

DIREITOS FUNDAMENTAIS: ORIGEM, EVOLUÇÃO, PRECURSORES DOUTRINÁRIOS E SEU PERFIL GERAL

FUNDAMENTAL RIGHTS: ORIGIN, EVOLUTION, PRECURSORS DOCTRINAL AND GENERAL PROFILE

Ronaldo Chadid

Doutorando em Direito na FADISP.

Mestre em Direito pela Universidade de Franca.

Conselheiro e Vice-Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul.

Submissão em 13.04.2015

Aprovação em 21.09.2015

Resumo: Os direitos fundamentais têm sua origem anterior ao seu reconhecimento por parte do Estado. O chamado mito da pré-estatalidade cronológica e axiológica dos direitos fundamentais encontra-se caracterizada nos atos das Declarações de Direitos na França e Estados Unidos, confirmando apenas o que se considerava como direitos naturais, inalienáveis e sagrados. Até se chegar à condição de “fundamental”, foi um longo percurso histórico, que será o objeto da presente pesquisa. Justifica-se o estudo na perspectiva de que as premissas históricas fornecem o referencial necessário para que os direitos conquistados sejam de fato protegidos, mantendo-se nas fórmulas solenes dos Estados que os reconhecem, a afirmação de sua concretude. Isso significa que não estamos no começo ou no fim de um processo, mas no meio de uma travessia no desenvolvimento dos direitos fundamentais que apresentam hoje um perfil geral de formulação normativa aberta, e por não serem estáticos, imutáveis ou absolutos, permitem que sejam aplicadas a técnica da ponderação, cujos paradigmas referenciais orientam os sistemas jurídicos dos Estados, tendo como destinatários tanto os Estados como os cidadãos.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Histórico; Perfil Geral.

Abstract: *Fundamental rights have their origin prior to its recognition by the state . The so-called myth of chronological and axiological pre- statehood of fundamental rights is characterized in the acts of the Declarations of Rights in France and the United States , confirming only what is considered as natural , inalienable rights , and sacred . Until reaching the condition of “fundamental “ was a long historical path, which will be the object of this research. Justified the study from the perspective of the historical premises provide the necessary framework to ensure that rights are protected conquered fact, keeping the solemn formulas of states that recognize the assertion of its concreteness. This means*

that we are not at the beginning or end of a process, but in the middle of a crossing in the development of fundamental rights we now present a general profile of open rules formulation, and are not static, immutable or absolute, allow them to be applied the weighting technique, which reference paradigms guide the legal systems of States, having addressed both the State.

Keywords: *Fundamental Rights; History; General Profile.*

Sumário: Introdução. 1. A justificativa filosófica da evolução histórica dos direitos fundamentais. 2. O conceito, a construção pré-estatal e a influência das diversas formas de conhecimento. 3. A origem dos direitos fundamentais. 3.1 Até a Idade Antiga. 3.2 Na Idade Média. 3.3 Na Idade Moderna. 3.5 Na Idade Contemporânea. 3.6. No século XX: a era das Constituições. 4. Perfil Geral. Conclusão. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A concepção de certos direitos como fundamentais não surgiu num determinado instante da história. Ela é fruto de uma longa, sacrificada e dolorosa conquista da humanidade. O conhecimento desse processo histórico exige um esforço em busca das raízes de seu nascimento, de sua aceitação pela sociedade, de sua discussão doutrinária e de seu posterior reconhecimento pelo Estado.

Ao longo do tempo alguns direitos foram envolvidos por uma condição de “essencialidade”, muito embora não haja uniformidade sobre seu alcance e limite em todos os países. Nesse ponto é que se torna importante a compreensão de como os direitos fundamentais evoluíram.

Como preleciona a jurista Melina Girardi Fachin: “olhar para o passado, compreender o presente e projetar o futuro”². Este artigo procura cuidar da primeira parte dessa afirmação: *olhar para o passado*. E tentar desvendar os caminhos e acontecimentos que proporcionaram certos direitos serem cobertos pelo “manto da fundamentalidade” e envolvidos numa condição especial: a de se tornarem, dentre tantos outros direitos, fundamentais.

Para tanto, servimo-nos das observações doutrinárias, seja do campo filosófico, sociológico ou jurídico, trazendo os ensinamentos críticos que possibilitam apreender as situações históricas, desde os fatos anteriores à Antiguidade até o século XX, onde finalmente pode-se dizer que os direitos fundamentais tomaram “forma”, a ponto de não mais serem negados por nação nenhuma, embora disso-

² FACHIN, Melina Girardi. Direito humano ao desenvolvimento e justiça de transição. In: Piovesan, Flávia; Soares, Inês Virgínia Prado. **Direitos humanos atual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p.128.

nantes em sua interpretação e aplicação. Objetiva-se, por fim, traçar o perfil dos direitos fundamentais, de forma que se possa caracteriza-los sob seus aspectos gerais, ante a impossibilidade de reger-los uniformemente.

1. A JUSTIFICATIVA FILOSÓFICA DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Jean-Jacques Rousseau, em seu *Discurso: sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, faz em seu prefácio a seguinte indagação:

Considero, igualmente, o assunto deste discurso como uma das questões mais interessantes que a filosofia possa propor, e, desgraçadamente para nós, como uma das mais espinhosas que os filósofos possam resolver: com efeito, como conhecer a fonte da desigualdade entre os homens, se não se começar por conhecer os próprios homens?³

Ao mesmo tempo em que a pergunta paira no ar, como se aguardando uma resposta definitiva e rápida, uma vez que direcionada para si mesmo - o homem, verifica Rousseau, sobre o avanço da civilização que:

O que há de mais cruel ainda é que, como todos os progressos da espécie humana a afastam sem cessar de seu estado primitivo, quanto mais acumulamos novos conhecimentos, tanto mais nos privamos dos meios de adquirir o mais importante de todos, o qual consiste, num certo sentido, em que à força de estudar o homem é que nos tornamos incapazes de o conhecer.

Não conhecer o *homem*, ou a pessoa humana neste caso, não significa desconhecê-lo completamente, e sim, não conseguir definir um limite, um alcance, em função do universo interpretativo que o homem faz de si mesmo sob diversos aspectos de sua própria existência: biológicos, religiosos, sociais, morais, intelectuais, políticos, filosóficos, éticos, legais dentre tantas outras formas de inseri-lo como objeto do conhecimento.

Conhecer a origem da desigualdade entre os homens é na essência, tratar da igualdade que se quer revelar nos direitos fundamentais. Assim, identificar as raízes dos direitos fundamentais e sua evolução permitem que nos aproximemos, no nosso sentir, de respostas de *como se desenvolveram?*, e em segundo, *do por quê dos Direitos Fundamentais?*⁴. Esta também foi uma das vertentes do pensamento de Rousseau⁵.

³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso:** sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. C|/site/livros_gratis/origem_desigualdades.htm (8 of 64) [11/10/2001 19:05:32], p. 9.

⁴ GARCIA, Marcos Leite. O processo de formação do ideal dos Direitos Fundamentais: alguns aspectos destacados da gênese do conceito. p. 5.

⁵ Jean-Jacques Rousseau em seu *Discurso* afirma que: “o estudo do homem original, de suas verdadeiras

Como afirma Bobbio, “os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – [...] – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências”⁶, pelo que, a busca dos motivos e desígnios da alma (religião), da mente (razão e filosofia) e do pensamento (ciência) é que determinaram os vários estágios de reflexões, aceitações, descrenças e legitimações dos direitos fundamentais.

2. O CONCEITO, A CONSTRUÇÃO PRÉ-ESTATAL E A INFLUÊNCIA DAS DIVERSAS FORMAS DE CONHECIMENTO

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins trazem a seguinte definição de direitos fundamentais: “são direitos públicos-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”⁷

Sustenta-se ao longo da história, que os direitos fundamentais seriam anteriores ao seu reconhecimento por parte do Estado, e que este teria a obrigação de assim fazê-lo pois esses direitos, como a liberdade e a igualdade dos indivíduos seriam não só “direitos naturais” mas também uma condição *sine qua non* de legitimação da criação do Estado.

O mito da pré-estatalidade cronológica e axiológica dos direitos fundamentais está caracterizada nos atos das Declarações de Direitos na França e Estados Unidos, que os considerava como direitos naturais, inalienáveis, e sagrados, tendo sido proclamados como reconhecimento do que já existia⁸.

Pieroth e Schlink, tratavam da questão da pré-estatalidade sob duas vertentes: uma ligada às tradições norte-americanas e francesas do direito natural pré-estatal e outro da tradição germânica onde os direitos fundamentais só cabem aos indivíduos, depois de serem membros do Estado, pelo fato do ser humano não poder viver sem o Estado e a sociedade, o que indicou que os direitos naturais poderiam levar ao totalitarismo racial, tal como ocorrido entre 1933 a 1945 no terceiro *Reich* alemão⁹.

necessidades e dos princípios fundamentais dos seus deveres, é ainda o único bom meio que pode ser empregado para levantar essas multidões de dificuldades que se apresentam sobre a origem da desigualdade moral, sobre os verdadeiros fundamentos do corpo político, sobre os direitos recíprocos dos seus membros e sobre mil outras questões semelhantes, tão importantes quanto mal esclarecidas.” p. 9.

⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 6.

⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 49.

⁸ Idem, p. 52.

⁹ Cfe. explicam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins. Idem, p. 52-53.

No entanto, embora o direito advindo do poder estatal tenha uma força normativa indiscutível, por vezes, ao longo da história, até nos dias atuais, vemos direitos fundamentais sendo reconhecidos de maneira diferente em diversos países. No Brasil, seria impensável a permissão do aborto para mulheres que engravidassem pela segunda vez, ao contrário da China onde tal prática é permitida e legalizada.

E por vezes, registramos os direitos fundamentais sendo reconhecidos por normas não advindas do poder do Estado, mas por meio da religião ou dos costumes, como no direito de abortar em caso de estupro em contraposição aos fundamentos religiosos que não permitem fazê-lo em hipótese alguma.

3. A ORIGEM E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 ATÉ A IDADE ANTIGA

Na Antiguidade, passando pela Idade Média e Moderna, até chegar aos dias atuais temos o registro de diversas formas de proteção a direitos que hodiernamente são considerados como fundamentais.

É claro que, o reconhecimento como fundamental, como um direito imanente à pessoa humana não foi assim idealizado pelos antigos. Podemos dizer que houve o estabelecimento de comportamentos humanos que decorriam do maior interesse por partes dos indivíduos envolvidos, tanto nas questões entre particulares, quanto nas questões entre os particulares e o Estado (por vezes sob o jugo também do Poder Temporal).

É assim que, na história dos direitos fundamentais, reconhecemos suas raízes na passagem do estado primitivo para um estado em que surge, ao mesmo tempo, o “interesse” ou o “conflito de interesses” advindo das vontades mais elementares do ser humano (por comida e abrigo) em seus primórdios.

Nos início da espécie humana, quando de um estado absolutamente primitivo, os homens começaram a se apreciar mutuamente, é que a ideia da consideração se formou em seu espírito, e cada um pretendeu ter direito a ela, não sendo mais possível daí em diante, faltar com ela impunemente a ninguém. Surgiram os primeiros deveres de civilidade, mesmo entre os selvagens, e então, toda falta voluntária tornou-se um ultraje, porque, com o mal que resultava da injúria, o ofendido via nela também o desprezo à sua pessoa, muitas vezes mais insuportável do que o próprio mal¹⁰.

¹⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso:** sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. C|/site/livros_gratis/origem_desigualdades.htm (8 of 64) [11/10/2001 19:05:32], p. 15.

É esse processo de transformação da racionalização da mente humana que forma a concepção de interesse e que vai se amoldando em conjunto com a forçosa necessidade de convivência comunitária, que induziu, de maneira natural, que cada um respeitasse o espaço e a vontade alheios para formação possível de uma sociedade baseada na ajuda mútua e ao mesmo tempo na tolerância para com o próximo. A partir daí, tão antigo quanto o nascer da sociedade, surge a luta pelo direito (“do que é meu e do que é seu” em princípio) como limitador das possibilidades que cada um tinha em relação ao outro.

O homem primitivo, que pensava sua existência apenas em termos de sobrevivência, em busca de alimento e da proteção (contra as intempéries, contra outros animais) passou a perceber que determinados territórios eram mais favoráveis e permitiam sua fixação por períodos mais longos, diminuindo seu desgaste físico. É o princípio da formação da posse e de sua natural defesa por aqueles que tinham interesse em mantê-la com certa exclusividade.

Consustancia-se a formação de regras de convivência que, ao longo do tempo vão sendo transformadas em costumes. Com o desenvolvimento da escrita e da concepção do poder e da hierarquia as regras definidas pelos indivíduos “superiores” como aplicáveis a uma sociedade passam a ser obrigatórias; muitas delas eternizadas em blocos de pedra (como o Código de Hamurabi e a Pedra de Roseta).

No antigo Egito e na Mesopotâmia, consubstanciados no Código de Hamurabi (1690 a.C.), considerada a primeira unificação de um corpo de leis de concepção racional e humana¹¹, tivemos os primeiros fragmentos de mecanismos de proteção individual onde encontravam-se presentes direitos como a vida, propriedade e dignidade¹² destinadas a três classes sociais distintas, o que, em contrapartida permitiam a aplicação de desigualdades e as penas de morte, cruéis ou mutilatórias¹³.

No período axial, compreendido pelos séculos VIII a II a.C., Fábio Konder Comparato identifica com o surgimento do monoteísmo outros fragmentos da origem aos Direitos Fundamentais. Nasce a filosofia, em contraposição ao saber puramente mitológico que procura superar a tradição pelo saber lógico da razão¹⁴.

¹¹ PRADO, Antônio Orlando de Almeida (org.). **Código de Hamurabi, Lei das XII Tábuas, Manual dos Inquisidores, Lei do Talião**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 9.

¹² Idem, p. 20; 40:

Art. 36. O campo, o horto e a casa de um oficial, gregário ou vassalo não podem ser vendidos.

Art. 185. Se alguém dá seu nome a uma criança e a cria como filho, este adotado não poderá mais ser reclamado.

¹³ Idem, p. 41; 40:

Art. Se alguém comete roubo e é preso, ele é morto.

Art. 196. Se alguém arranca o olho a um outro, se lhe deverá arrancar o olho.

¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 21.

Dentre os doutrinadores, sem que cada um conhecesse a existência e o pensamento do outro, tivemos como destaques: Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Lao-Tsé e Confúcio na China, Pitágoras, Sócrates, Aristóteles e Platão na Grécia, além dos personagens que iriam povoar a Bíblia, como os profetas Israel e Isaías.

Surge a democracia em sincronia com a tragédia grega que indagava sobre *qual deveria ser, doravante, o critério supremo das ações humanas?*

Através da tragédia grega, o homem passa a ser objeto de reflexão, e estabelecem-se os primeiros princípios e diretrizes fundamentais de vida. Nas palavras de Comparato:

É a partir do período axial que o ser humano passa a ser considerado, pela primeira vez na História, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes.¹⁵

Dentro do período axial, observamos no século IV e V a. C., no auge das conquistas gregas, e em destaque, nas de Atenas sobre os persas, que houve o triunfo político e a consolidação da democracia (ocorrendo um sentimento que sempre acontece quando o povo sente, de repente, sua força). Assim, no campo pessoal da democracia ateniense, assimilou-se a compreensão de que a conquista do povo se daria através da persuasão, da oratória, da eloquência e da retórica, passando esses métodos a serem importantes no processo de manutenção do poder.

Através do pensamento dos sofistas, sendo o maior de seus nomes, Protágoras, ensinavam e preparavam as pessoas para debater e ganhar uma causa, não se importando com a verdade, e sim com o argumento. Para os sofistas, toda afirmação tem dois lados e ambos podem ser válidos. Portanto, reconhece-se a crença na subjetividade, consubstanciada na célebre frase: “o homem é a medida de todas as coisas”, ou seja, o homem, mantendo um ponto de vista ou opinião, é que dá a medida de seu valor. Esse relativismo que coloca o homem em seu centro, retirando a religião como argumento filosófico, levou Protágoras a rejeitar a existência de uma verdade, justiça ou virtude absolutas. Assim, até mesmo a ética e os valores morais eram relativos e dependiam de como os homens (ou a sociedade) julgavam o certo e o errado. Embora com pensamentos opostos a Sócrates e Platão, que consideravam os sofistas apenas como retóricos, com Protágoras a

¹⁵ Idem. p. 23-24.

ética avançou significativamente rumo à visão de que nada existe de absoluto e que todos os julgamentos são subjetivos, inclusive os morais.¹⁶

Com os estoicos, a noção de lei não escrita (divina), em contraposição à lei escrita, é reconhecida pelo consenso universal, e não apenas como a lei própria de cada povo. Tais leis possuem um fundamento moral e, como justificativa para sua vigência, começa a ser ressaltado o pensamento religioso, bem como a ideia de direito natural.

Sócrates (469 a 399 a.C) que é considerado um divisor de águas na filosofia, haja vista a história considera-lo um de seus marcos – Sócrates e os pré-socráticos - tinha como preocupação central a investigação sobre a verdade.

Diferenciava Sócrates dos pré-socráticos pois estes procuravam explicar os fenômenos da natureza e, aquele, inicia uma nova tradição filosófica baseada em aspectos mais humanos – *nomos* – que procurava a compreensão da problemática humana (de onde viemos, o conhecimento, a verdade, a sabedoria).

Seus questionamentos sobre as crenças mais estimadas e sobre as próprias pessoas crentes, renderam-lhe muitos inimigos. Começou a envolver as pessoas de Atenas em debates sobre tópicos com a natureza do amor, da justiça e da liberdade, o que acabou culminando com sua morte por questionar a moralidade ateniense¹⁷.

Platão (427 a 347 a.C.), discípulo de Sócrates, buscava definições de valores morais abstratos, como justiça e virtude, bem como refutava a noção de Protágoras de que certo e errado seriam termos relativos.

Platão usa a teoria da caverna para explicar como o conhecimento sobre o mundo é limitado a sombras da realidade, e a tese de um mundo de forma ou ideias perfeitas. Ele diz que, o que nossos sentidos apreendem no mundo material não passam de imagens na parede de uma caverna produzidas pela sombras de um objeto que se encontra entre a parede e uma chama¹⁸.

Essa crença é a base da teoria das formas onde para cada coisa na terra que temos o poder de apreender com nossos sentidos há uma correspondente “forma” (ou ideia), uma eterna e perfeita realidade daquela coisa, no mundo das ideias. Assim, por exemplo, todo cavalo encontrado no mundo é uma versão menor de um cavalo “ideal”, ou perfeito, que existe no mundo de formas ou ideias, um reino que os humanos só podem acessar por meio da razão¹⁹.

¹⁶BUCKINGHAM, Will et all (ZIEGELMAIER, Rosemarie (trad.) O livro da filosofia. São Paulo: Globo, 2011. p. 42-43.

¹⁷Idem. p. 45-46.

¹⁸Idem, p. 52.

¹⁹Idem, p. 54.

Mais tarde, Santo Agostinho utiliza o pensamento de Platão, inserindo como centro do mundo das ideias, Deus.

Aristóteles (384 a 322 a.C.) estudou na Academia fundada por Platão, e tornou-se seu discípulo. Como não foi escolhido seu sucessor, deixou Atenas e com essa ruptura, deu oportunidade para satisfazer sua paixão pelo estudo da vida selvagem, talvez pelo seu pai ter sido médico, os interesses se voltaram para o que hoje chamamos de ciências biológicas, ao contrário de Platão, cuja formação foi eminentemente matemática.

Em Jônia, foi designado preceptor na corte macedônica onde instruiu o jovem Alexandre, o Grande (Alexandre Magno ou Alexandre III). Em 335 a.C. voltou para Atenas, onde encorajado por Alexandre fundou o Liceu, escola rival à Academia de Platão.

Aristóteles propõe uma mudança na teoria de Platão. Ele contava com os sentidos na busca da evidência para apoiar suas teorias. Ao estudar o mundo natural aprendeu que, observar as características de cada exemplo de planta ou animal específico, podia-se construir um retrato completo sobre o que o distinguia de outras plantas ou animais. Esses estudos confirmam para Aristóteles que não nascemos com a capacidade inata para reconhecer formas, como defendia Platão.

Portanto, a partir de nossa experiência do mundo, aprendemos quais as características compartilhadas que tornam as coisas aquilo que elas são. E a única maneira de experimentar o mundo, segundo o filósofo, é por meio dos sentidos.

No entanto, embora não nascêssemos com a capacidade inata para reconhecer formas que dependeria do sentido, Aristóteles reconhecia que o que é inato no ser humano é o poder da razão que não necessita dos sentidos, sendo esta uma característica que nos distingue de todas as outras criaturas vivas, colocando-nos no topo da hierarquia.

Assim, a “forma” de uma criatura não se limita a características físicas, mas inclui questões de como essa criatura faz e como ela se comporta, o que culmina em questões éticas.

Aristóteles preocupou-se com a questão teleológica (finalística) das coisas, inclusive da ética. Para ele, conhecer a finalidade de algo é saber o que é uma versão boa ou má de algo; o olho bom, por exemplo, enxerga bem.

No caso de uma vida de “bem”, é portanto, uma vida na qual cumprimos nosso objetivo ou usamos ao máximo todas as características que nos tornam humanos. Uma pessoa pode ser considerada virtuosa ou de “bem” se usa as ca-

racterísticas com as quais nasceu na busca da virtude, que seria na forma mais elevada para Aristóteles, a sabedoria²⁰.

Essas ideias são importantes, uma vez que vão permear o pensamento de Santo Tomás de Aquino, mais de 1400 anos depois.

A partir de 380 d.C. com a adoção do cristianismo pelo Império Romano como religião oficial ocorre uma ruptura da concepção divina com a quebra da unidade de um Deus como modelo de pessoa para o dogma da Santíssima Trindade (mas com uma única substância) e que concretiza a figura de Jesus como modelo do mundo ético de pessoa, e tendo, de fato existido na vida terrena, tornou os homens mais acessíveis à sua imitação.²¹

Assim, considerado todos os homens irmãos enquanto filhos de Deus, tornou-se um dos fundamentos para a construção de uma base de proteção aos direitos de igualdade, apesar das diferenças individuais e grupais. Para explicação de tal fenômeno, adotou-se a teoria do estado natural, onde os homens são livres, seus direitos são iguais e existem por sua própria natureza. O Direito Natural é encarado como anterior e superior ao Estado e, por isso, nem o Estado, nem o próprio homem, podem subtraí-lo.

No entanto, esse estado natural é encarado pela sua vertente divina, Deus, por influência direta da Igreja Católica. A teologia torna-se rapidamente no saber supremo e a maioria dos filósofos constituem-se de teólogos que consideravam a matéria como expressão da vontade de Deus.

O ser humano, mesmo considerado único, é limitado em sua autonomia. Parte dos teólogos desprezava a filosofia grega afirmando que poderiam ser influenciadores de heresias, e parte defendia a sua utilização a serviço da Igreja Católica. É preciso lembrar que, ao longo do século V o Império Romano passa a sofrer ataques dos povos bárbaros.

3.2. NA IDADE MÉDIA

Em 395 d.C o Império Romano foi dividido em, do Oriente e do Ocidente. Em 476 d.C todo Império Romano do Ocidente ruiu e o Império Romano do Oriente perdurou até 1453, ano em que os turcos tomaram Constantinopla, capital desse Império.

²⁰ GADAMER, Hans-Georg. **A ideia do Bem entre Platão e Aristóteles**. (tradução de Tito Lívio Cruz Romão) São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 56.

²¹ BUCKINGHAM, Will et alli (ZIEGELMAIER, Rosemarie (trad.) **O livro da filosofia**. São Paulo: Globo, 2011. p. 30.

A economia da Idade Média é marcada pelo feudalismo. A Igreja Católica mesmo com a queda do Império Romano do Ocidente manteve-se poderosa, influente e dona de 1/3 das áreas cultiváveis da Europa, época em que a propriedade imóvel era a base da riqueza medieval.

Nos primeiros períodos da Idade Média, a Patrística, torna-se uma escola filosófica que representa o esforço da Igreja para incorporar a filosofia grega ao catolicismo, utilizando-a ao seu serviço²². É o caso do nome mais expressivo desse período, Santo Agostinho (354 a 430 a.C.), que influenciado pela filosofia de Platão foi o arquiteto intelectual da Igreja Católica. Estudou retórica e aderiu ao maniqueísmo, a luta pelo bem e o mal. Defendeu a supremacia da alma (espírito) sobre o corpo (matéria).

Para ele, a alma teria sido criada por Deus para reinar sobre o corpo e dirigi-lo à prática do bem. O homem pecador, entretanto, utilizando-se do livre arbítrio costuma inverter essa relação, fazendo o corpo assumir o governo da alma. Provoca assim, a submissão do espírito à matéria, equivalente à subordinação do eterno ao transitório. Mas a verdadeira liberdade estaria na harmonia das relações humanas com a vontade de Deus.

A ideia de liberdade tem uma concepção espiritual. Ser livre é servir a Deus pois o prazer de pecar seria a escravidão. A liberdade humana seria própria da vontade (de Deus) e não da razão e aí estaria a fonte do pecado. Entre a razão e a fé, portanto, é na fé que se encontraria a verdade. E ela nos faria crer e obedecer em coisas que não entendemos em nome e por vontade de Deus.

Bobbio identifica a segunda fase dos Direitos Fundamentais a partir do momento que os mesmos passam a ser positivados pelos Estados. Ainda que os ideais de democracia e controle dos órgãos políticos, iniciados em Atenas e na República Romana respectivamente, tenham desaparecido com o surgimento do feudalismo, a afirmação positivada dos Direitos Fundamentais inicia-se ainda na Idade Média.

Neste período, conforme leciona Comparato, foram reduzidos os poderes políticos e praticamente extintos os econômicos. Entretanto, na Baixa Idade Média, os reis passaram a reivindicar seus poderes, juntamente com o papa. Contra os abusos dessa reconcentração do poder surgiram as primeiras manifestações. Por conseguinte, no ano de 1215 o Rei João da Inglaterra, o João Sem-Terra, assinou a Magna Carta, como forma de fazer cessar os inúmeros conflitos que possuía frente aos barões feudais e ao papado²³.

²² MORESCHINI, Claudio. **Historia da filosofia patrística**. São Paulo: Loyola, 2008. p. 82.

²³ COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 57.

A Magna Carta não se constituiu essencialmente em uma declaração de direitos, pois se tratava de uma Carta que tão-somente concedia privilégios para os senhores feudais. Entretanto, sua importância para o estudo dos Direitos Fundamentais consiste no fato de que foi o primeiro vestígio de limitação do poder soberano do monarca. Pela primeira vez na história medieval, o rei se acha limitado pelas leis que ele próprio editava.

Além disso, a Magna Carta possuía cláusulas prevendo as liberdades eclesásticas, apontando para uma futura separação institucional entre Igreja e Estado. Previa também limitações ao poder de tributar, que se achava restrito ao consentimento dos contribuintes, além de lançar as bases do tribunal do júri e o princípio do paralelismo entre delitos e penas, dentre outros Direitos Fundamentais ainda hoje consagrados, como o *habeas corpus* e o devido processo legal²⁴.

A Escolástica, movimento do século IX a XVI, desenvolveu-se sob os auspícios do Imperador Carlos Magno, que organizou o ensino baseado nas escolas católicas.

Também se preocupava com a fé a razão e com sua harmonização, e tem como principal nome Santo Tomás de Aquino (1225 a 1274 d.C). Este defende que, se é correto que a verdade cristã ultrapassa as capacidades da razão, nem por isso os princípios inatos da razão poderiam estar em contradição com esta verdade sobrenatural.

Aquino utilizou Aristóteles para servir de base de sua filosofia que procurava elementos racionais para a fé. Reforça-se o conceito de lei natural que seria um dos modos pelos quais Deus instrui os homens para alcançarem o bem.

Aquino procura aproximar a Moral do Direito ao defender que a mesma lei natural que deve repercutir na lei humana é a responsável por prescrever as ações esperadas do homem virtuoso.²⁵

Na idade média, portanto, essa fusão de ideias filosóficas com o cristianismo concedeu rumos mais definidos ao jusnaturalismo, principalmente através de Santo Agostinho com seu dualismo platônico entre justiça humana (*lex temporalis*) e justiça divina (*lex aeterna*) e Santo Tomás de Aquino com a divisão das leis em quatro espécies: a lei eterna, a lei natural, a lei humana e a lei divina, chegando à premissa de que todo Direito positivo deve se adequar às prescrições de sua fonte de inspiração, em – específico o direito natural e o direito divino.

²⁴ GARCIA, Bruna Pinotti; DE LAZARI, Rafael. **Manual de direitos humanos**. Salvador: Juspodium, 2014. p. 108.

²⁵ Idem, ibidem.

Portanto, tivemos um longo período onde os direitos fundamentais que reconhecemos hoje (liberdade, igualdade, propriedade, vida) eram explicados e defendidos sob o prisma de uma lei natural baseada na visão da Igreja. A verdadeira vida, liberdade, igualdade estavam na fé, submetendo a população a uma vida privada de prazeres, de liberdade física, de igualdade material pois estes não eram da vontade de Deus. Quanto à propriedade, sendo a terra a matéria vinda de vontade de Deus, e sendo a Igreja a sua representante, deveria ela conduzir e determinar o modo de sua utilização e não os homens.

3.3. NA IDADE MODERNA

Após essa fase tida como conservadora, um direito natural renovado se afastou daquelas origens teológicas buscando ares de autonomia. A ênfase a partir do século XV já não se resumia na origem divina, mas sim na natureza humana propriamente dita.

O holandês Hugo Grócio é citado com frequência como um dos maiores precursores dessa mutação de pensamento com sua clássica *De iure belli ac pacis* (1625). Começa a surgir o conceito universal de direitos humanos como base na igualdade essencial da pessoa.

No entanto, essas ideias libertadoras e que conferiam maior igualdade não eram bem aceitas entre os monarcas. Nesse período (séculos XVI a XVIII), os monarcas agiam de forma autocrática, transformando o povo numa massa e negando-lhes a liberdade no máximo possível, o que permitia o controle pleno do soberano ainda que pelo terror. Nicolau Maquiavel (1469 a 1527 d.C.) defendia que o soberano poderia fazer tudo, inclusive a conquista pela força e a renovação de leis antigas, uma vez que “os fins justificariam os meios”, deixando o direito de ter requisitos mínimos de conteúdo.

Após Maquiavel, também se destaca Thomas Hobbes (1588 a 1679 d.C.) o primeiro dos três contratualistas (os outros mais importantes foram John Locke e Jean-Jacques Rousseau). Os contratualistas defendiam a existência de um pacto social entre o Estado e o indivíduo para se manter a paz. Para Hobbes, que era absolutista, esse contrato ocorre a partir e a favor do Estado. Para ele o homem viveria um estado natural de selvageria onde o “homem seria o lobo do homem”. Nesse estado não haveria progresso, paz e segurança. Assim, os homens decidindo organizar-se fazem um contrato com o soberano que passa a ser o responsável pela ordem, desenvolvimento e proteção dos indivíduos, assegurando que os homens não retornem ao estado de selvageria. E uma vez que o contrato é firmado o soberano não admite mais qualquer

tipo de revolução ou contestações sobre suas decisões, mitigando as liberdades dos súditos.

John Locke (1632 a 1704 d.C.) também defende as ideias contratualistas, ou seja, a existência entre um contrato para manutenção da ordem e da paz. Porém Locke era liberal. Ele reconhece a importância do Estado, mas entende que o poder do soberano não deve ser absoluto, ao contrário de Hobbes. Em não sendo absoluto, quem limitaria esse poder? O Parlamento.

Locke também admite que o homem vive um estado natural, ou seja, por si mesmos e desprovidos de progresso e segurança. Assim, no estado natural não haveria instituição que protegesse a eles ou à propriedade privada. Assim é que os homens decidem ter um protetor onde se estabelece um contrato entre o Estado e os homens. O Estado seria um mediador de conflitos, garantindo o desenvolvimento e as regulações, mas permitindo que os indivíduos (no caso a burguesia) vivessem livremente, podendo possuir sua propriedade privada sem intervenção do Estado e praticar o comércio e promover a concorrência. A responsabilidade do Estado não seria de intervir sempre, mas quando os interesses da burguesia sofressem algum tipo de ameaça.

No século XVII também, se vê a vitória da descoberta racional e científica sobre o dogma cristão e o nascimento do racionalismo e do empirismo, baseados respectivamente pelos pensamentos de Platão e Aristóteles.

Ainda segundo Comparato, após um período de constantes revoltas contra a dinastia que lá reinava com inabalável apelo à religião católica, a nobreza conseguiu destronar o rei Jaime II, declarando o trono vago. A coroa foi então oferecida ao príncipe Guilherme de Orange, que a assumiu após aceitar uma declaração de direitos votada pelo Parlamento, a *Bill of Rights* (1689)²⁶.

Com ela extingue-se o regime de monarquia absoluta, retornando-se à ideia de governo representativo através dos poderes atribuídos ao Parlamento, o qual possuía garantias especiais de modo a preservar sua liberdade diante do chefe de Estado, gerando já uma noção de separação de poderes. Ainda que não fosse uma declaração de direitos humanos, no entender de Comparato:

O Bill of Rights criava, com a divisão de poderes, aquilo que a doutrina constitucionalista alemã do século XX viria denominar, sugestivamente, uma *garantia institucional*, isto é, uma forma de organização do Estado cuja função [...] é proteger os Direitos Fundamentais da pessoa humana²⁷.

²⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 61-62.

²⁷ Idem. p. 124.

Merece destaque pouco depois do *Bill of Rights* as ideias contratualistas de Jean-Jacques Rousseau (1712 a 1778 d.C.). Para ele os homens nascem bons e livres, mas encontram-se acorrentados por todos os lados. O ideal de sociedade seria aquela idealizada pelo romantismo alemão onde não há disputas, propriedade e bens, onde os homens produzem seu próprio sustento, onde não há desigualdade. A sociedade teria surgido também de um contrato, mas nasceria viciada e injusta, pois haveria desigualdades sociais e um conflito entre ricos e pobres. Há, portanto, uma crítica a uma sociedade que existiria para trazer riqueza, mas que, na realidade seria injusta na medida em que traria o domínio da sociedade por uma minoria. E a responsável pela desigualdade, segundo Rousseau seria a existência da propriedade.

A solução seria a realização de um novo contrato social com novas bases, o que influenciou os burgueses e os acontecimentos que antecederam à Revolução Francesa. Nesse novo pacto, o poder pertenceria ao povo onde o governo seria eleito pelo povo e serviria para atender à vontade geral. Nesse contrato a vontade teria que ser aceita por todos e não somente por uma minoria.

Immanuel Kant (1724 a 1804 d.C.) lança as bases de seu pensamento através de suas obras *Crítica da Razão Pura* (1781), *Crítica da Razão Prática* (1788) e *Crítica da faculdade do juízo* (1790). Sem adentrar na teoria do conhecimento kantiano, o que nos interessa nesse momento é a *Ética kantiana*.

Os imperativos categóricos de Kant refletem a ética do dever. A ética para Kant é superior a moral ou seja, entre o dever e a felicidade deve prevalecer o dever. Para ele, a busca da felicidade não deve ser perseguida porque ela é passageira. O que deve ser almejado é o “agir de tal forma que sua ação seja considerada como norma universal”, ou seja em prol do bem comum. De igual forma, outro imperativo categórico seria “tomar a humanidade como fim e não como meio”. Isto significa não usar as pessoas para atingir a riqueza e a felicidade, como meio para obter algo. Assim, tomar a humanidade como fim em si mesmo é trazer a noção de respeito, de ética, pelo que elas são.

Kant, embora precursor da Revolução Francesa, tinha um entendimento pacifista. Em sua obra *À Paz Perpétua* de 1795 ele trata de um direito cosmopolítico, onde aceita a possibilidade de defesa daquele que se encontra em seus domínios. Porém, defende o desarmamento gradual das nações, a constituição dos Estados pela forma republicana onde o relacionamento entre as pessoas está na construção dos direitos de cada um, de modo a garantir as condições para uma hospitalidade universal. Ou seja, é o argumento de Kant de que a razão tem o poder para instituir a paz, desde que haja o comprometimento de todos. Após a Segunda Guerra Mundial, claramente o pensamento kantiano é renovado na tentativa de se estabelecer os direitos humanos de maneira global.

3.4. NA IDADE CONTEMPORÂNEA

Pois bem, retomando os fatos do século XVIII, antes da eclosão da Revolução Francesa, tivemos o movimento de Independência das colônias dos Estados Unidos da América do Norte.

Ocorreu a Declaração de Virgínia de 1776, que segundo Comparato, foi o “registro de nascimento dos direitos humanos na História.” Isto porque anteviu uma gama de Direitos reiterados posteriormente na Declaração da Independência, a qual é considerada como “uma declaração à humanidade”, que deu início a uma nova legitimidade política: a soberania popular²⁸.

Foi também o primeiro documento a reconhecer a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente de sexo, raça, religião, cultura ou posição social.

A Declaração dos Estados Unidos, entretanto, teve um caráter fechado ou, melhor dizendo, preocupou-se tão somente “em firmar a sua independência e estabelecer seu próprio regime político do que levar a ideia de liberdade a outros povos.”

Diante disso, com a positivação dos direitos em Declarações dos Estados, Bobbio entende que os Direitos Humanos ganham em concretividade, mas perdem em universalidade, pois só teriam validade no âmbito do Estado que os reconhece²⁹.

Bobbio cita como exemplo, além das Declarações acima estudadas, a Declaração de Direitos da Revolução Francesa. Entretanto, ao contrário da Declaração de Independência dos Estados Unidos, a Revolução Francesa pretendeu anunciar-se para todos os povos e todos os tempos³⁰. Nesse sentido, na Assembleia Nacional Francesa sobre a redação da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, Duquesnoy, citado por Comparato, explicou:

Uma declaração deve ser de todos os tempos e de todos os povos; as circunstâncias mudam, mas ela deve ser invariável em meio às revoluções. É preciso distinguir as leis e os direitos: as leis são análogas aos costumes, sofrem o influxo do caráter nacional; os direitos são sempre os mesmos³¹.

²⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 132.

²⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 20.

³⁰ Idem, *ibidem*.

³¹ COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 140.

Assim também pensa Bonavides, segundo o qual “a universalidade se manifestou pela vez primeira, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre declaração dos Direitos do Homem de 1789.”³²

No entendimento de Bonavides, as declarações anteriores, de ingleses e americanos ganhavam em concretude, entretanto dirigiam-se ou a um povo específico, ou a uma camada social privilegiada, enquanto a Declaração francesa tinha por destinatário o gênero humano.

Enquanto os norte-americanos mostraram-se mais interessados em firmar sua independência em relação à coroa britânica do que em estimular igual movimento em outras colônias europeias, os franceses consideraram-se investidos de uma missão universal de libertação dos povos. Além disso, os Estados Unidos deram ênfase às garantias judiciais dos Direitos Fundamentais, ao oposto dos franceses, que se limitaram quase que tão somente a declarar direitos, sem mencionar os instrumentos judiciais que os garantissem.

Não obstante, em princípio achava-se que a Declaração de 1789 não tinha caráter normativo, por não possuir a sanção do monarca, não passando de uma declaração de princípios. Posteriormente, entretanto, foi reconhecido que a competência decisória por ela exercida era proveniente da vontade da Nação, como Poder Constituinte, e que o rei não passava de poder constituído.

Não há dúvidas de que tal declaração, aliada aos ideais de Karl Marx (1818 a 1883 d.C.), influenciaram profundas transformações na Sociedade e, consequentemente, na forma de atuação dos Direitos Fundamentais.

Tem razão as observações de Lynn Hunt, quando afirma, em relação aos direitos humanos, que houve uma lacuna em sua história, da Revolução Francesa até a Declaração Universal das Nações Unidas de 1948. Porém, os direitos não desapareceram nem em pensamento, nem na ação, mas as discussões e os decretos ocorreram quase que exclusivamente dentro de estruturas nacionais específicas.³³

Assim é que, os Estados acabaram por reconhecer os diversos direitos humanos e incorporados nas suas respectivas Constituições como direitos fundamentais, cada um disciplinando seus vários tipos: direitos sobre a vida, limitação de aborto, sobre penas cruéis, liberdade religiosa, liberdade de pensamento, de igualdade das mulheres. Ganharam terreno nos séculos XIX e XX, porém é certo

³² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 562.

³³ HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. (tradução: Rosaura Eichenberg) p. 177.

que os debates sobre direitos naturais universalmente aplicáveis diminuíram. Os trabalhadores, por exemplo, ganharam direitos como trabalhadores britânicos, franceses, alemães ou americanos.

Entre 1789 a 1815, duas concepções diferentes de autoridade guerrearam entre si: os direitos do homem de um lado e a sociedade hierárquica tradicional do outro. Basta se ver que nesse período a escravidão encontrava-se ainda em plena utilização.

O nacionalismo assumiu posição de estrutura dominante para os direitos gradualmente depois de 1815, com a queda de Napoleão e o fim da era revolucionária.

O maior ponto de convergência, e ao mesmo tempo de desigualdade passou a ser a questão étnica.

Os nacionalistas interessados em garantir os direitos dentro das nações mostravam-se dispostos a rejeitar os direitos de outros grupos étnicos. Os alemães reunidos em Frankfurt clamaram por uma nova Constituição alemã, porém negaram qualquer autodeterminação aos dinamarqueses, poloneses ou tchecos dentro de suas fronteiras propostas. Os húngaros que pediam independência da Áustria ignoravam os interesses dos romenos, croatas e eslovenos, que constituíam mais da metade da população da Hungria.

A competição interétnica condenou ao fracasso as revoluções de 1848 na Alemanha, Itália e Hungria e com elas a ligação entre os direitos e a autodeterminação nacional. A unificação da Alemanha e da Itália foi obtida nas décadas de 1850 e 1860 por guerras e diplomacia, e a garantia dos direitos individuais não desempenhou papel nenhum. O nacionalismo tornou-se cada vez mais fechado e defensivo. A Europa se dividiu em nações-Estados de etnicidade e cultura relativamente homogêneas.

Nessa nova atmosfera protetora, o nacionalismo assumiu um caráter mais xenófobo e racista. Embora a xenofobia pudesse ter como alvo qualquer grupo estrangeiro (os chineses nos Estados Unidos, os italianos na França ou os poloneses na Alemanha) as últimas décadas do século XIX assistiram a um crescimento alarmante do antissemitismo. Os políticos de direita da Alemanha, na Áustria e na França usavam jornais, clubes políticos e os novos partidos políticos para atizar o ódio aos judeus como inimigos verdadeiros da nação. Na Alemanha, depois de duas décadas de propaganda antissemitista, o Partido Nacional Alemão fez dessa sua plataforma em 1892.

No entanto, o nacionalismo não foi o único movimento de massa a surgir no século XIX. Surge também o socialismo e o comunismo que se formaram numa

reação explícita dos direitos individuais, uma vez que, internamente, clamavam-se por direitos para as classes mais baixas para que tivessem igualdade social e econômica, atacando o liberalismo que não dava respostas a estas contradições.

3.5. NO SÉCULO XX: A ERA DAS CONSTITUIÇÕES

Os dois diplomas mais importantes trazidos pela doutrina no desenvolvimento dos direitos fundamentais consubstanciam-se na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919.

A Constituição Mexicana de 1917, além de disposições de proteção da família, do direito à saúde e à moradia digna, previa também alguns direitos sociais como a desmercantilização do trabalho, ou seja, a proibição de equipara-lo a uma mercadoria, a criação da responsabilização dos empregadores por acidente de trabalho, jornada de trabalho de 8 horas e noturna de 6 horas, salário mínimo digno, direitos das gestantes, descanso para cada 6 dias trabalhados, entre outros, foram precursores das bases de um Estado Social de Direito.

A Constituição alemã de 1919 decorre de um contexto social e político verificado na Europa, pós-Primeira Guerra Mundial. A Alemanha, derrotada em 1918 mergulha em crise econômica e social.

Fortes correntes a favor de uma democracia parlamentar ou uma ditadura do proletariado foram frutos de embates que culminaram na Assembleia Constituinte eleita em 06 de fevereiro de 1919 e instalada na cidade de Weimar.

A redação vencedora da Constituição alemã procurou superar o modelo soviético implantado em 1917, de vertente comunista, sem perder de vista a intenção dos grupos socialistas representados na assembleia. Assim, o Estado Social germânico aparece como uma nova espécie orgânica de integração que ficava entre o individualismo ocidental e o coletivismo russo.

É possível reconhecer na Constituição de Weimar um extenso rol de direitos fundamentais como direito à igualdade cívica entre homens e mulheres, de circulação no território para fora dele, das minorias de língua estrangeira, de inviolabilidade de domicílio entre outros, ao lado de direitos sociais como assistência à maternidade, direito à aposentadoria, ao trabalho, direito da classe operária a um “mínimo geral de direitos sociais” etc.

O Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães (Partido Nazista) fundado em 1919 sucede o Partido dos Trabalhadores Alemães. Após a quebra da Bolsa em 1929, a Alemanha sofre uma nova crise econômica e após a eleição de 1932 os nazistas tornam-se o maior partido do *Reichstag* (Congresso Alemão).

Hitler é nomeado chanceler alemão e em março de 1933 a Lei de Concessão é aprovada, emendando a Constituição de Weimar, o que permitiu a Hitler e ao seu gabinete aprovarem leis com violação da Constituição, mesmo sem o consentimento do presidente ou do *Reichstag*. Em 2 de agosto de 1934 morre o presidente Hindenburg e Hitler torna-se chefe de Estado e de Governo. A prática antissemitista retorna num nível inimaginável culminando com a grande perseguição, principalmente de judeus, ciganos e eslavos.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a descoberta das atrocidades da Era Hitler, os nazistas são levados ao julgamento de Nuremberg (1945-46), estabelecendo o precedente de que os governantes, funcionários e militares poderiam ser punidos por crimes contra a humanidade.

A Carta das Nações Unidas de 1945 enfatizou questões de segurança internacional e dedicava apenas algumas linhas ao “respeito e cumprimento universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”. Entretanto, criava uma Comissão dos Direitos Humanos, cujo trabalho, após dezenas de reuniões e mais de 170 emendas, culmina com a aprovação pela Assembleia Geral em 10 de dezembro de 1948 na aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Não podemos deixar de seguir o entendimento de Bobbio, quando afirma que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, é quem dá início à terceira e mais importante fase dos Direitos Fundamentais pois, além de sua universalidade, ela:

Põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado³⁴.

Não obstante, Bobbio lembra também que a Declaração de 1948 é apenas o início de um longo processo, pois não tem forças de norma jurídica. Surgida com o fim da Segunda Guerra Mundial a fim de combater as atrocidades cometidas contra a dignidade humana, no entender de Bobbio, a Declaração é apenas um ideal a ser alcançado³⁵.

Na historicidade dos direitos fundamentais, na concepção pós Segunda Guerra veio a se destacar a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e reiterada na Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.

³⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 19.

³⁵ Idem, ibidem.

Após o cenário do genocídio da Era Hitler, que se vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos humanos como paradigma orientador da ordem internacional contemporânea, para restaurar o que a jurista Flávia Piovesan denomina de *lógica do razoável*³⁶, manifestada pela ácida crítica e ao repúdio à concepção positivista destituída de valores éticos, uma vez que o nazismo e o fascismo ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade, promovendo a barbárie em nome da lei.

Assim, verifica-se o reencontro dos direitos fundamentais com o pensamento kantiano, onde os homens, que possuem o atributo da racionalidade, constituem um fim em si mesmo e, portanto, possuem um valor intrínseco absoluto, sendo insubstituíveis e únicos, o que os torna dotadas de dignidade. Dessa forma, Kant preconiza que o tratamento que se deve dar à humanidade precisa ser realizado na pessoa de cada ser, sem como um fim, nunca como meio³⁷.

Para Bobbio, os direitos humanos positivados não derivam do estado de natureza, o qual foi utilizado apenas como argumento para justificar racionalmente determinadas exigências do homem. Segundo ele, o real surgimento de alguns direitos deriva das lutas e movimentos travados pelos homens, cujas razões devem ser buscadas na realidade social da época, e não no estado de natureza, pois este revela a hipótese abstrata de um estado simples, primitivo, onde o homem vive com poucos carecimentos essenciais, oposto ao mundo de onde derivou toda a gama de Direitos Fundamentais que hoje conhecemos³⁸.

O seu fundamento de validade não é um dado objetivo extraível da natureza humana, mas o consenso geral dos homens acerca da mesma, já que tais direitos são reconhecidos por todas as sociedades civilizadas e estampados em Declarações Universais.

4. PERFIL GERAL

Conforme percebemos, a influência pré-estatal é fator decisivo para a normatização dos direitos fundamentais, ora com alguns retrocessos em razão de reprimendas oriundas de governos autoritários, ora com avanços significativos advindos das novas relações sociais incorporadas ao longo da história pelos mais diversos povos.

Assim, os direitos fundamentais apresentam um perfil geral de característica não estrita, ou seja, de formulação normativa aberta na medida em que é co-

³⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça Internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37.

³⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 13.

³⁸ Idem. p. 15.

num existir uma situação não suficientemente precisa ou única em que se possa achar uma consequência jurídica clara, como ocorre, por exemplo, no enunciado: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

As *regras* são aplicadas a partir da técnica da subsunção, onde o caso concreto se ajusta ou não ao pressuposto fático do enunciado jurídico.

Já os direitos fundamentais são apresentados sob o prisma de princípios (gerais), que são aplicados pela **técnica da ponderação**, que não ataca a lógica do “tudo ou nada” das regras, e que busca a otimização do valor ou bem jurídico nele contido, na medida das possibilidades do caso concreto.

Devem ser considerados como **paradigmas referenciais** éticos que orientam o constitucionalismo contemporâneo impondo limites ao Estado a partir da ótica da humanidade.

De igual forma, os direitos fundamentais **não são um conceito estático, imutável ou absoluto**. Pelo contrário, trata-se de um fenômeno que acompanha a evolução da sociedade e das novas tecnologias, surgindo assim, novas necessidades de positivação para proteger a dignidade humana, a liberdade, a igualdade e fazer da solidariedade uma realidade entre todos³⁹.

A quem são destinados, ou, quem deve respeitar os direitos fundamentais? A princípio a história demonstra que sua principal função foi a limitação do poder estatal, num **efeito vertical** de aplicação.

No entanto, após a Segunda Guerra Mundial, a doutrina e jurisprudência alemã passaram a sustentar a produção de **efeitos horizontais**, conhecido por *Drittwirkung*, ou “efeitos para terceiros”, tendo aplicação entre os particulares⁴⁰.

Esse novo “olhar” ampliou significativamente o alcance dos direitos fundamentais, fazendo surgir novos deveres nas relações privadas e aumentando significativamente as possibilidades e vertentes jurídicas para implementação de sua proteção, ainda não definitivamente consolidadas, principalmente no que se refere aos chamados “direitos morais”.

Os fatores subjetivos muito presentes nas relações particulares fogem dos parâmetros herméticos dos direitos que se concretizam pelos danos materiais, o que possibilita considerar uma série de situações que podem atuar no limite e alcance dos direitos fundamentais. Além do mais, a evolução da sociedade e dos processos de produção que influenciam nas relações entre os indivíduos, é que

³⁹ GARCIA, Marcos Leite. O processo de formação do ideal dos Direitos Fundamentais: alguns aspectos destacados da gênese do conceito. p. 5.

⁴⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 102.

tornam possível a exequibilidade de determinados direitos fundamentais e sua maior proteção contra violações⁴¹.

Esse é o cenário em que atualmente se apresentam os direitos fundamentais.

Mas a advertência, tanto para a doutrina quanto para os Estados, é que, o fato destes reconhecerem o surgimento de outros direitos fundamentais não permitem que se descuidem das conquistas anteriores. Num mundo em crise, onde nem mesmo os direitos mais elementares como a vida e a liberdade tem sido plenamente respeitados, a ampliação desses novos direitos chamados de terceira ou quarta geração, não podem vir desacompanhada da manutenção dos direitos de primeira e segunda geração, sob pena do desmoronamento da própria estrutura normativa e valorativa de que os seres humanos consideram verdadeiramente essenciais para sua própria existência, sobrevivência e perpetuação.

CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais reclamam reconhecer o passado para apreender o presente e edificar, em síntese dialética às violações pretéritas, o futuro.⁴²

Os acontecimentos históricos, normalmente acompanhados dos problemas sociais, econômicos, religiosos e políticos de cada época proporcionaram o surgimento de direitos e a possibilidade de articulá-las, transformando-os em fundamentais.

As discussões filosóficas e sociológicas, que partiram nos primórdios da Antiguidade da concepção do próprio ser humano, chegaram ao século XX com as questões de bem-estar individual e social. Convertidas essas discussões em demandas políticas, tornou possível a positivação pelo Estado e a criação de garantias de proteção aos direitos fundamentais.

O pós-Segunda Guerra Mundial inaugurou uma nova concepção de direitos fundamentais, uma vez que, diante das atrocidades cometidas nesse conflito, revelaram a necessidade que todos os povos possuem de se resguardarem de regimes bárbaros e que violem os direitos mais elementares do ser humano.

Isto não significa que estejamos no começo ou no fim de um processo, mas no meio de uma travessia no desenvolvimento dos direitos fundamentais. As premissas históricas nos dão o referencial necessário para que os direitos conquistados sejam de fato protegidos, mantendo-se nas fórmulas solenes dos Estados que os reconhecem, a afirmação de sua concretude.

⁴¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992. p. 16.

⁴² FACHIN, Melina Girardi. Direito humano ao desenvolvimento e justiça de transição. In: Piovesan, Flávia; Soares, Inês Virgínia Prado. **Direitos humanos atual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p.156.

O perfil geral dos direitos fundamentais, por não ser estático, imutável ou absoluto, permite uma formulação normativa aberta, aplicadas a partir da técnica da ponderação, cujos paradigmas referenciais orientam os sistemas jurídicos dos Estados, tendo como destinatários tanto os Estados como os cidadãos.

Mas tem razão Bobbio, quando afirma que a *efetivação de uma maior proteção dos direitos do homem está ligada ao desenvolvimento global da civilização humana*⁴³. Num mundo onde miséria e guerra ainda são uma constante, onde o excesso de poder e de impotência ainda criam condições desumanas, constituem fatores impeditivos à sua plena aplicação, apesar das *antecipações iluminadas dos filósofos, das corajosas formulações dos juristas e dos esforços dos políticos de boa vontade*. Ainda há um grande caminho a percorrer e que a história contada daqui a algumas décadas ou séculos, poderá considerar o presente momento, ainda muito próximo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, apenas como o início da afirmação dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992.
- BUCKINGHAM, Will et all (ZIEGELMAIER, Rosemarie (trad.) **O livro da filosofia**. São Paulo: Globo, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.
- FACHIN, Melina Girardi. Direito humano ao desenvolvimento e justiça de transição. In: Piovesan, Flávia; Soares, Inês Virgínia Prado. **Direitos humanos atual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael de. **Manual de direitos humanos**. Salvador: Juspodium, 2014.
- HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. (tradução: Rosaura Eichenberg)
- MORESCHINI, Claudio. **Historia da filosofia patrística**. São Paulo: Loyola, 2008.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça Internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- PRADO, Antonio Orlando de Almeida (org.). **Código de Hamurabi, Lei das XII Tábuas, Manual dos Inquisidores, Lei do Talião**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

⁴³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992. p. 26.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso**: sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. s/d.