ainda que os constituintes não se dêem conta disso) como que « concretizações », para cada país, de uma *constituição global*” (CUNHA, 2010, p. 246).

Faz-se oportuno registrar que o autor toma cuidado para não cometer o ledó engano de afirmar que essa globalização da constituição já está completada. Em seu magistério, a verdade “é que o internacional e o global já entraram pelas ordens jurídicas nacionais adentro. Em muitos casos, ainda apenas pelas constituições, e pelos tratados. Mas insistimos: no futuro será normal que os poderes judiciais (e até os outros) invoquem com naturalidade as leis comuns da Humanidade, e efectivamente as apliquem” (CUNHA, 2010, p. 248).

À vista disso, e sem fugir dos objetivos expostos, é possível dizer, por exemplo, que a disposição do artigo 5º, § 2º, da CRFB/88 corrobora para a leitura de um direito constitucional aberto a interferências internacionais, o que para Cunha com o tempo passará de algo incomum e assumirá a condição de regra. Isto é, assumirá, de uma vez por todas, a feição de um constitucionalismo global (CUNHA, 2010, pp. 245-255).

Uma vez superado o desarranjo terminológico aqui explicitado, o estudo agora passará à análise conceitual dos direitos fundamentais.

2. Apresentando os direitos fundamentais a partir de um esboço conceitual primário

Como se viu, os direitos fundamentais originam-se com o advento das constituições, dentre outros fatores. Eis a justificativa da diferenciação terminológica a que se procedeu acima.

Por outro lado, não há na doutrina aparente divergência quanto a um conceito inicial de direitos fundamentais. É razoável, ao menos inicialmente, defini-los como: posições jurídicas, mínimas e impreteríveis, da pessoa humana, positivadas e outorgadas no constitucionalismo intrínseco a cada Estado (SARLET, 2006, pp. 36 e 66), cuja finalidade é a proteção de bens proeminentes ou ameaçados.

Jorge Miranda, em posição semelhante, enxerga os direitos fundamentais na qualidade de “direito ou [...] posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material” (2012, pp. 9-10)

Dito de outro modo, “o sentido clássico de direitos fundamentais repousa no fato de que eles asseguram determinado acervo de bens jurídicos e de ações das pessoas, contra violações estatais”. Ou seja, “a ideia nuclear originária é que o Estado deve deixar o cidadão em paz” (DUQUE, 2014, p. 50).

De tal modo, “um conceito relativamente simples de direitos fundamentais é o de posições jurídicas essenciais, normalmente garantidas em uma constituição escrita, que protegem o cidadão contra a intervenção dos poderes públicos” (DUQUE, 2014, p. 50).

Há que reconhecer, sem embargo, que o conteúdo das definições conceituais apresentadas é verdadeiramente usual e introdutório, estando relacionado às rudimentares do deambulo de composição desses direitos (DUQUE, 2014, pp. 50-51). Embora possam ser tidas como simplistas, tais acepções estão concatenadas com a tradição histórico-institucional e representam as posições jurídicas “em face do próprio conceito formal de constituição” (DUQUE, 2014, pp. 50-51).

A propósito, chegar a um conceito aprofundado de direito fundamental não é tarefa fácil. Não é à toa, portanto, a existência de vasta produção jurídico-científica nesse seguimento.

Por esse ângulo, é custoso pensar numa teoria dos direitos fundamentais adequada à realidade jurídica brasileira, sem, antes, remeter a estudos histórico-institucionais a despeito do desenvolvimento do homem e dos seus direitos, sendo certo que algumas características, de tempo e espaço, influenciam em maior ou menor intensidade no conceito hodierno de direito fundamental.

Para entender tal processo – e, com isso, se chegar a uma definição – é preciso analisar não somente o desenvolvimento jurídico da humanidade, mas, também, a evolução política de distribuição de poder ao longo dos tempos.

3. Contexto histórico de institucionalização dos direitos fundamentais

Nessa parte o trabalho deve ser desenvolvido numa perspectiva constitucional e de diferenciação analítico-evolutiva, ou seja, pressupõe reconhecer os direitos fundamentais em diferentes níveis de extensão e características de tempo e lugar. Não obstante, conceber tais direitos a partir da ordem constitucional é, sobretudo, admiti-los como limitadores do poder do Estado (SARLET, 2006, p. 43).

A propósito, a essência dos direitos fundamentais reclama uma estrutura política integrada da comunidade, de modo que a existência ou não de um direito fundamental guarda relação com o reconhecimento de uma esfera de poder das pessoas frente ao Estado.

Do contrário, no autoritarismo, caberia sempre ao ente Estado a última palavra. Isto é, não há direito fundamental sem a representatividade do ente estatal. Registra-se que é igualmente correto afirmar que esses direitos não sobrevivem a momentos de tirania e absolutismo (MIRANDA, 2012, pp. 9-10), como fora, por exemplo, com Hitler, na primeira metade do século XX.

Vislumbra-se, assim, a importância da criação do Estado para o direito positivo (e, por consequência, para os direitos fundamentais). Explicando: verifica-se na evolução da tradição jurídica a soberania do Estado na produção de normas jurídicas (BOBBIO, 1995, p. 27). Isto é, pela lei, tem-se a transcrição dos costumes do direito natural para um direito sujeito ao crivo do ente estatal. A transição para o modelo positivista de direito só foi possível a partir da criação do Estado, que surgiu com a ambição e necessidade dos homens de sair da anarquia presente no estado de natureza, já que nas estruturas sociais medievais, cada um era responsável pela defesa de seus bens, inexistindo uma força superior a todos, capaz de constranger cada indivíduo a respeitar as leis. Em suma, o homem abdicou da insegura autogovernança e entregou ao homem (soberano) ou a um conjunto de homens (parlamento) a tarefa de governar sua vida (HOBBS, 1983, p. 105). Ou seja, passa-se do

estado de sobrevivência para o de convivência humana. Com efeito, apresenta-se como competência do Estado a garantia da paz e defesa comum. (HOBBS, 1983, pp. 105-106). Aliás, tem se tentado, em algumas outras oportunidades, com amparo nas teorias de Hobbes, chamar a atenção para essa exclusividade estatal na confecção do dizer jurídico ⁴.

Assim, quando cada homem transfere parte de sua capacidade de se autogovernar, cria-se um ente com força superior a qualquer indivíduo isolado, capaz de fazer cumprir as leis.

É importante deixar claro que a passagem jusnaturalista acreditava que o homem, por si só, e em face de sua própria condição existencial, era merecedor de uma gama de direitos naturais e intransferíveis. Algo que só foi possível por meio das concepções filosófica e religiosa dos antigos tempos, uma vez que são esses os cernes da identidade humana (SALERT, 2006, p. 45).

Assim desde os séculos XVI e XVII são vistos ideais de direitos imprescindíveis à pessoa humana que corroboraram com o advento dos direitos fundamentais. Dentre esses ideais estão, por exemplo, os direitos à liberdade e dignidade humana, à vida, à propriedade e à resistência. (SARLET, 2006, pp. 47-48).

Entretanto, embora fosse forte o apego e crença na ordenação divina, o direito natural se mostrou instável para o homem. Isso porque o estado de natureza humano é um estado de anarquia permanente (BOBBIO, 1995, p. 35). Nele, prevalece a lei do mais forte, em que todos têm o arbítrio de utilizar da força necessária na defesa de seus interesses.

Como pode ser verificado na história, a superação desse inseguro modelo de direito só foi possível com o surgimento do Estado, ente dotado de força indiscutível e irresistível, capaz de constringer os homens a respeitar as leis, o que ocorreu após a dissolução da sociedade medieval, de cunho extremamente pluralista, dividida em grupos, ordens, classes, de múltiplas unidades territoriais ou sociais, com ordenamentos próprios e distintos, com o direito sendo produzido pela sociedade civil (BOBBIO, 1995, p. 27). Para Hobbes, a constituição do Estado advém do anseio humano pela proteção, organização e valorização da própria existência (HOBBS, 1983, pp. 105-106).

Mais tarde, porém, o Estado-soberano (o Leviatã hobbesiano, portanto) se mostrou prejudicial à determinada parte da sociedade. Verdade seja dita, a soberania, antes fundamental à organização da vida humana, passou a obstar as pretensões (liberdade individual e propriedade) do povo. A misericórdia do soberano já não era o bastante. Na realidade, o Estado, que deveria ordenar o convívio social, estava a privilegiar determinadas classes e, por consequência, prejudicar outras (MÖLLER, 2011, p. 77).

⁴ A esse respeito: Positivismo jurídico em xeque: descobrindo as faces do juiz (MORAIS; SANTOS, 2014, pp. 111-114).

Assim, o que se precisava era fortalecer e legitimar os direitos, de modo a afastar os arbítrios estatais. O homem, então, reivindicou um sistema jurídico que o protegesse dos abusos do Estado (MÖLLER, 2011, p. 77).

Dessa forma, o surgimento dos direitos fundamentais, além de estar ligado ao advento do constitucionalismo, advém da subjetividade da pessoa, no sentido de que a consideração do homem e os direitos das pessoas coletivas (e grupos não personalizados) foram imprescindíveis à construção conceitual desses direitos.

Em resumo, o direito do homem, direito do indivíduo e não do estado, é uma posição individualista (liberal) de direitos fundamentais, uma vez esses direitos trazem, em sua essência, o reconhecimento da relação comunitária e dos direitos subjetivos dessa relação (MIRANDA, 2012, pp. 15-16). Aliás, o direito da pessoa humana pode acabar por refletir no direito da humanidade (MIRANDA, 2012, pp. 15-16).

Nessa senda, existem três períodos que merecem destaque quando do processo de reconhecimento dos direitos fundamentais, são eles: i) o momento *pré-histórico*, o qual se prolongou até o findar do século XVI; ii) o *intermediário*, concernente ao momento doutrinário do jusnaturalismo e à consequente afirmação dos direitos naturais do homem; iii) o período da *constitucionalização*, com início em 1776, advindo das declarações de direitos dos novos Estados americanos (SARLET, 2006, p. 44).

Diz-se, nesse alvitre, que o reconhecimento institucional e jurídico atribuído aos direitos fundamentais deve ser percebido através das noções de liberdade e dignidade da pessoa humana (SARLET, 2006, p. 44). Isto é, ainda que não sejam idênticos em conceito, os direitos fundamentais, de certa forma, surgiram da evolução e desdobramento dos direitos do homem.

A *Magna Charta Libertatum* (1215), nessa linha, está entre os documentos de maior relevância na tradição jurídica acerca dos direitos humanos. Referido texto foi, em verdade, um acordo estabelecido, na Inglaterra do ano 1215, entre o Rei João Sem-Terra, bispos e os barões ingleses. Embora na realidade esse documento tenha servido aos interesses do feudo, no sentido de que, ao menos inicialmente, o povo teve obstado o acesso aos direitos ali reconhecidos, é incontestável sua importância para o surgimento e declaração de liberdades e direitos civis clássicos, como por exemplo, o *habeas corpus* (SARLET, 2006, p. 49).

No entanto, as liberdades e os direitos lá expostos não representavam autênticos direitos fundamentais (SARLET, 2006, p. 49). Acontece que o contexto econômico-social daquela época era de forte desigualdade, e a ordem jurídica, ainda carente das constituições, não estava estruturada o suficiente para equilibrar essa relação (SARLET, 2006, p. 49).

Em sentido parecido, apesar de marcarem o desenvolvimento histórico-evolutivo dos direitos do homem, momentos como, por exemplo, a *Reforma Protestante* e a *Guerra dos Trinta Anos* não podem ser considerados o marco existencial dos direitos fundamentais

(SARLET, 2006, p. 50). Isso porque o Estado absolutista obstava a existência e a legitimidade desses direitos, uma vez que os direitos e deveres eram inseridos e retirados do mundo jurídico a qualquer momento, dependendo única e exclusivamente da vontade do monarca. (SARLET, 2006, p. 50).

O mesmo ocorre com as declarações inglesas: *Petition of Rights* (1628), *Habeas Corpus Act* (1679) e o *Biil of Rights* (1689), dentre outras. Elas também eram desprovidas de valor jurídico capaz de autenticar um conceito de direito fundamental (SARLET, 2006, p. 51). Ocorre que, apesar de influenciar diretamente no reconhecimento das garantias e dos direitos do homem, essas declarações não vinculavam o parlamento, contribuindo para a latente instabilidade das liberdades e garantias delas emanadas (SARLET, 2006, p. 51).

Nos anos de 1776 e 1789, com a *Declaração do Povo da Virgínia* e a *Declaração Universal do Homem e do Cidadão*, ocorreu a “transformação” dos direitos de liberdade, notadamente pleiteados na Inglaterra, para direitos fundamentais constitucionais (SARLET, 2006, p. 51).

Aos direitos e liberdades antes já percebidos, foram, naquele momento, acrescentadas a universalidade e supremacia comuns ao direito natural. Com isso, fora atribuindo verdadeiro valor jurídico a esses direitos, podendo-se, então, falar em vinculação do ente estatal. As *declarações americana e francesa*, ambas com forte influência jusnaturalista, em síntese, representaram para o homem o reconhecimento e valorização dos imperativos naturais, intransferíveis, invioláveis e imprescritíveis (SARLET, 2006, p. 52).

Há que ressaltar que, em que pese as duas declarações terem sido fundamentais para a institucionalização dos direitos fundamentais, não se pode negar que cada uma delas guarda traços únicos no que tange a seus surgimentos históricos.

A Revolução Americana, como se sabe, “objetivava a independência em relação à Inglaterra e o autogoverno” (GRIMM, 2007, p. 151). A Revolução Francesa, por seu turno, propôs uma renovação do ordenamento político-jurídico, pretendia-se abolir a exclusividade do monarca no controle do Estado e produção do direito.

Ou seja: na Revolução Francesa, “a revolução política foi um meio para alcançar a reforma social, ao passo que, no caso americano, a reforma política era um fim em si mesmo” (GRIMM, 2007, p. 151). Acontece que no modelo francês a distribuição das decisões públicas e o controle da ordem social se dava pelo desejo do monarca. Já o modelo americano foi fundado sob a tradição jurídica inglesa, na qual o Parlamento não se sujeitava aos direitos, estando a eles sobreposto (GRIMM, 2007, pp. 151-52).

Além disso, na Inglaterra, por exemplo, o modelo jurídico-político de defesa e realização dos direitos do homem era organizado empiricamente pelo magistrado. A França (exegética), por sua vez, concebia que o processo interpretativo pelo magistrado deveria ser mínimo, devendo sua atuação se dar mediante raciocínios lógico-dedutivos, atentando-se sempre aos limites da lei (MIRANDA, 2012, p. 26).

O exegetismo, entre outros ideais, apostava na capacidade racional do legislador na criação do direito. O legislador teria condições de estabelecer normas, gerais e abstratas, cujos imperativos da certeza, necessidade e rigor do raciocínio lógico permitiriam prever todas as condutas a serem regulamentadas, o que pode ser denominado como postulado da suficiência da lei (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 189). Para Queiroz, o processo criativo pelo juiz não caracteriza um desenvolvimento dedutivo, mas, sim, se denomina uma criação de uma sub-norma, derivada e implícita na norma geral. Para tanto, o juiz se valeria de sua razão pragmática e de uma identidade interpretativa (2011, p. 101).

Por derradeiro, como evidenciado, as discussões terminológicas e os esclarecimentos introdutórios (relativos à institucionalização histórica dos direitos fundamentais) são caminhos a se percorrer para compreender as tantas características e peculiaridades conceituais dos direitos fundamentais.

4. Aspectos e influências constitucionais sobre o conceito de direito fundamental

Muitos são os momentos e elementos históricos que destacam a valorização das necessidades do homem e a alteração no *modus operandi* da ação estatal. Todos eles, guardadas suas especificidades, indicam um processo evolutivo da consciência jurídica acerca dos direitos fundamentais como o eixo de sustentação e legitimidade de um Estado.

Quer dizer, o reconhecimento de determinadas posições jurídicas ao longo da história possibilitou a edificação das Constituições, alterando a relação “Estado x Sociedade” mediante a força normativa dos dizeres lá constantes (MIRANDA, 2012, p. 27).

Aliás, eis o ponto de estruturação de um direito fundamental: a constituição. As constituições, nessa linha, representavam o ato de recusa social com momentos de inconstância no cenário político-jurídico. Desse modo, com o surgimento de uma normatividade estruturada, desenvolveram-se ideais de não intervenção estatal, direitos de defesa do cidadão frente ao agir do Estado (MIRANDA, 2012, pp. 27-28).

Em outras palavras, rejeitando o passado de soberania, a sociedade tentou fazer valer posições jurídicas que levassem à concretização de direitos e liberdades individuais (MIRANDA, 2012, pp. 27-28). Marcelo Neves, a esse respeito, destaca a força simbólica dos direitos da pessoa humana, definindo-os como pressupostos ao vigor normativo-constitucional (2010, pp. 433-434). Em seu ideal, o autor faz crer que as garantias e direitos do homem são produtos da recusa ao contexto jurídico-político absolutista.

Assim, as constituições, a partir do século XVIII, incorporaram o papel de fundamento-base para os governos. Na realidade, seriam elas o critério último do direito, de modo que todos os direitos (sobretudo os fundamentais) deveriam estar nela previstos (QUEIROZ, 2010, pp. 47-48). Ou seja, as constituições expressavam a noção de “ordem

do bem comum”, estando o caráter dirigente dos direitos fundamentais diretamente ligados a ela (QUEIROZ, 2010, pp. 47-48).

De tal sorte, “os direitos fundamentais são direitos constitucionais, que não devem em primeira linha ser compreendidos apenas numa dimensão técnica de limitação do poder do estado” (2010, pp. 47-48). Com efeito, a constituição, quer “negativa” quer “positiva”, assenta um novo limite e redefine o sentido dos imperativos de validade e legalidade. Nesse sentido, adviria da constituição, em vista de sua vinculação e supremacia, uma feição típica de direito voltada à resolução de conflitos. (QUEIROZ, 2010, pp. 48-52).

Queiroz traz essa ressalva por entender que os princípios democrático-constitucionais manifestam, dentre outras coisas, a participação política do cidadão, com direitos políticos igualmente plenos, sendo que a sua independência moral igualmente constitui esse princípio de justiça procedimental e horizonte ético. Nesse sentido, os modelos clássicos das declarações de direitos americana e francesa (século XVIII) “pressupõe(m) a respectiva fixação fora do texto constitucional”. Isto é, direitos do homem no âmbito de abrangência estatal. (QUEIROZ, 2011, pp. 53-54). De todo modo, a jurista lusitana admite que o conceito de direito fundamental depende da concepção de Constituição admitida (QUEIROZ, 2010, p. 55).

Em última análise, o conceito de direito fundamental guarda relação com os ideais de liberdade e com os direitos inerentes à pessoa humana. Significa isso que, num primeiro momento, identificam-se apenas expectativas de direitos e normas politicamente declaradas (escritas). Depois, a positivação constitucional contribui para que os direitos deixem de ser simbolicamente fortes para ser normativamente aceitos e respeitados (MIRANDA, 2012, p. 28). Explicando: a vinculação constitucional de direitos tornou legítima uma série de pretensões politicamente estabelecidas, alterando o poder-dever do cidadão e, principalmente, do Estado.

Considerações finais

Viu-se que a busca conceitual acerca dos direitos fundamentais não é, de fato, tarefa simples. Entretanto, considerando os propósitos externados desde o início, acredita-se que o trabalho cumpriu com aquilo que dele se espera.

Isto é, as etapas, propostas e finalidades expostas foram atendidas, e a revisão bibliográfica desenvolvida forneceu os subsídios mínimos para a constatação de que esses direitos: (a) possuem conceito extremamente dinâmico, que guarda relação com o contexto político, social e jurídico no qual se desenvolveram; (b) têm como objeto de tutela a pessoa; (c) estão diretamente concatenados com o advento das constituições; (d) destacam-se por sua

natureza de positivação constitucional interna, o que, dentre outros aspectos, lhes diferencia dos direitos humanos; (e) representam, inicialmente, mecanismos de defesa contra a tirania estatal, isto é, expressam garantias de proteção contra a intervenção do Estado na esfera da liberdade (e propriedade) individual; (f) obrigam, num segundo momento, o Estado a atuar de forma a concretizar as necessidades dos indivíduos na relação entre particulares, o que implica a imposição de reconhecimento, validade e concretização universal dos direitos fundamentais; (g) na contemporaneidade, influenciados pelo contexto democrático e pelos reflexos do segundo pós-guerra, garantem a esfera de autonomia do particular, bem como exigem deste o mínimo de responsabilidade político-jurídica, o transformando em verdadeiro ator social.

Percebe-se, por tudo isso, um amplo compromisso do Estado para com os direitos fundamentais. Em um primeiro olhar, esses direitos reclamam um Estado limitado, cuja tarefa deve consistir em se abster de interferir na liberdade do indivíduo. Em um segundo momento, eles aparecem como meios positivos de realização e gozo das garantias inerentes à pessoa humana.

Por outro lado, a positivação dos direitos fundamentais no texto constitucional inaugura um caráter duplo de fundamentação, formal e material, do qual a exegese constitucional vem reconhecendo direitos para além da simples expressão literal das disposições constitucionais.

Significa dizer que a Constituição brasileira, assim como outros textos constitucionais, ao invés de balizar taxativamente, abre a possibilidade para o surgimento de “novos” direitos fundamentais. Ou seja, abriga os direitos fundamentais *a priori* não pensados ou não positivados. Isso porque o Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a existência de categorias de valores, princípios e regras, utiliza-se de elementos e critérios jurídicos até então não explorados pelo direito positivo para a resolução das contendas a ele trazidas.

Embora não tenha sido o objeto específico de pesquisa, é possível afirmar que a natureza principiológica e dinâmica dos direitos fundamentais oferece a todo instante uma série de novas problemáticas político-jurídicas. Algumas delas encontram resposta no direito escrito. Outras, por sua vez, exigem do Judiciário ampla capacidade hermenêutica e argumentativa, o que provoca constantes (re)avalições e (re)adequações dos mecanismos de tutela dos direitos fundamentais.

Evidencia-se, assim, a necessidade de uma reformulação doutrinária e jurisprudencial quanto a uma teoria dos direitos fundamentais voltada à realidade brasileira. Daí a importância de estudos que proponham revisitar aspectos teórico-histórico-conceituais sobre os direitos fundamentais, uma vez que são a condição de possibilidade para as atuais discussões no que tange à aplicabilidade, extensão, realização e concretude desses direitos.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. **Isonomía**. Trad. de Miguel Carbonell. n. 16. 2002.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Do constitucionalismo global**. Revista Brasileira de Direito Constitucional. Vol. 15. p. 245-255. jan-jul. 2010. Disponível em: < [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-15/RBDC-15-245-Paulo_Ferreira_da_Cunha_\(Do_Constitucionalismo_Global\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-15/RBDC-15-245-Paulo_Ferreira_da_Cunha_(Do_Constitucionalismo_Global).pdf)>. Acesso em: 8 out. 2015.
- DANTAS, Marcos. Jurisprudência dos conceitos. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. trad. de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1977.
- GRIMM, Dieter. A função protetiva do estado. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (org.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- HEIDEGGER, Martin. **A caminho da linguagem**. Petrópolis: Vozes, 2003.
- _____. Martin. **Cartas sobre el Humanismo**. trad. de Helena Cortés e Arturo Leyte Madrid: Alianza Editorial S.A., 2006. Disponível em: <<https://docs.google.com/file/d/0ByVW1G--4tQDOTNVS1VzdUIIU2c/edit>>. Acesso em: 22 jul.2015.
- HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.
- _____. **Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha**. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

- HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.** trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- MOLLER, Marx. **Teoria geral do neoconstitucionalismo:** bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2011.
- MORAIS, Fausto Santos de. **A proporcionalidade como princípio epocal do direito:** O (des) velamento da discricionariedade judicial a partir da perspectiva da nova crítica do direito. Brasil. 2010. 19 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, 2010.
- _____. **Hermenêutica e pretensão de correção:** uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Brasil. 2013. 19 f. Tese (Doutorado em Direito) – programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, 2013.
- _____; SANTOS, José Paulo S. dos. O positivismo em xeque: descobrindo as faces do juiz. In: **Pesquisa científica:** VIII Mostra de Iniciação Científica da Faculdade Meridional IMED. Org. Carlos Costa et al. Passo Fundo: IFIBE, 2014. pp. 109-122.
- NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. In: **Direitos Sociais:** fundamento e direitos sociais em espécie. (Coord) SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Editora, 2010.
- NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição.** 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- PARDO, David Wilson de Abreu. **Direito Fundamentais não enumerados – justificação e aplicação -.** 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, 2005.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais.** Trad. de Antônio Francisco de Souza e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales:** el principio de proporcionalidade como critério para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador. 3. ed. Madrid: 2007.
- QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos Fundamentais.** 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- _____. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.
- SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica.** trad. de Fábio Ribeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2013.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

- STRECK, Lenio Luiz. **A Katachanga e o bullying interpretativo no Brasil**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>>. Acesso em: 22 jul 2015.
- _____. **Conhecimento *fast food*, Homer Simpson e o Direito**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-24/senso-incomum-conhecimento-fast-food-homer-simpson-direito>>. Acesso em: 22 jul 2015.
- _____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- _____. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.
- _____. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- _____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- _____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- _____. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009.
- TRINDADE, André Karam. O Supremo Tribunal Federal e o Pêndulo de Foucault. In: TRINDADE, André Karam; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira (Orgs.). **Direitos Fundamentais e Espaço Público II**. Passo Fundo: IMED, 2011, v. 2, pp. 127-142.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- WARAT, Luis Alberto; CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **Ensino e saber jurídico**. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977.
- _____. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.
- _____. O monastério dos sábios: o sentido comum teórico dos juristas. In: WARAT, Luis Alberto. **A epistemologia da modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

Fausto Santos de Moraes

Doutor em Direito Público (UNISINOS), docente do PPGD da Faculdade Meridional. Pesquisador com apoio da Fundação Meridional. Advogado.
faustosmoraes@gmail.com

José Paulo Schneider dos Santos

Pós-graduando em direito penal e processo penal pela Faculdade IDC de Porto Alegre/RTS. Graduado em direito pela faculdade Meridional de Passo Fundo/RS. Pesquisador científico FAPERGS (2012/2015).
josepauloschneider@yahoo.com.br.