

ASPECTOS CONCEITUAIS E HISTÓRICOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
CONCEPTUAL AND HISTORICAL FEATURES
ABOUT CONSTITUTIONAL RIGHTS

José Paulo Schneider dos Santos ¹

Alexandre Selayaran ²

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

Looking just at the dimension of constitutional rights, this work was developed by phenomenological and hermeneutical method, paying attention on bibliographical research. The main goal is to show conceptual and historical conditions of constitutional rights. In this way, the following question is answer: how constitutional rights had their conceptual and historical institutionalization?

Keywords: Constitutional Rights Theory. Concept and history of Constitutional Rights. Constitutionalism.

INTRODUÇÃO

O trabalho foi idealizado com um propósito notadamente teórico, tendo como escopo refletir acerca dos aspectos que sustentam a origem e o conceito dos direitos fundamentais.

Nessa linha, o trabalho foi dividido em duas seções principais (itens 1 e 2). Num primeiro momento, o objetivo é o de *apresentar* os direitos fundamentais (itens1

¹ Acadêmico do 10º semestre da Escola de Direito da Faculdade Meridional – IMED, bolsista em iniciação científica FAPERGS/PROBIC (2012/2015). E-mail: josepaulo@lemoseilha.com.br.

² Acadêmico do 8º semestre da Escola de Direito da Faculdade Meridional – IMED, bolsista em iniciação científica FAPERGS/PROBIC. E-mail: a_selayaran@hotmail.com.

e 1.2). Antes, porém, faz-se necessário *advertir* a respeito de uma confusão terminológica havida na doutrina (item 1.1). Pretende-se, na sequência, *analisar* os aspectos envolvendo a institucionalização histórica dos direitos fundamentais (item 2) e *evidenciar* a influência exercida pelo constitucionalismo (item 2.1). Ao final, apresentar-se-ão as considerações finais.

Com efeito, 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.

O trabalho, para fins metodológicos, está orientado e organizado conforme os aportes da fenomenologia hermenêutica, sistematizando conceitos a partir de revisão bibliográfica de natureza jurídico-filosófica referente ao estudo dos direitos fundamentais.

1 Apresentado os direitos fundamentais

Em primeiro lugar, estudar a(s) teoria(s) dos direitos fundamentais ³ 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.

1.1 Advertências a um descompasso terminológico

Uma pesquisa que se coloca a estudar o alcance e realização dos direitos

³ 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 e 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).

fundamentais necessita, em primeiro lugar, superar a abstração terminológica que cerca seu conceito (DUQUE, 2014, p. 49).

Ainda assim, mesmo que terminologia e conceito não sejam sinônimos, não parece nenhum exagero interpretativo pretender, inicialmente, desembaraçar o conceito de direito fundamental do equívoco terminológico por vezes reproduzido na doutrina.

Informa-se, desde já, que o termo ora 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).

Nesse sentido, os direitos fundamentais, não raras vezes, são mal concebidos. Ou seja, há latente confusão entre diferentes institutos jurídicos. Aliás, os direitos fundamentais erroneamente são equiparados ou até mesmo recebem a nomenclatura de “direitos do homem”, “direitos humanos”, “direitos subjetivos públicos”⁴, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais” (SARLET, 2006, p.33)⁵.

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, de certo modo, “expressão” dos direitos humanos (DUQUE, 2014, p. 52) (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 249)⁶.

Todavia, mesmo sendo plausível aproximá-los⁷ conceitualmente, não é correto afirmar que os direitos fundamentais são, na mesma proporção, direitos

⁴ 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 E MARTINS 2011, p. 49).

⁵ Embora conectadas, essas categorias jurídicas possuem características particulares. Faz-se necessário, deste modo, individualizar cada uma delas: (i) direitos do homem são, em sua origem, direitos naturais não positivados ou ainda não positivados; (ii) os direitos humanos têm, em si, traços de direito positivado, isto é, direitos universais perfilhados no direito internacional; (iii) os direitos fundamentais são aqueles direitos outorgados e positivados no interior do direito constitucional de cada Estado, estando sujeitos à classificação dúplex de sua fundamentalidade, formal e materialmente (SARLET, 2006, p. 36).

⁶ 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).

⁷ Aproximá-los, contudo, não significa igualá-los. 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, p. 52-53).

humanos, ou que ambos não representam outro instituto que não os direitos do homem⁸.

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, p. 38-39)⁹. Não se pode olvidar, ainda assim, que as tendências de uma teoria de direito constitucional global¹⁰ venham a aproximar, ainda mais, essas terminologias.

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

1.2 Esboço conceitual

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.

⁸ 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, p. 35-36). 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, p. 36-38).

⁹ 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 através dela que se saberá o grau de intervenção e tutela desse direito universal ao ordenamento jurídico interno (SARLET, 2006, p. 40).

¹⁰ Paulo Ferreira da Cunha desenvolveu 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). O autor toma cuidado para não cometer o ledro 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, é possível dizer 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, p. 245-255).

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, p. 36 e 66), cuja finalidade é a proteção de bens proeminentes ou ameaçados ¹¹.

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” ¹². 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 se 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, p.50-51) ¹³. 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 ¹⁴.

2 Aproximações históricas

Nessa parte o trabalho deve ser desenvolvido numa perspectiva constitucional e de diferenciação analítico-evolutiva, ou seja, pressupõe reconhecer os direitos

¹¹ 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, p. 09-10).

¹² Ou seja, “a ideia nuclear originária é que o Estado deve deixar o cidadão em paz” (DUQUE, 2014, p.50).

¹³ A propósito, 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, p.50-51).

¹⁴ É claro 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.

fundamentais em diferentes níveis de extensão e características de tempo e lugar ¹⁵.

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 ¹⁶.

Vislumbra-se, assim, a importância da criação do Estado para o direito positivo (e, por consequência, para os direitos fundamentais) ¹⁷. 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 leis¹⁸.

Mais tarde, porém, o Estado-soberano (o Leviatã hobbesiano, portanto) se

¹⁵ Não obstante, conceber tais direitos a partir da ordem constitucional é, sobretudo, admiti-los como limitadores do poder do Estado (SARLET, 2006, p. 43).

¹⁶ 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, 09-10), como fora, por exemplo, com Hitler, na primeira metade do século XX.

¹⁷ Explicando: verifica-se na evolução da tradição jurídica a soberania do Estado na produção de normas jurídicas (BOBBIO, 1995, p. 27). Isto é, através da 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, p. 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. A esse respeito: *Positivism jurídico em xeque: descobrindo as faces do juiz* (MORAIS e SANTOS, 2014, p. 111-114).

¹⁸ 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 através das concepções filosófica e religiosa dos antigos tempos, uma vez que são esses os cerne da identidade humana (SARLET, 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, p. 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, onde 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 constranger 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, p. 105-106).

mostrou prejudicial à determinada parte da sociedade ¹⁹. 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, p. 15-16) ²⁰.

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) ²¹.

A *Magna Charta Libertatum* (1215) ²², nessa linha, está entre os documentos de maior relevância na tradição jurídica acerca dos direitos humanos. No entanto, as liberdades e os direitos lá expostos não representavam autênticos ²³ direitos fundamentais (SARLET, 2006, p. 49).

¹⁹ 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).

²⁰ Aliás, o direito da pessoa humana pode acabar por refletir no direito da humanidade (MIRANDA, 2012, p. 15-16).

²¹ 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.

²² Trata-se do acordo estabelecido entre o Rei João Sem-Terra, bispos e os barões ingleses, na Inglaterra do ano de 1215. 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).

²³ 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) ²⁴.

O mesmo ocorre com as declarações inglesas: *Petition of Rights* (1628), *Habeas Corpus Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1689), dentre outras. Elas também eram desprovidas de valor jurídico capaz de autenticar um conceito de direito fundamental (SARLET, 2006, p. 51) ²⁵.

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*²⁶, ambas com forte influência jusnaturalista, em síntese, representaram para o homem o

²⁴ 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).

²⁵ 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).

²⁶ Há que se 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, 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, p. 1151-52). 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).

reconhecimento e valorização dos imperativos naturais, intransferíveis, invioláveis e imprescritíveis. (SARLET, 2006, p. 52)

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.

2.1 Reflexos do constitucionalismo

Muitos são os momentos e elementos históricos que destacam a valorização das necessidades do homem e a alteração no *modus operandi* da ação estatal ²⁷. 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 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, p. 27-28) ²⁹.

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, p. 47-48) ³⁰.

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, p. 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

²⁷ 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.

²⁸ 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, p. 27-28).

²⁹ Marcelo Neves, a esse respeito, destaca a força simbólica dos direitos da pessoa humana, definindo-os como pressupostos ao vigor normativo-constitucional (2010, p. 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.

³⁰ 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, p. 47-48).

de sua vinculação e supremacia, uma feição típica de direito voltada à resolução de conflitos. (QUEIROZ, 2010, p. 48-52)³¹.

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) ³².

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora o presente trabalho possua objetivos estritamente teóricos, deixou-se consignado desde o início que o propósito era o de, tão-somente, (re)visitar os aspectos conceituais e históricos dos direitos fundamentais.

Acredita-se que a finalidades propostas foram atendidas, o que corroborou a conclusão de que os direitos fundamentais: **(i)** possuem conceito extremamente dinâmico, que guarda relação com o contexto político, social e jurídico no qual se desenvolveram; **(ii)** têm como objeto de tutela a pessoa; **(iii)** estão diretamente concatenados com o advento das constituições; **(iv)** destacam-se por sua natureza de positivação constitucional interna, o que, dentre outros aspectos, lhes diferencia dos direitos humanos; **(v)** representam, inicialmente, mecanismos de defesa contra a tirania estatal; **(vi)** obrigam, num segundo momento, o Estado a atuar de forma a concretizar as necessidades dos indivíduos na relação entre particulares; **(vii)** 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.

REFERÊNCIAS

³¹ 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, p. 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).

³² Explicando: a vinculação constitucional de direitos tornou legítima uma série de pretensões politicamente estabelecidas, alterando o poder-dever do cidadão e, principalmente, do Estado.

- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- 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: 08 out 2015.
- 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**. Revista dos Tribunais, 2014.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1977.
- HEIDEGGER, Martin. **Cartas sobre el Humanismo**. trad. 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.
- 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.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- MÖLLER, Marx. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2011.
- MORAIS, Fausto Santos de; 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. P. 109-122.
- NEVES, Marcelo. **A força simbólica dos direitos humanos. In: Direitos Sociais: fundamento e direitos sociais em espécie**. Coord Cláudio Pereira Souza Neto e Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Editora, 2010.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradução Antônio Francisco de Souza e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.
- 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.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.
- SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. trad. Fábio Ribeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2013.
- WARAT, Luis Alberto. **O monastério dos sábios: o sentido comum teórico dos juristas**. In: WARAT, Luis Alberto. **A epistemologia da modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1995.