

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

HISTÓRIA DO DIREITO

ÁLVARO GONÇALVES ANTUNES ANDREUCCI

JULIANA NEUENSCHWANDER MAGALHÃES

GUSTAVO SILVEIRA SIQUEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

H673

História do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Álvaro Gonçalves Antunes Andreucci, Juliana Neuenschwander Magalhães, Gustavo Silveira Siqueira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-129-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. História. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

HISTÓRIA DO DIREITO

Apresentação

História do Direito - Novos debates, novos olhares

Consolidando-se como um dos GTs mais tradicionais do CONPEDI, o GT de História do Direito proporcionou gratas supressas no CONPEDI de Belo Horizonte. Ao passo que a área vem se consolidando no Brasil, novos pesquisadores vem conseguindo participar de uma forma prolatizante e crítica do debate.

Foram apresentados trabalhos que, de uma forma mais crítica ou mais tradicional, contribuíram para o debate no evento. Estes jovens pesquisadores revelam que as pesquisas na área - interdisciplinar entre história e direito - vem, cada vez mais, produzindo uma reflexão importante para que a prática jurídica possa valer-se de análises críticas sobre o social para consolidar o Direito como um instrumento transformador e formador da cidadania.

O artigo de Adriana Ferreira Serafim de Oliveira e Jorge Luis Mialhe, intitulado HISTORIA DA EDUCAÇÃO JURÍDICA E A QUESTÃO DE GÊNERO: AS PRIMEIRAS BACHARÉIS EM DIREITO, aborda a condição feminina no século XIX, procurando resgatar de forma pioneira, a história de vida daquelas que se tornaram bacharéis ainda na época do Império. Acompanhando a trajetória de duas bacharéis em direito, o trabalho propõe uma reflexão sobre a formação jurídica e a atuação profissional de duas mulheres diante de uma cultura jurídica predominantemente masculina.

O trabalho de Salete Maria da Silva e Sonia Jay Wright, intitulado AS MULHERES E O NOVO CONSTITUCIONALISMO: UMA NARRATIVA FEMINISTA SOBRE A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA, também aborda a problemática de gênero frente a uma cultura jurídica tradicionalmente moldada para o universo masculino. A partir de uma pesquisa nos Anais da Constituinte de 1988, o artigo traça uma crítica ao silêncio imposto pela historiografia à contribuição feminina no processo legislativo e a restauração da democracia brasileira, abordando, dentre outras coisas, a atuação do Lobby do Baton e sua repercussão na época.

Versando ainda sobre o mesmo tema, o trabalho de Maria Cecília Máximo Teodoro e Thais Campos Silva, intitulado A HISTÓRIA DE EXCLUSÃO SOCIAL E CONDENAÇÃO

MORAL DA PROSTITUIÇÃO, procura traçar uma história dos estigmas e preconceitos em torno da prostituição ao longo da história, relacionando com a problemática atual sobre os pressupostos de uma sociedade democrática e peculiaridades do direito do trabalho.

Procurando traçar as origens do debate sobre autonomia Municipal e descentralização administrativa, Luciano Machado de Souza, com o artigo intitulado VILLAS, CIDADES E MUNICÍPIOS: DESCENTRALIZAÇÃO E AUTONOMIA LOCAL COMO PERMANÊNCIAS DA COLONIZAÇÃO PORTUGUESA NA REPÚBLICA BRASILEIRA realiza um resgate de nossa história do municipalismo, desde a época da Colônia, passando pelo Império até chegar a República e debate sobre a importância o tema para se compreender o vínculo com a cidadania nos tempos atuais.

A partir de um estudo comparativo entre Brasil e Portugal, Rogério Magnus Varela Gonçalves, no artigo intitulado A LIBERDADE RELIGIOSA AO LONGO DA HISTÓRIA PORTUGUESA discute sobre a relação entre a fé-católica e a política na organização do Estado brasileiro. Recuperando marcos significativos, como o preâmbulo e o artigo 5º da Constituição de 1824, o texto debate o tema de um estado laico e a presença de práticas religiosas na cultura nacional.

Vanessa Caroline Massuchetto apresenta o artigo intitulado OS OUVIDORES E A CÂMARA MUNICIPAL DA VILA DE CURITIBA: UMA AMOSTRAGEM DA CIRCULARIDADE DA CULTURA JURÍDICA NA AMÉRICA PORTUGUESA (1721-1750), proporcionando um debate sobre a cultura jurídica Colonial e sobre a dinâmica e circularidade da administração portuguesa no âmbito administração local. O tema revela os embates e ajustes que a Metrópole precisava fazer para conseguir realizar seus objetivos nos recônditos da Colônia.

Existe um Constitucionalismo Latinoamericano? A partir deste questionamento, André Vitorino Alencar Brayner discute autonomia e dependência política no artigo intitulado ELEMENTOS HISTÓRICOS E POLÍTICOS (1822-1890) PARA UMA POSSÍVEL ORDEM JURÍDICA LATINOAMERICANA. Abordando o debate entre Joaquim Nabuco e Oliveira Lima, por exemplo, o autor aponta elementos para se (re)pensar a existência de diferenças e semelhanças nos processos de construção de identidade dos países latino-americanos.

Fernanda Cristina Covolan, a partir da análise de fontes históricas sobre a escravidão no Brasil, realiza um estudo, intitulado AÇÕES DE LIBERDADE NA CIDADE DE CAMPINAS (1871-1888). O trabalho revela particularidades do processo de abolição,

trazendo a complexidade do tema e revelando, por exemplo, especificidades da dinâmica histórica ocorrida em Campinas, a quantidade de mulheres nos processos de alforria e outras situações que permitem reconstruir a História do Direito, no âmbito das relações jurídicas, sobre a abolição da escravidão.

Contribuindo para uma reconstrução histórica do Poder Judiciário no Brasil e, mais especificamente, do Supremo Tribunal Federal, Gustavo Castagna Machado, no artigo intitulado NA INGLATERRA [...] AS SENTENÇAS TÊM A FORMA DE UM DISCURSO [...]. EM FRANÇA, PELO CONTRÁRIO, A LINGUAGEM JUDICIÁRIA [...] REVESTE UMA FORMA SILOGÍSTICA: O DEBATE DE BARBOSA E BARRADAS, procura recuperar e reposicionar, através do embate histórico entre Rui Barbosa e o Ministro do STF Barradas, quais foram as contribuições de Rui Barbosa para uma cultura jurídica brasileira no início da República e os elementos que propiciaram a construção de um mito em torno deste personagem de nossa história.

O minucioso artigo intitulado O DESENVOLVIMENTO NORMATIVO DO DIREITO ELEITORAL NO PERÍODO IMPERIAL BRASILEIRO, de autoria de Wagner Silveira Feloniuk, reconstrói o papel dos juízes brasileiros, na época do Império, com relação a organização e práticas do sistema eleitoral brasileiro. A partir da caracterização jurídica deste insipiente sistema eleitoral, o autor revela algumas das conexões com as estratégias políticas utilizadas com o intuito de fortalecer os interesses imperiais.

Numa abordagem sobre Teoria da História do Direito, Roland Hamilton Marquardt Neto, no artigo intitulado A METODOLOGIA DA HISTÓRIA EM REINHART KOSELLECK: ANÁLISE E APLICAÇÃO À PESQUISA JURÍDICA, reconstrói alguns dos principais temas da obra de Reinhart Koselleck e aponta para importantes temas da pesquisa em História do Direito como, por exemplo, a multiplicidade e dinâmica dos tempos históricos e a proposta da história do conceito.

Fábio Fidelis de Oliveira propõe, no artigo intitulado HISTÓRIA DA SEGUNDA ESCOLÁSTICA PENINSULAR NO AMBIENTE UNIVERSITÁRIO LUSITANO: UMA REFLEXÃO SOBRE AS CONCEPÇÕES JURÍDICO-POLÍTICAS DO DOUTOR MARTÍN DE AZPILCUETA NAVARRO a recuperação do debate sobre a 2ª fase do pensamento escolástico lusitano no contexto de um Império colonizador português. A partir da obra do Dr. Martin de Azpicuelta, o trabalho aborda o tema transposto para o contexto da tradição de Coimbra.

Realizando um resgate histórico de Tobias Barreto e da Escola de Recife, Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez e Thiago Henrique de Oliveira Theodoro, no artigo intitulado **A FORMAÇÃO HISTÓRICA DO CULTURALISMO JURÍDICO E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DIREITO BRASILEIRO**, relacionam pontos em comum do pensamento do culturalismo jurídico brasileiro, chegando até a proposta do filósofo do Direito Miguel Reale com a teoria da tridimensionalidade do Direito.

O artigo intitulado **O CONCEITO DE ORDEM NA DITADURA MILITAR BRASILEIRA**, de autoria de Robert Carlon de Carvalho e Mariel Muraro, traça uma história de algumas das principais características da Ditadura Militar, bem como de seus antecedentes, a partir da ótica do conceito de Ordem e como o tema prestou-se para justificar e legitimar diversas orientações políticas do governo.

Realizando um resgate histórico da trajetória das ideias de proteção aos Direitos Humanos, Gisele Laus da Silva Pereira Lima, no artigo intitulado **TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: O RESGATE HISTÓRICO NA BUSCA PELA PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS**, propõe, a partir da análise de alguns crimes bárbaros cometidos na história, debater sobre a necessidade da existência desse tribunal e como o seu prestígio passou a ser questionado.

Analice Franco Gomes Parente e Marcus Vinícius Parente Rebouças, no artigo intitulado **ELEMENTOS FILOSÓFICOS E DOCUMENTAIS NA PROTO-HISTÓRIA DOS DIREITOS HUMANOS** contextualizam os antecedentes do surgimento de instituições de defesa dos Direitos Humanos, abordando temas como o paradigma teórico do jusnaturalismo, questões religiosas, marcos legislativos, fatos históricos, dentre outros eventos significativos sobre o assunto.

Como relacionar, cientificamente, pobreza e desigualdade com a presença dos latifúndios no Brasil? A partir desse questionamento, Hertha Urquiza Baracho e Iranice Gonçalves Muniz, no artigo intitulado **HISTÓRIA E FORMAS JURÍDICAS DE DISTRIBUIÇÃO DE TERRAS NO BRASIL**, reconstroem a história jurídica relacionada a ocupação e distribuição de terras no Brasil, procurando debater sobre a realidade atual do país e discutir sobre a função social da propriedade.

Nesse sentido, também abordando o tema da propriedade na história, Narciso Leandro Xavier Baez e Ana Paula Goldani Martinotto Reschke, no artigo intitulado **A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROPRIEDADE ATÉ O ESTADO LIBERAL**, traçam aspectos relevantes da história da propriedade desde a antiguidade, passando pela Idade Média e Moderna, até a

contemporaneidade, discutindo sobre suas especificidades e temas como a propriedade individual e coletiva e sobre os direitos atuais relacionados ao tema.

Lurizam Costa Viana, no artigo intitulado LEGADO ROMANO À POSTERIDADE: A REVOLUÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO A PARTIR DA EDIÇÃO DO "CORPUS IURIS CIVILIS", relata o contexto Imperial romano e recupera a história da compilação do Código Iuris Civilis, proposta pela Imperador Justiniano, e de sua recepção, como sendo, também, uma estratégia política para reunir novamente o Império Romano.

A partir da pesquisa sobre as práticas históricas para com os órfãos nas Casas de Misericórdia, Ana Carolina Figueiro Longo, no artigo intitulado O RECONHECIMENTO DE CRIANÇA E ADOLESCENTE COMO SUJEITOS DE DIREITOS E A ATUAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO AO LONGO DO TEMPO PARA EFETIVÁ-LOS, resgata a história do Estado brasileiro e de como este passou a se preocupar em definir e controlar os delitos praticados por crianças e adolescentes e como esse programa se relacionou com políticas públicas específicas.

O artigo A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A RECUPERAÇÃO DE MENORES INFRATORES de autoria de Álvaro Gonçalves Antunes Andreucci e Joao Gustavo Dantas Chiaradia Jacob, propõe um resgate histórico da legislação brasileira, no período da República, sobre menores infratores, com o intuito de debater as práticas de segregação ao menor realizadas pela nossa tradição jurídica e como este controle penal foi elaborado a partir de uma seletividade específica sobre qual grupo deveria ser apenado. Nesse sentido, o trabalho propõe também elementos para o debate atual sobre a maioria penal.

A coletânea desses artigos do GT História do Direito certamente revelará ao leitor a expansão do campo da História do Direito no Brasil, voltada para a pesquisa histórica sobre o direito, as instituições jurídico-políticas e o pensamento jurídico-político brasileiras. O leitor poderá também acompanhar o amadurecimento desse campo da pesquisa nas faculdades e pós-graduações do país: cada vez mais o recurso à perspectiva histórica deixa de ser um olhar sobre o passado enquanto tal, para ser uma maneira de reconhecer, no presente, os vestígios das experiências passadas e o horizonte das experiências futuras. Num País de memória curta e muitas vezes impedida ou imposta, esse é um passo bastante significativo na evolução do direito e da democracia.

Uma boa leitura a todos!

ELEMENTOS FILOSÓFICOS E DOCUMENTAIS NA PROTO-HISTÓRIA DOS DIREITOS HUMANOS

ÉLÉMENTS PHILOSOPHIQUE ET DOCUMENTAIRE EN PROTO-HISTOIRE DE L'DROITS DE L'HOMME

Analice Franco Gomes Parente
Marcus Vinícius Parente Rebouças

Resumo

Este artigo analisa certas expressões da cultura ocidental desenvolvidas no período denominado de proto-história dos direitos humanos com o propósito de identificar as raízes genéticas da compreensão dogmática contemporânea e das experiências jurídicas atuais relativas à proteção desses direitos básicos da pessoa humana. Aborda, para tanto, elementos filosóficos, sobretudo associados ao pensamento jusnaturalista e liberal, e faz referência a alguns documentos constitucionalistas que contribuíram para a afirmação histórica dos direitos humanos no imaginário das nações ocidentais como traço característico do paradigma cultural da modernidade.

Palavras-chave: Direitos humanos, Proto-história, Jusnaturalismo, Direitos naturais do homem

Abstract/Resumen/Résumé

Cet article analyse certaines expressions de la culture occidentale développée dans la période appelée la proto-histoire des droits humains dans le but d'identifier les racines génétiques de la compréhension dogmatique contemporaine et de l'expérience juridique actuel relatif à la protection de ces droits fondamentaux de la personne humaine. Il aborde, pour ce, éléments philosophiques, en particulier associés à la pensée jusnaturaliste e libérale, et se réfère à documents constitutionnalistes qui ont contribué à l'affirmation historique des droits de l'homme dans l'imaginaire des nations occidentales comme une caractéristique du paradigme culturel de la modernité.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Droits de l'homme, Proto-histoire, Jusnaturalisme, Droits naturels de l'homme

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Partido do pressuposto de que um adequado entendimento do estado atual do processo civilizatório de afirmação dos direitos humanos demanda uma criteriosa análise de sua maturação histórica, promover-se-á, neste trabalho, uma breve digressão retrospectiva com o fito de garimpar “dados” do passado que porventura possam servir de referências pré-compreensivas acerca de alguns fenômenos existenciais do presente que lhes sejam afetos. De fato, a leitura histórica assume relevo não apenas como mecanismo hermenêutico, mas também, entre outras razões, pelo fato de que coloca em perspectiva alguns dos fundamentos genéticos que contribuíram para a emergência e evolução da fórmula político-institucional do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da Constituição Federal de 1988), espécie de Estado Constitucional cuja razão de ser reside justamente no reconhecimento dogmático e na proteção jurídica da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. A história é, por sinal, tal como prelecionam Giovanni Sartori¹ e Pérez Luño², o laboratório experimental por excelência de que dispõem as ciências sociais, de forma que o conhecimento científico que produzem só se arrima em conclusões empiricamente válidas enquanto se fundarem em testemunhos do passado³.

É fato que o desenvolvimento histórico dos direitos humanos constitui tema realmente deslumbrante e de inesgotáveis desdobramentos investigativos, cujo exame demandaria, decerto, um alentado estudo científico à parte, o que transbordaria, no entanto, em larga escala, o objeto específico desta pesquisa acadêmica, que revela, quanto ao ponto, pretensões e contornos bem mais modestos. Nessa esteira, o levantamento historiográfico a ser adiante empreendido conferirá especial ênfase aos eventos mais marcantes que transcorreram durante a cognominada “proto ou pré-história dos direitos humanos” (*Vorgeschichte der Menschenrechte*), ciclo evolutivo que, desde a Antiguidade, precedeu o fenômeno oitocentista da proclamação revolucionária dos chamados “direitos do homem” (*rights of man* ou *droits de l’homme*) em clássicos documentos constitucionalistas, a exemplo da *Virginia Bill of Rights*, em 1776, e da

¹ SARTORI, Giovanni. **Democrazia e definizioni**. 3. ed. Bologna: Mulino, 1969, p. 139.

² LUÑO, *op. cit.*, 1991a, p. 38.

³ Tal como afirma Luño, “*Es particularmente necesario recalcar el sentido histórico de los derechos humanos, ya que la propia experiencia se ha encargado de desvanecer, en menos de dos siglos, la ilusión iluminista de unos derechos humanos válidos ‘semper et ubique’.*” (LUÑO, *op. cit.*, 1991a, p. 49).

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, em 1789, que antecederam as primeiras Constituições formais modernas.

A respeito desse período, colher-se-ão os antecedentes filosóficos que influenciaram, mormente com base na tradição jusnaturalista, o reconhecimento formal dos “direitos do homem” pelo direito constitucional positivo a partir do final do século XVIII, bem como, a par da análise evolutiva do processo de elaboração doutrinária, os documentos históricos que, na esfera do direito positivo, pontuaram o progressivo reconhecimento de vários direitos atualmente qualificados como direitos humanos.

Do ponto de vista metodológico, empreendeu-se um estudo científico de cunho eminentemente bibliográfico, colhendo-se informações relacionadas ao tema a partir da leitura e análise da literatura nacional e estrangeira.

1. A HISTORICIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Conquanto se reconheça, neste estudo, a existência ontológica ou teórica de uma categoria ou classe específica de direitos inconfundíveis com os demais e materialmente qualificáveis sob o rótulo unitário de “direitos humanos”⁴, não se pode olvidar, consoante se infere do registro empírico do passado, que “o elenco dos direitos do homem [leia-se: direitos humanos] modificou-se, e continua a modificar-se, com a mudança das condições históricas”; e que “O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”, de sorte que os direitos humanos são, por definição, direitos histórica e culturalmente relativos⁵.

Em verdade, ante a característica da historicidade ou mutabilidade histórica, sempre se mostrou polêmico, inclusive no pensamento contemporâneo, o problema transversal a respeito do fundamento, bem como da natureza dos direitos humanos – se são direitos naturais e inatos, direitos positivos, direitos históricos ou, ainda, direitos que derivam de determinado sistema moral⁶. Conforme posição dogmática adotada neste trabalho, os direitos humanos não são passíveis de ser concebidos pura e simplesmente como constantes históricas, instituições a-históricas, subtraídas à inflexão das mutações existenciais do fluxo da história⁷, numa estática atemporalidade. Com efeito, no

⁴ Para os fins deste estudo, adotar-se-á uma acepção da expressão “direitos humanos” enquanto gênero conglobante e unitário que envolve tanto irradiações pré-jurídicas, quanto jurídicas, defluentes dos valores elementares inerentes à pessoa humana. Nesse conceito amplo, restarão amalgamadas, indiferentemente, as aspirações existenciais e reivindicações de cunho ético-político (“direitos morais”) e os direitos efetivamente positivados em normas jurídicas de direito internacional (direitos humanos *strictu sensu*) e interno (direitos fundamentais).

⁵ BOBBIO, *op. cit.*, p. 18.

⁶ PIOVESAN, *op. cit.*, 2012b, p. 175.

⁷ BOBBIO, *op. cit.*, 2004, p. 32.

transcurso evanescente do tempo, são progressivamente plasmados no imaginário humano de acordo com os “patamares axiológicos”⁸ de cada época, sendo extremamente permissíveis à transformação dos padrões culturais⁹, na linha da teoria do historicismo cultural-axiológico desenvolvida por Miguel Reale. Nesse prisma, pertinentes são as ponderações de Allan Rosas, segundo o qual “o conceito de direitos humanos é sempre progressivo. (...) O debate a respeito do que são os direitos humanos e como devem ser definidos é parte e parcela de nossa história, de nosso passado e de nosso presente” (tradução livre).¹⁰

Na concepção historicizada, os direitos humanos são tidos como “*concreciones históricas de la consciencia ética de la humanidad*”¹¹. Numa jornada ético-emancipatória *in fieri* e inarredavelmente pautada pelo “espírito do tempo” (*Zeitgeist*), concretizam-se, portanto, de modo diferente ao longo da cadência da história, razão pela qual se pode sustentar que os direitos qualificados como tais não são um dado da natureza (*physei*), mas um construído da convivência social ao longo do devir histórico (*nomoi*), submetido ao *panta rhei* heraclitiano de tudo que flui na corrente da existência humana. São, em verdade, um artefato, invenção ou conquista humana, historicamente incorporada ao patrimônio civilizatório do homem e em constante processo sincrônico e diacrônico de construção e reconstrução¹². Tocado pela corrente da história, compõem, nas palavras de Flávia Piovesan, um “construído axiológico emancipatório”, maturado num espaço simbólico de luta e ação social¹³. É, aliás, nesse sentido específico que Norberto Bobbio os qualifica como “direitos históricos” (*diritti storici*)¹⁴.

A compreensão do perfil conceitual dos direitos humanos num determinado contexto civilizatório, em qualquer domínio de ação ético-política, pressupõe, portanto,

⁸ REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998a, pp. 46-47.

⁹ Cf. GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Manual de sociologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 139.

¹⁰ No original: “*The concept of human rights is always a progressive one. [...] The debate on what are human rights and how they should be defined is part and parcel of our history, past and present.*” (ROSAS, Allan. *So-called rights of the third generation*. In: EIDE, Asbjorn; KRAUSE, Catarina; ROSAS, Allan. **Economic, social and cultural rights**. Dordrecht, Boston e Londres: Martinus Nijhoff, 1995, p. 243).

¹¹ VILLA, Mariano Moreno. **Filosofia: ética, política e historia de la filosofia**. Servilha: MAD, 2003, p. 254.

¹² LAFER, *op. cit.*, p. 134 e PIOVESAN, *op. cit.*, 2012b, p. 175.

¹³ PIOVESAN, *op. cit.*, 2012b, p. 176.

¹⁴ Segundo Bobbio: “Do ponto de vista teórico, sempre defendi - e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos - que os direitos do homem [leia-se: “direitos humanos”], por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascido de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. [...] Também os direitos do homem [leia-se: “direitos humanos”] são direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições da vida que essas lutas produzem. A expressão ‘direitos do homem’ [leia-se: “direitos humanos”], que é certamente enfática - ainda que oportunamente enfática -, pode provocar equívocos, já que faz pensar na existência de direitos que pertencem a um homem abstrato e, como tal, subtraídos ao fluxo da história, a um homem essencial e eterno, de cuja contemplação derivaríamos o conhecimento infalível dos seus direitos e deveres. Sabemos hoje que também os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação.” (acréscimos nossos). Cf. BOBBIO, *op. cit.*, 2004, pp. 5 e 31-32.

um exercício inarredável de criteriosa imersão nos respectivos processos histórico-espirituais nos quais foram forjados. Tal como pondera Ortega y Gasset, em conhecida proposição do seu circunstancialismo filosófico, “*Yo soy yo y mi circunstancia*”¹⁵, ou, nas palavras de Reale, o homem é um “ser histórico”, ou seja, não apenas um ente que “está aí” (como uma coisa). Trata-se de um ser cambiante, “que continuamente se transcende visando a realizar os valores que lhe são imanentes e dos quais ele adquire consciência ao longo do processo histórico”¹⁶.

Com particular enfoque na radical historicidade do processo de gradativa e cumulativa conquista de direitos humanos no rol de carecimentos e inquietações materiais e espirituais do homem em cada época é que adquiriu acolhida no meio doutrinário, não sem muitas críticas, o didático modelo geracional dos direitos humanos, idealizado pelo jurista tcheco-francês Karel Vasak por ocasião da Conferência “*Pour une Troisième Génération des Droits de L’Homme: Les Droits de Solidarité*”, realizada em Estrasburgo, França, em 1979¹⁷. Referido esquadro classificatório baseia-se, por sua vez, numa leitura genealógica do evoluir histórico do processo quantitativo e qualitativo de institucionalização jurídica das diversas categorias de direitos humanos referenciada na tríade “*liberté, égalité, fraternité*”, entoada como lema emancipatório durante a *Révolution Française* (1789). São, nessa esteira, doutrinariamente reconhecidas, em meio à unidade, indivisibilidade e complementaridade dos direitos humanos, três gerações sequenciadas de direitos (1ª geração: direitos civis e políticos [“direitos de liberdade”]; 2ª geração: direitos sociais, econômicos e culturais [direitos de igualdade]; e 3ª geração: direitos de fraternidade ou solidariedade [direitos de fraternidade ou solidariedade]), havendo, ainda, quem sustente a consumada emergência da quarta, quinta e sexta gerações subsequentes¹⁸.

Como não se consumou o “fim da história” (*end of history*) em matéria de direitos humanos, haverá, muito provavelmente, um futuro a ser construído. Por sua vez, a única generalização cem por cento segura acerca da história é aquela que predica que, enquanto houver raça humana, haverá história¹⁹. Pode-se, assim, num exercício de especulação prognóstica a partir da experiência empírica do passado, “prever que, no futuro, poderão

¹⁵ Ortega y Gasset, José. *Meditaciones del Quijote*. In: *Obras completas*. Madrid: Revista de Occidente, v. I, 1966, p. 322.

¹⁶ REALE, Miguel. Fundamentos da concepção tridimensional do direito. In: *Revista brasileira de filosofia*, 1960, v. X, fasc. IV, pp. 464-466.

¹⁷ BONAVIDES, *op. cit.*, 2010, pp. 562-563.

¹⁸ SARLET, *op. cit.*, 2009b, p. 45.

¹⁹ HOBBSBAWN, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX (1914-1991)*. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 16.

emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar”²⁰. Não se pode, portanto, pretender cerrar o catálogo dos direitos humanos, sob pena de se comprometer a própria tutela da personalidade humana em suas imprevisíveis manifestações do amanhã, desconsiderando-se a irredutível prospectividade e complexidade existencial do homem. A concepção dinâmica do fluxo geracional dos direitos humanos denota, portanto, que, em sua incontível vocação expansiva, o complexo ascensional desses direitos não constitui uma “*obra cerrada y acabada*”²¹, mas, sim, “aberta e mutável”²², sob o curso de um processo de concretização progressiva da dignidade *sine misura* do homem.

2. PERIODIZAÇÃO DA HISTÓRIA DOS DIREITOS HUMANOS

Efetivamente, o processo de reconhecimento ou afirmação histórica dos direitos humanos vem tomando curso há séculos²³, com seus “*avances, retrocesos y contradicciones*”²⁴. Conforme estudiosos de escol²⁵, a história dos direitos humanos possui, de fato, raízes bem remotas, havendo, inclusive, quem assinale que seus antecedentes, plasmados em épocas, culturas e expressões institucionais distintas²⁶, são tão antigos quanto à própria história da humanidade²⁷, tendo sido semeadas as primeiras ideias e instituições correlatas nos primórdios da civilização humana²⁸ – que, por sinal, sempre existiu sob o signo ético do Direito, que se impõe como “princípio de vida social”²⁹, na forma do recorrente adágio latino “*ubi societas ibi jus*”.

No que concerne ao universo simbólico do mundo ocidental, conforme raciocínio desenvolvido por Canotilho, pode-se empreender, no plano da análise científica, um corte histórico-epistêmico no processo de evolução dos direitos humanos por meio de um

²⁰ BOBBIO, *op. cit.*, 2004, p. 18.

²¹ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Las generaciones de derechos humanos*. In: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, nº 10 (1991b), set./dez., pp. 203-217.

²² SARLET, *op. cit.*, 2009b, p. 53.

²³ Para uma visão mais detalhada a respeito do tema, cf. COMPARATO, *op. cit.*, 2010; COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos direitos humanos. In: **Cultura dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 1998, pp. 53-74; e BARROS, *op. cit.*

²⁴ Segundo Pérez Luño: “*Debe quedar claro que las generaciones de derechos no suponen un proceso exclusivamente cronológico y lineal, sino más bien dialéctico dado que, como se sabe, en la historia se producen avances, retrocesos y contradicciones*”. (LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Revista internacional de derecho y ciencias sociales*. Monterrey: Universidade de Monterrey, nº 01, 2002, p. 4). Conferir ainda: SARLET, *op. cit.*, 2009b, p. 52.

²⁵ COMPARATO, *op. cit.*, 2010; e SARLET, *op. cit.*, 2009b, pp. 36-57.

²⁶ HERKENHOFF, *op. cit.*, pp. 33 e 54.

²⁷ Nesse sentido, cf. MELLO, Celso Albuquerque. A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 27, set./out. 2012. 1 DVD. ISSN 1983-0297.

²⁸ Conforme Caçado Trindade: “A *ideia* dos direitos humanos é, assim, tão antiga como a própria história das civilizações, tendo logo se manifestado, em distintas culturas e em momentos históricos sucessivos, na afirmação da dignidade da pessoa humana, na luta contra todas as formas de dominação e exclusão e opressão, e em prol da salvaguarda contra o despotismo e a arbitrariedade, e na asserção da participação na vida comunitária e do princípio da legitimidade. O reconhecimento destes valores e conceitos básicos, formando padrões mínimos universais de comportamento e respeito ao próximo, constitui um legado, mais do que do chamado pensamento ocidental, das mais diversas culturas, da consciência universal de sucessivas gerações de seres humanos, tendo presentes suas necessidades e responsabilidades.” (TRINDADE, *op. cit.*, 1997, p. 17).

²⁹ VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 11.

artifício de periodização que envolve dois ciclos distintos. A *divisio*, o marco referencial, que separa esses períodos, segundo o Professor Lusitano, radica na proclamação revolucionária da *Virginia Bill of Rights*, em 1776, ou mesmo na *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, em 1789, documentos constitucionalistas de suma relevância ético-política no evoluir histórico da luta assertiva pelos direitos humanos.^{30 31}

Sob esse esquadro, denomina-se de proto ou pré-história dos direitos humanos (*Vorgeschichte der Menschenrechte*), objeto de análise neste estudo, todo o ciclo evolutivo que, desde a Antiguidade, precedeu o fenômeno oitocentista da proclamação formal, nos aludidos documentos, dos chamados “direitos do homem” (*rights of man* ou *droits de l'homme*), expressão alusiva aos direitos básicos do ser humano que, sob inspiração jusnaturalista, foram aclamados em declarações revolucionárias de direitos ou positivados nas Constituições formais liberais no final do século XVIII e na primeira metade do século XIX – popularizada pela *Déclaration de Droits de l'Homme et du Citoyens*”, de 1789, e pela obra “*Rights of Man*” (1791), de Thomas Paine. Nesse interregno, em que ocorreu a gênese da ideia de certos direitos universais e inalienáveis inerentes ao ser humano, foram desenvolvidas concepções doutrinárias acerca dos cognominados “direitos naturais” (*natural rights* ou *droits naturels*), categoria de fundo metafísico que serviu de inspiração filosófica para o evoluir subsequente do processo de asserção histórica dos direitos humanos no seu tortuoso caminhar até a atualidade.³²

Conforme esse modelo de periodização, a proto-história foi sucedida por um ciclo evolutivo, reconhecido como “história propriamente dita dos direitos humanos”, no qual foram consolidadas as formas contemporâneas de institucionalização jurídica desses direitos, nos planos nacional (constitucional) e internacional. Com efeito, nesse segundo período, operou-se, a partir da Constituição norte-americana de 1787 e da Constituição francesa de 1791, o fenômeno da constitucionalização formal dos “direitos do homem” no âmbito doméstico de vários Estados nacionais (que passaram, a partir da Constituição alemã de 1848, a ser intitulados, em rigor, de “direitos fundamentais”, tradução do termo alemão “*Grundrechte*”). Mais recentemente, depois da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) e a contar do advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 380.

³¹ Conforme Sarlet, Klaus Stern, conhecido mestre de Colônia, adota um modelo semelhante de análise histórica quanto aos direitos fundamentais, reconhecendo 03 (três) etapas, quais sejam: a) uma pré-história (*Vorgeschichte*), que se estende até o século XVI; b) uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; e c) a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos (cf. STERN, Klaus. *Das staatsrecht der bundes republik deutschland*. vol. III/1. Munchen: C. H. Beck, 1984, p. 56 *apud* SARLET, *op. cit.*, 2009b, p. 37).

³² SARLET, *op. cit.*, 2009b, pp. 30 e 38; e SARLET, *op. cit.*, 2010c.

1948, deu-se a assimilação positiva pelo *jus gentium*. É, ademais, em relação a esse período histórico que assume relevo a problemática das denominadas “gerações” (ou “dimensões”) de direitos humanos; que refletem, no fundo, a evolução do modelo institucional do Estado de Direito, desde o Estado Liberal (Estado Formal de Direito) até o moderno Estado Social e Democrático de Direito (Estado Material de Direito).

Transpassando a referida periodização, nesse *iter* histórico, sucedeu-se, em suma, o que Bobbio intitulou de “era dos direitos” (*età dei diritti*), em que “os direitos do homem [leia-se “direitos humanos”] nascem como direitos naturais universais [sob a concepção filosófica do pensamento jusnaturalista], desenvolvem-se como direitos positivos particulares [quando as declarações liberais de direitos são incorporados por Constituições no final do século XVIII e no curso do século XIX], para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais [com o recente fenômeno da internacionalização dos direitos humanos, iniciado em meados do século XX]”³³ (acréscimos nossos).

3. A PROTO-HISTÓRIA DOS DIREITOS HUMANOS

3.1. A proto-história dos direitos humanos na perspectiva da evolução doutrinária da concepção jusnaturalista.

Não foi propriamente na Idade Antiga que emergiram as primeiras concepções doutrinárias acerca dos direitos humanos. Foi, no entanto, no referido período, que restaram concebidas, notadamente no imaginário da religião judaico-cristã e da filosofia greco-romana (estoicismo), algumas das ideias germinais associadas à igualdade fundamental entre os homens e ao valor existencial do ser humano. Essas noções básicas inspiraram, séculos depois, a construção jusnaturalista de que os seres humanos compartilham de uma natureza comum que lhes confere a titularidade de certos direitos inatos e inalienáveis.

Foi também no mundo antigo, especialmente na cultura greco-romana, nas especulações filosóficas de Cícero (*De Legibus*), adepto do estoicismo, ou mesmo nas reflexões de Platão (no *Timeu*) e Aristóteles (na *Ética a Nicômaco*), que se semeou a crença dogmática num paradigma transcendente de justiça, à época concebido como imutável, universal e, para os estoicos, fundado no equilíbrio ou harmonia ordenadora do cosmos (jusnaturalismo cósmico), revelador de leis não-escritas, de direito natural, anteriores e superiores, do ponto de vista ético-moral (e não propriamente jurídico)³⁴, às

³³ BOBBIO, *op. cit.*, 2004, p. 30.

³⁴ BOBBIO, *op. cit.*, 2006, p. 25.

leis do Estado e dos homens. A subversiva atitude de Antígona, da tragédia teatral de Sófocles, é, por sinal, muito representativa dessa afirmação cultural da existência de leis metafísicas suprapositivas que justificavam moralmente um direito natural de desobediência individual em face de leis humanas injustas.^{35 36 37}

Durante o período medievo, foi maturado doutrinariamente o pensamento jusnaturalista, de fundo teológico, que pregava o dogma confessional da existência de uma efetiva verticalização jurídica entre as ordens normativas do direito natural e do direito positivo, apesar de serem radicadas em planos distintos: o *jus naturale* seria constituído por leis celestiais, perfeitas, revestidas de maior dignidade jurídica e reveladas por infusão divina participada à razão humana (tal como assinalara São Paulo, como lei escrita por Deus no coração dos homens)³⁸; e o *jus positivum* diria respeito às leis terrenas, virtualmente imperfeitas e postas em vigor pelo próprio homem. No fundo, assumindo que “não há poder que não advenha de Deus” (Epístola aos Romanos 13:1), tratava-se de afirmar a supremacia prescritiva da moral religiosa, ainda que por meio de normas não necessariamente escritas, sobre qualquer outra forma de expressão ético-cultural humana, incluindo o direito positivo.

De particular relevância nesse contexto foi o contributo intelectual de Santo Tomás de Aquino na *Summa Theologica*, que, além de ter desenvolvido a concepção cristã da igualdade e da dignidade dos homens em Deus, redimensionada no Renascimento pelo humanista italiano Pico della Mirandola, sustentou a tese filosófica de que as predicções do direito natural, de cunho suprapositivo, ao materializarem a “ideia de justiça” defluente de Deus, limitavam o poder do homem e, por conseguinte, condicionavam juridicamente a *lex humana*. A validade desta dependia, portanto, de sua efetiva relação de conformidade substantiva com a *lex naturalis*, viabilizando, assim, uma espécie de “controle de jusnaturalidade”. Como garantia de sua supremacia, reconhecia, inclusive, que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência ativa da população contra atitudes que afrontassem a vontade de Deus (e não simplesmente a resistência passiva dos primeiros cristãos frente ao despotismo político-religioso do Império Romano³⁹).

³⁵ BOBBIO, *op. cit.*, 2006, pp. 15-19.

³⁶ MIRANDA, *op. cit.*, 2008a, p. 20.

³⁷ BOBBIO, *op. cit.*, 2006, pp. 17-19.

³⁸ BOBBIO, *op. cit.*, 2006, pp. 25-26.

³⁹ MIRANDA, *op. cit.*, 2008a, p. 21.

A partir da compreensão medieval, para além do teor moral, o direito natural adquiriu dimensão jurídica. Nesse sentido, direito natural e direito positivo passaram a ser concebidos como direito na acepção própria do termo, o que permeou, em linhas gerais, toda a tradição jusnaturalista do pensamento jurídico ocidental desde então. Alterou-se, assim, significativamente, o modo de se compreender a superioridade jurídica, e não meramente ético-moral, do direito natural frente ao direito positivo.

No que concerne à Idade Média, cabe fazer alusão ainda ao nominalismo do pensador franciscano inglês Guilherme de Occam (1285-1347), um novo modo de saber no qual, afastando-se a noção de universalismo, foi concebida originalmente a ideia de individualismo, em que o indivíduo passou a ter representação e sentido dogmático, servindo de pólo de referência na compreensão dos fenômenos relacionados à sociabilidade humana, o que reverteu radicalmente a racionalidade da era moderna.^{40 41} A doutrina individualista conduziu, por sinal, no domínio jurídico, ao desenvolvimento da categoria do “direito subjetivo”, principalmente por obra do jusnaturalista holandês Hugo Grócio (1583-1645), que o definiu como “faculdade da pessoa que a torna apta para possuir ou fazer algo justamente”.⁴²

Influenciado pelo surto de laicização decorrente do Renascimento e da Reforma, Grócio é, de fato, considerado o fundador do jusnaturalismo moderno, secular e racionalista, marcado pelo afastamento das concepções medievais de base teológica e pela evocação da razão humana como fundamento último do Direito. Nessa esteira, sustentou, nos séculos XVI e XVII, a validade universal, comum a todos os seres humanos, independentemente de suas crenças religiosas, e a imperatividade por si mesmas das normas de direito natural. Estas seriam, por sua vez, pautadas pela “justa razão” e radicadas na “natureza racional do homem”, ainda que se abstraísse a autoridade divina, ou melhor, a própria existência de Deus (“*etiamsi daremos non esse Deum*”), embora ressalvasse a extrema perversidade que se conteria nessa posição⁴³. Em seu *De Jure Belli ac Pacis*, de 1625, predica a supremacia do direito natural (*jus naturale*) frente ao direito positivo (*jus voluntarium*), independentemente de sua aceitação voluntária, nos seguintes termos: “O direito natural é um ditame da justa razão destinado a mostrar que um ato é

⁴⁰ Cf. ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Fundamentos do direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 31.

⁴¹ Nas palavras de Carlos Maximiliano, a pátria do individualismo é a Inglaterra, por isso nela brotou a fonte primitiva da liberdade moderna, que depois se infiltrou em solo francês e se espalhou pelo mundo (PEREIRA DOS SANTOS, Carlos Maximiliano. **Comentários à Constituição brasileira de 1891**. Brasília: Senado Federal: Fac-Similar, 2005, p. 686).

⁴² SARLET, *op. cit.*, 2009b, pp. 38-39.

⁴³ VASCONCELOS, *op. cit.*, pp. 22, 50, 106 e 131.

moralmente torpe ou moralmente necessário segundo seja ou não conforme à própria natureza racional do homem”. Acrescenta ainda que: “Os atos relativamente aos quais existe um tal ditame da justa razão são obrigatórios ou ilícitos por si mesmos”.⁴⁴

O reconhecimento da dimensão jurídica do direito natural, o individualismo nominalista, a ideia de direito subjetivo e o jusnaturalismo racionalista e humanista de raízes grocianas, com o afastamento da cosmovisão escolástica de base teocrática, influenciaram profundamente o pensamento moderno. Foi, de fato, nesse contexto intelectual, que emergiu a compreensão dogmática de que, por injunção racional, certos direitos dos indivíduos são inalienáveis e imprescritíveis (vida, integridade física, liberdade etc) e, conforme alguns pensadores, inatos ou originais. Disso dimanou a afirmação dos clássicos “direitos naturais do homem”, de cuja evolução resultaram, no plano jurídico-positivo, os atuais direitos humanos constitucionalizados e internacionalizados.⁴⁵

Ainda no século XVII, a categoria dos direitos naturais foi igualmente assimilada pela doutrina contratualista do britânico Thomas Hobbes (1588-1679), cuja peculiar concepção filosófica encampada a esse respeito no *Leviathan* (1651), escrito durante a sangrenta Guerra Civil Inglesa (1642-1651), era, contudo, demasiadamente limitada.^{46 47}

⁴⁴ Cf. BOBBIO, *op. cit.*, 2006, pp. 20-21.

⁴⁵ Com efeito, referidas ideias influenciaram profundamente o pensamento de vários teólogos espanhóis do século XVI, tais como Vitoria y las Casas, Vazquez de Menchaca, Francisco Suarez e Gabriel Vazquez. Estes passaram a defender o reconhecimento de certos direitos naturais em prol dos indivíduos, deduzidos do direito natural e tidos como expressão da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Na Prússia, ainda no século XVI, o jusfilósofo Hugo Donellus (1527-1591) já havia professado, em Nuremberg, que o direito natural à personalidade englobava os direitos à vida, à integridade corporal e à imagem. No início do século XVII, o alemão Johannes Althusius (1557-1638) defendera, ademais, em seu livro “A Política” (1603), a ideia da igualdade humana e da limitação do poder. Predicava, ainda, que os homens estariam submetidos à autoridade governativa apenas na medida em que a submissão política fosse produto de sua própria vontade e delegação, podendo-se valer do direito natural de resistência em face do exercício abusivo do poder político. Na Inglaterra dos séculos XVI e XVII, Sir. Edward Coke (1552-1634), cujo pensamento foi decisivo na formulação da *Petition of Rights* de 1628, sustentou a existência de *fundamental rights* em prol dos cidadãos ingleses. Referidos direitos fundamentais envolveriam, sobretudo, a proteção da vida, da liberdade pessoal contra prisões arbitrárias e da propriedade, sendo considerado o inspirador da clássica tríade “vida, liberdade e propriedade”, que se incorporou ao patrimônio do pensamento individualista burguês. John Milton (1608-1674) reivindicava, por seu turno, o reconhecimento dos direitos naturais de autodeterminação do homem, de tolerância religiosa, da liberdade de manifestação oral e de imprensa, bem como a supressão da censura. Cf. SARLET, *op. cit.*, 2009b, pp. 39-40.

⁴⁶ “Para Hobbes, o estado de natureza humano propicia o amplo uso da liberdade, que passa a ser irrestrito, a ponto de uns lesarem, invadirem, usurparem, prejudicarem os outros.” (BITTAR; ALMEIDA, *op. cit.*, p. 270).

⁴⁷ De fato, a despeito de reconhecer a titularidade inicial de certos direitos naturais, Hobbes preconizava que, em rigor, referidos direitos só teriam validade alguma no “estado de natureza” (SARLET, *op. cit.*, 2009b, p. 39); condição existencial precedente à formação convencional do “estado social”, da sociedade civil, e na qual os homens viviam tendencialmente isolados e teriam poderes ilimitados, sendo, portanto, plenamente livres (*free*). Partindo de uma concepção maniqueísta e pessimista da natureza humana, Hobbes entendia que o ser humano seria antissocial por predisposição natural, já que suas ações seriam movidas por paixões, apetites e desejos egoísticos, que comumente se contrapunham no entrelaçamento de interesses. Para satisfazer suas pretensões, o homem recorria, racionalmente, à violência e ao embuste, à fraude e à trapaça (MORRISON, *op. cit.*, p. 107). Nessa esteira, predicando que o “homem seria o lobo do próprio homem” – *homo homini lupus* (cf. HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. XVI), divergira de toda uma tradição filosófica milenar que especulava que o ser humano seria um animal social por natureza, tal como celebrizado por Aristóteles na locução “*zôon politikon*” (HOBBS, *op. cit.*, p. XVII; BITTAR; ALMEIDA, *op. cit.*, p. 270; e RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: WEFORT, *op. cit.*, p. 57). Sustentara, ademais, que, no *status naturalis*, os homens encontravam-se numa situação caótica de generalizada insegurança, hostilidade e mútua destruição, num perene círculo de agressão e autodefesa, sem garantias, o que denominou de “guerra de todos contra todos” (*bellum omnium contra omnes*). Nesse estado bélico, prevaleceria a “lei da selva” (*rule of the jungle*) ou “lei do mais forte” (*rule of the strongest*), ditada pelo “poder da força e da coerção” (*power of force and coercion*). Por recíproco medo e instinto de autopreservação ou autoconservação, sobretudo

O pensamento jusnaturalista, já secularizado pelo antropocentrismo jurídico de origens grocianas, chega ao seu ponto culminante de maturação filosófica no contexto intelectual do Iluminismo, nos séculos XVII e XVIII, mormente em virtude das teorias contratualistas de base jusracionalista laicizada desenvolvidas por John Locke (1632-1704), Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) e Immanuel Kant (1724-1804). Inspirados no individualismo jurídico, estes reconheciam nos direitos naturais inalienáveis e imprescritíveis do homem, fundados na razão humana, o centro de gravidade de toda a experiência política e jurídica, impondo-se como autênticos limites à autoridade pública do Estado. Nessa esteira, instituído especificamente para tanto, o Estado só se legitimaria institucionalmente na medida em que assegurasse proteção efetiva aos referidos direitos inerentes ao ser humano. Conforme categorização ventilada por Celso Lafer, evoluiu-se radicalmente de uma visão *ex parte principis*, de inspiração hobbesiana e fundada nos deveres dos súditos em sua relação vertical com o Estado, para uma compreensão *ex parte populi*, cuja tônica passou a gravitar em torno da noção de direitos do cidadão em face do poder⁴⁸.⁴⁹ ⁵⁰

Deveras, em sua clássica obra “Segundo Tratado sobre o Governo Civil” (“*Second Treatise of Government*”), de 1690, Locke também recorre à abstração filosófica do estado de natureza, estágio pré-político ou pré-civil da trajetória existencial humana, antecedente ao surgimento institucional do Estado, no qual os homens viviam em

em face da permanente ameaça do *summum malum* da morte violenta, os homens, reunidos numa multidão de indivíduos, reconheceram, racionalmente, num cálculo puramente utilitário, a necessidade de, mediante um “contrato social de submissão”, abdicarem ou renunciarem mutuamente todas as suas liberdades naturais e se colocarem sob a autoridade tutelar, unitária e ordenadora de um Estado forte, despótico e centralizador. O governo, que teria a função institucional de velar por sua vida, seria, por sua vez, exercido por um homem (ou por uma assembleia de homens) munido de poderes absolutos (HOBBS, *op. cit.*, p. XVIII), ante o risco recorrente de recidiva da barbárie pré-social, marcada por anarquia e brutal beligerância (“*the war of all against all*”). No estado de sociedade, os homens, investidos na ordem civil na qualidade de “súditos” (*subjects*), encontrar-se-iam, portanto, praticamente alijados de quaisquer faculdades jurídicas e submetido à completa disposição do soberano (*super omnes*), por força do artifício do contrato social, pacto que envolveria alienação consentida de todos os direitos e da própria vontade dos indivíduos em troca da paz (*peace*) e da segurança (*security*), vale dizer, da *pax et defensio communis*, além da própria vida (*life*).

⁴⁸ LAFER, Celso. **Comércio, desarmamento, direitos humanos**: reflexões sobre uma experiência diplomática. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 145.

⁴⁹ “Locke, diferentemente de Hobbes, não possui uma visão pessimista do estado de natureza. Este não seria o estado de guerra, onde o homem age como o lobo do homem (*homo homini lupus*), mas um estado de paz. Esta paz seria quebrada pela ausência de um *tertius* que julgasse os conflitos. Assim, o surgimento do contrato que dá origem à vida social está ligado à ideia de que é imprescindível um ‘terceiro’ para a decisão das lides surgidas na vida social. [...] Assim, na concepção lockeana, convivem, simultaneamente, o Estado Civil com o Estado de Natureza. O Estado Civil é erigido para garantir a vigência e proteção dos direitos naturais que correriam grande perigo, no estado de natureza, por encontrarem-se totalmente desprotegidos. Assim, é a guerra e a desordem que ameaçam os homens e os motivam a formar as regras que constituem o modo de vida regido pelo Estado e pelas leis.” (BITTAR; ALMEIDA, *op. cit.*, p. 268).

⁵⁰ “O contrato social de Locke em nada se assemelha ao contrato hobbesiano. Em Hobbes, os homens firmam entre si um *pacto de submissão* pelo qual, visando à preservação de suas vidas, transferem a um terceiro (homem ou assembleia) a força coercitiva da comunidade, trocando voluntariamente sua liberdade pela segurança do Estado-Leviatã. Em Locke, o contrato social é um *pacto de consentimento* em que os homens concordam livremente em formar a sociedade civil para preservar e consolidar ainda mais os direitos que possuíam originalmente no estado de natureza. No estado civil os direitos naturais inalienáveis do ser humano à vida, à liberdade e aos bens estão melhor protegidos sob o amparo da lei, do árbitro e da força comum de um corpo político unitário.” (ALMEIDA DE MELO, *op. cit.*, p. 86).

“perfeita liberdade” e “igualdade”⁵¹. Ao contrário de Hobbes, para o qual o todo-poderoso Leviatã absolutista suprimia ou anulava a liberdade dos homens para figurar como garante da paz interna e da segurança coletiva, para Locke, o fundador do liberalismo político, o Estado, organização instrumental destinada à salvaguarda dos direitos naturais inalienáveis do homem, afirmava-se, sobretudo, como fiador das liberdades individuais, ou melhor, da propriedade (vida, liberdade e bens). Deveria, portanto, tal como defendia Johannes Althusius, ter poderes limitados juridicamente. À semelhança da crença dogmática no individualismo, que consagra o indivíduo como fim em si mesmo da vida em sociedade e, em razão disso, possui uma dimensão dialeticamente refratária ao estatismo (espécie de “soberania do indivíduo” – *sovereignty of the individual* –, tal como ventilado por Stuart Mill), a limitação ou confinamento jurídico do poder estatal em prol da esfera de liberdade das pessoas é, de fato, um dos traços ideológicos mais típicos, caros e invariáveis do ideário político liberal⁵². Nesse mister, enquanto Montesquieu, com o *L'Esprit de Lois*, de 1748, adotara a separação de Poderes, baseada na divisão orgânica das diferentes funções institucionais do Estado, como técnica constitucionalista de limitação política das valências estatais, Locke evoca, para tanto, balizas jurídicas fundadas nos direitos naturais do homem⁵³.

Sucedendo Locke, o genebrino Rousseau também se filiara à tradição contratualista inaugurada por Hobbes. Nada obstante, a antropologia filosófica que desenvolvera no “*Du Contrat Social*” (ou “*Principes du Droit Politique*”), de 1762, representa uma radical antítese em relação ao arquétipo hobbesiano pessimista no que

⁵¹ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo civil**. Tradução de Júlio Fischer. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 382. Ao contrário de Hobbes, este era concebido, contudo, como de relativa paz, boa vontade, concórdia, assistência mútua e harmonia (ALMEIDA DE MELO, Leonel Itaussu. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, *op. cit.*, p. 85; e OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 120), no qual os homens viveriam em comunidade conforme leis naturais radicadas na razão humana, na qual se fundaria a titularidade e o respeito aos direitos inalienáveis à vida, à liberdade e à absoluta e sagrada propriedade privada (OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 116). É mister esclarecer que o termo “propriedade”, para Locke, comportava, para além da acepção corrente relativa à titularidade patrimonial de coisas móveis ou imóveis, também um sentido amplo específico associado ao que era “próprio de cada indivíduo”, de sorte que envolvia não só os bens pertencentes a cada um, mas também a sua vida e liberdade (ALMEIDA DE MELO, *op. cit.*, p. 85). Descrito como relativamente pacífico, o estado de natureza lockeano não estava, contudo, absolutamente isento de inconvenientes, sempre havendo, inclusive, infrações da lei natural (OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 125) e violações da propriedade (vida, liberdade e bens). Nada obstante, numa fase subsequente do estado de natureza, sobretudo com a invenção do dinheiro e a produção para o mercado (não mais só para o consumo próprio), a expansão da cobiça e da desigualdade social na posse de bens e a consequente diversificação da dinâmica das relações humanas, a relativa harmonia teria se corrompido de tal forma, com tamanha exacerbação dos conflitos, que se fez imprescindível a instituição do Estado para garantir a propriedade em face dos transgressores da lei natural (OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 116). A despeito de livre, o homem, nessas circunstâncias adversas, diante dos temores e perigos sociais que medram, une-se a outros homens para defender sua propriedade ameaçada (OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 126). De fato, ante o risco concreto de graves desvios humanos quanto às predicções naturais, o Estado teria sido instituído, racional e voluntariamente, por meio de um pacto social de consentimento, de consenso, como instrumento imparcial dotado de força pública coercitiva para assegurar mútua preservação e proteção à propriedade, vale dizer, aos aludidos direitos naturais. Valia-se, para tanto, do poder civil, a ser exercido na medida do estritamente consentido pelos membros da comunidade para a tutela de seus interesses individuais, sem excessos ou abusos. No pensamento lockeano, os direitos inalienáveis do homem teriam não só uma precedência existencial frente ao Estado, mas também uma eficácia oponível aos detentores do poder no estado civil, em face dos quais seria evocável, se necessário fosse, o direito natural de resistência à opressão (BITTAR; ALMEIDA, *op. cit.*, p. 269).

⁵² BONAVIDES, *op. cit.*, pp. 139-164; BOBBIO, *op. cit.*, 1990, pp. 167-168.

⁵³ BONAVIDES, *op. cit.*, 2009, pp. 139-164; BOBBIO, *op. cit.*, 1990, p. 168.

toca à psicologia humana⁵⁴. Conforme Rousseau, ao firmarem o contrato sinalagmático constitutivo do *état civil*, os homens alienam voluntariamente sua incondicionada liberdade natural (*liberté naturelle*) para recebê-la sob a forma institucionalizada de liberdade civil (*liberté civile*), qualificada pelo atributo da “cidadania” (*citoyenneté*) e, *a priori*, pela “igualdade de direitos” (*égalité des droits*); limitados estes, tão-somente, pela suprema direção da “vontade geral” (*volonté generale*), conceito-chave de sua filosofia política e que, em certa medida, contém um inequívoco pendor socializante ou publicizante. O contrato social destina-se, portanto, a instituir uma organização social justa (“*juste*”), que repousa na garantia da liberdade e da igualdade de todos, sob o signo impessoal da vontade geral, substrato moral da vida pública. Para Rousseau, a alienação pactuada não significa a perda ou esgotamento do sentido próprio dos direitos naturais, já que não se trata de uma autêntica troca ou doação; mas, sim, de uma condição necessária para a existência possível desses mesmos direitos naturais numa sociedade politicamente organizada, embora sob a forma de direitos civis. Nada obstante, Rousseau atentava para o fato de que, “quanto mais se amplia o Estado, mais a liberdade diminui” (“*plus l’État s’agrandit, plus la liberté diminue*”⁵⁵). É mister esclarecer, ademais, que a superior vontade “geral” não se confunde com a vontade “particular” dos indivíduos, nem como o que Rousseau designa de “vontade de todos”, entendida esta como a soma de vontades particulares contrapostas, visto que aquela se caracterizaria pela indivisibilidade e sempre visaria ao bem comum⁵⁶, à justiça social⁵⁷, ainda que contrapusesse interesses individuais prevalentes⁵⁸. “O que generaliza a vontade”, tal como assinala o Filósofo de Genebra, “é

⁵⁴ Com efeito, rejeitando qualquer concepção negativa do ser humano associada à ideia de natural propensão para a maldade, Rousseau predica, por hipótese heurística, que os homens nascem livres e iguais, sendo originalmente benevolentes, felizes e generosos. Viviam, ademais, numa nostálgica situação idílica, romântica, campesina e bucólica que caracterizaria o “*état de nature primitif*” da condição humana, marcado pelo mito simbólico do “bom selvagem” (*bon sauvage*), coexistindo comunitariamente de modo harmônico e pacífico em meio à natureza (BITTAR; ALMEIDA, *op. cit.*, pp. 273 e 281). Não obstante, segundo o Filósofo de Genebra, os homens, ao transitarem para um novo estado existencial, no caso, o “*état de société*”, foram desnaturados, ou melhor, “degenerados”, por distorções decorrentes do entrelaço de seus instintos, vontades e ambições individuais na resiliência da vida em comum em torno da divisão de bens patrimoniais da natureza, da repartição do meu e do teu, vale dizer, da instituição da propriedade privada (*propriété privée*). Ao contrário de Locke, Rousseau, tal como Hobbes, não qualifica, de fato, a propriedade privada como direito natural. O estado de felicidade original teria terminado, no modelo rousseauiano, exatamente quando alguém cercou um terreno pela primeira vez e disse: “Este é meu” (*Ceci est à moi*) (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discours sur l’origine et les fondements de l’inégalité parmi les hommes*. Paris: Flammarion, 1992a, p. 222). Numa espécie de alienação social de suas faculdades imanentes, os homens passaram, então, a subsistir “sob os grilhões da vida em sociedade”, com afronta à ordem natural, em situação de privação da liberdade e de desigualdade. Tal como assinala Rousseau, “O homem nasceu livre, e, por todos os lados, encontra-se acorrentado” (*L’homme est né libre, et partout il est dans les fers*⁵⁴), sob um regime de convenções humanas artificiais (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discours sur l’origine et les fondements de l’inégalité parmi les hommes*. Paris: Flammarion, 1992a, p. 222), vale dizer, não-naturais, muitas vezes pautadas pelo “direito do mais forte” (“*le droit du plus fort*”). Nessa situação distorcida e deformante, “renunciar à liberdade é renunciar à qualidade de homem, aos direitos da humanidade, e até aos próprios deveres” (“*Renoncer à sa liberté c’est renoncer à sa qualité d’homme, aux droits et l’humanité, même à ses devoirs*”), tornando-se um escravo (“*esclave*”). O pacto associativo (*pacte social*), aperfeiçoado com base num acordo de livres vontades, figura, portanto, como solução ou caminho racional para a superação desse desvirtuamento da sociedade original, desse estado antinatural de escravidão, força e desigualdade, e a instituição de uma ordem social a serviço do interesse comum (BITTAR; ALMEIDA, *op. cit.*, pp. 273 e 281; ROUSSEAU, *op. cit.*, 1992b, p. 38).

⁵⁵ ROUSSEAU, *op. cit.*, 1992b, p. 87.

⁵⁶ ROUSSEAU, *op. cit.*, 1992b, p. 54.

⁵⁷ MORRISON, *op. cit.*, p. 190.

⁵⁸ MORRISON, *loc. cit.*

menos o número de votos que o interesse comum que as une” (“*Ce qui généralise la volonté est moins le nombre des voix que l'intérêt commun qui les unit*”). Por sua vez, no modelo filosófico rousseauiano, a lei aprovada democraticamente pelo povo seria o instrumento que encarnaria por excelência o espírito da *volonté generale*, daí por que defendia a democracia como regime de liberdade e igualdade, sustentando, ademais, o dogma da “supremacia da lei”. Ao contrário de Locke, Rousseau não concebeu o dualismo “liberdade vs. poder” em termos de antítese latentemente irremediável; tanto que seu esforço doutrinal em defesa da soberania popular (*souveraineté populaire*) dirigiu-se justamente no sentido de compatibilizar liberdade e poder em torno da ideia aglutinante de democracia (*démocratie*), de sorte a assegurar que o poder político permaneça sob o controle de seu legítimo titular: o povo (*le peuple*). Além de ter agregado às clássicas *libertés civiles* o postulado filosófico de que a fonte de todo poder político radica no povo, titular legítimo e exclusivo da soberania, Rousseau conferiu especial ênfase às faculdades jurídicas de participação cidadã nos corpos políticos (*corps politiques*) da *res publicae* incumbidos da definição democrática dos destinos comuns da vida em sociedade. Em outros termos, enfatizou o exercício das liberdades políticas (*libertés politiques*), conteúdo fundamental do que viria a integrar, nas declarações e Constituições liberais, os direitos humanos de primeira geração (ou dimensão). Ao discurso liberal dos “*droits de l’homme*” foi agregado o discurso democrático dos “*droits du citoyens*”.

Particularmente no que diz respeito à gênese do poder político, Kant aderiu, em linhas gerais, à doutrina rousseauiana do contrato social, o que é sugerido pela sua própria definição de Estado como “união de uma multidão de homens”. Estabelecendo, por sua vez, uma unidade entre ética e política numa revolucionária estrutura conceitual calcada numa nova teoria da justificação, Kant concebeu o Estado em torno da ideia do Direito, definindo-o como a “união de uma multidão de homens sob as leis do Direito” (*eine Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen*), do que se pode inferir claramente que a filosofia jurídica kantiana constitui, de fato, a espinha dorsal de sua filosofia política⁵⁹. Tal como deflui da referida definição, o Estado (*civitas*), para Kant, constitui literalmente um Estado de Direito ou, como é comumente designado, um “Estado jurídico”⁶⁰, já que sua teologia institucional se resume, tão-somente, à tutela da

⁵⁹ KERSTING, Wolfgang. Política, liberdade e ordem: a filosofia política de Kant. In: GUYER, Paul (org.). **Kant**. Tradução de Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Ideias & Letras, 2009, p. 411.

⁶⁰ BONAVIDES, *op. cit.*, 2009, pp. 115-117.

ordem jurídica⁶¹, sem intervir no projeto pessoal de vida boa de cada indivíduo⁶². Vale nota, por oportuno, que Kant define o Direito como “conjunto das condições [e não simplesmente ‘conjunto de normas’] sob as quais o arbítrio de um pode ser unido ao arbítrio de outro segundo uma lei universal de liberdade” (acréscimo nosso).⁶³ ⁶⁴ Diversamente da concepção jusnaturalista predominante deste Hobbes, Kant especula que, no estado de natureza, antes da composição convencional de qualquer organização política e da adoção de um regime jurídico de convivência civil, o homem já conhecia e praticava o Direito, notadamente no plano das relações privadas (*Privatrecht*). A prática jurídica operava, contudo, sob condições precárias, carecendo de maior segurança e estabilidade. Para Kant, foi, aliás, justamente essa carência de segurança jurídica o móbil indutor da passagem racional do *status naturalis* para o *status civilis*, intermediada pela avença estatal. Nessa ocasião idealizada, surgira, então, o Direito Público (*öffentliches Recht*) a partir da positivação pactuada do princípio da autoridade e da institucionalização da coação, bem como se instituía o Estado, ao qual foi especificamente imputada a função de tutelar o regime jurídico das liberdades individuais, nele se investindo o poder político e o aparato instrumental repressivo necessário ao desempenho de seu elevado mister institucional.⁶⁵ ⁶⁶ Na filosofia política kantiana, inserida no contexto ideológico do liberalismo, o Estado qualificar-se-ia, portanto, como uma instituição *a posteriori*, erigida em prol de uma específica e prática necessidade racional da convivência humana, qual seja: a de se conferir proteção jurídica às relações sociais, em nome da “lei universal de liberdade” (*allgemeinen Gesetze der Freiheit*)⁶⁷. Visava, portanto, a assegurar máxima liberdade aos indivíduos, embora num círculo de ampla segurança jurídica.⁶⁸ ⁶⁹ Nesse

⁶¹ “Fim do Estado, segundo Kant, é tão-só a tutela do direito. O Estado deverá assegurar aos cidadãos o gozo dos seus direitos, mas não deve ingerir-se nas atividades nem cuidar dos interesses individuais. A sua função acha-se cumprida quando a todos assegurou a liberdade; nesse sentido, deverá ser Estado de Direito (fórmula esta que mais tarde assumiu significado muito diverso do kantiano).” (VECCHIO, *op. cit.*, p. 139).

⁶² Segundo BITTAR: “O Estado será, nesse contexto, o instrumento para a realização dos direitos; trata-se de um Estado somente de direitos, que regulamenta o convívio das liberdades. Sua meta é a de garantir as liberdades, de modo a permitir que todos convivam, que todos subsistam, que todos possam governar-se a si próprios, segundo a lei moral, mas sem obstruir que os outros também vivam de acordo com seus fins pessoais e próprios.” (BITTAR, *op. cit.*, p. 316).

⁶³ ANDRADE, *op. cit.*, p. 73.

⁶⁴ No original: “*das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann*”.

⁶⁵ Leciona, nesse tocante, VASCONCELOS que: “O pacto não cria o Direito, apenas o regula; não dá liberdades, mas as restringe, para que possam coexistir. O Direito precede o Estado. No entanto, as regras de Direito Natural, existentes no estado de natureza, têm apenas valor de Direito Privado. O estado político vem garantir essas regras, tornando-as de Direito Público. O Direito permanece o mesmo de antes, só que agora assegurado pela coação. Isso marca toda a diferença, que resulta da passagem de um Direito privado, não coativo, para um Direito público, coativo.” (VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 71).

⁶⁶ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007b, p. 18.

⁶⁷ BONAVIDES, *op. cit.*, 2009, pp. 110-112.

⁶⁸ BONAVIDES, *op. cit.*, 2007, p. 138.

⁶⁹ A esse respeito, sintetizando seu pensamento de que o poder civil nasceu para garantir o *status libertatis*, Kant sustenta que: “Segundo o contrato originário, todos (*omnes et singuli*) no povo abrem mão de sua liberdade externa a fim de reavê-la de novo como membros de uma república, isto é, enquanto povo visto como Estado (*universi*). Portanto não podemos dizer que no Estado um homem tenha sacrificado uma parte de sua liberdade externa inata por algum propósito particular; ao contrário, devemos dizer que ele abandonou completamente sua liberdade selvagem, sem lei, a fim de recuperá-la por inteiro num âmbito de relações legais de

tocante, esclarece Bonavides que o *status civilis* é concebido como um estado jurídico, detendo, para Kant, a significação específica de “sistema fundado no princípio de certeza, garantia, estabilidade e permanência”⁷⁰.

Para as doutrinas jusnaturalistas liberais, a legitimação do poder estatal pressupunha a satisfação e proteção dos direitos naturais inalienáveis e imprescritíveis dos homens. A estas, agregou-se, por sua vez, não só a teoria da separação de Poderes, de Montesquieu, mas também, ainda no século XVIII, a teoria jurídico-política do “Poder Constituinte” (*Pouvoir Constituant*), revelada, no contexto da Revolução Francesa, pelo abade Emmanuel Joseph Sieyès na célebre obra “*Qu'est-ce que le Tiers État?*”, publicada em 1789. Fundada na distinção fundamental entre Poder Constituinte e Poderes Constituídos, a nova teoria consagrou um dos pilares axiais do constitucionalismo contemporâneo, ao entronizar, como aspiração existencial e exigência de legitimação do poder dos novos tempos, a noção de Constituição suprema, formal e rígida⁷¹.

Lastreada em critérios hierárquico-formais e assumida como corolário direto da hegemonia política do Poder Constituinte⁷², a concepção moderna de supremacia normativa induz, de fato, um fenômeno normológico radical na ordem jurídica, ao decodificar a soberania, em sua magna expressão, na esfera institucional do direito positivo por meio da Constituição. Foi, notadamente, com a consagração do princípio da “supremacia” ou “superlegalidade” da Constituição na dogmática jurídica, que lhe restou assegurado o *status* de “lei suprema” (*paramount law*⁷³), “lei fundamental” (*Grundgesetz*⁷⁴), “lei das leis” (*lex legum*), “superlei”, entre outras expressões equivalentes⁷⁵; compreensão que se consolidou pioneira e definitivamente na experiência constitucional norteamericana, sobretudo depois da instituição, por via hermenêutica

dependência, isto é, numa sociedade juridicamente regulada, já que essa dependência deriva de sua própria vontade legislativa.” (ANDRADE, *op. cit.*, p. 81).

⁷⁰ BONAVIDES, *op. cit.*, 2009, p. 112.

⁷¹ Cf. BONAVIDES, *op. cit.*, 2010, pp. 141-161.

⁷² “Estava, desse modo, assentada a supremacia formal das normas constitucionais, que passariam a ser vistas, doravante, como normas superiores às demais normas do ordenamento jurídico não mais pela matéria de que cuidam e sim pelo Poder de que emanam, Poder esse situado acima dos Poderes ditos constituídos, na medida em que formula as normas que os constituem. É certo que as normas constitucionais corporificam determinada ideia de direito, que orienta o trabalho dos agentes do Poder Constituinte. Todavia, não são elas superiores hierarquicamente às demais normas em razão disso e sim por força da posição política suprema do Poder que as elabora. A doutrina do Poder Constituinte, em última análise, constitui uma teorização acerca de pressupostos do ordenamento jurídico, buscando estabelecer as condições pelas quais, da realidade fática do processo político, emerge o direito constitucional. Não e por outra razão que o denominado princípio da supremacia das normas constitucionais, embora possa ser visto como uma norma-princípio, em geral apenas implícita nas Constituições, deve ser concebido, acima de tudo, como uma regra estrutural do ordenamento, no sentido atribuído pela teoria sistêmica do direito, e, enquanto tal, indicativa de relações que se estabelecem entre os elementos normativos e não normativos do sistema.” (RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectiva de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 24-25).

⁷³ Locução recorrente no voto do *Chief Justice* John Marshall no célebre caso “*Marbury vs. Madison*” (1803).

⁷⁴ Vocábulo corrente na cultura jurídica germânica.

⁷⁵ BONAVIDES, *op. cit.*, 2010, p. 296.

jurisdicional, do *judicial review of legislation*⁷⁶ com o julgamento do *leading case* “*Marbury vs. Madison*”, em 1803⁷⁷. Na perspectiva de Sieyès, na tarefa extrajurídica de criar e modificar a ordem constitucional⁷⁸, caberia ao Poder Constituinte, de natureza e vicissitudes *supra legem*⁷⁹, atribuir dimensão jurídica suprema ao Texto Constitucional, limitando as ações institucionais do Estado⁸⁰ em prol da garantia dos “*droits de l’homme et du citoyen*”^{81 82 83}, tal como proclamado no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e o do Cidadão, de 1789.

3.2. A proto-história dos direitos humanos na perspectiva dos antecedentes documentais das declarações liberais de direitos do final do século XVIII.

Quanto aos documentos históricos que, na pré-história dos direitos humanos, marcaram, no domínio do direito positivo, o progressivo reconhecimento de direitos elementares do homem, não foi propriamente na Antiguidade, mas na Idade Média, que foram editados os primeiros instrumentos normativos com maior relevância e expressão a esse respeito. Nada obstante, a previsão desses direitos era feita comumente de modo assistemático e sem *status* e garantias constitucionais.

Sob essa perspectiva, a doutrina especializada tem reconhecido na Inglaterra medieval do século XIII o berço histórico dos direitos humanos, em razão da edição da *Magna Charta Libertatum*, de 1215, pacto aperfeiçoado entre o Rei João Sem-Terra (*King John Lackland* ou *Lackless John*) e os barões ingleses. Por meio da Magna Carta, forçado a tanto, o Monarca anuiu outorgar-lhes alguns “privilégios feudais”, que viriam futuramente a se expandir e se consagrar no imaginário ocidental como direitos e garantias civis clássicas⁸⁴.

⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, pp. 46-47.

⁷⁷ SARLET, *op. cit.*, 2009b, p. 43.

⁷⁸ BONAVIDES, *op. cit.*, 2010, p. 149 e 159.

⁷⁹ BONAVIDES, *op. cit.*, 2010, p. 149.

⁸⁰ “[...] a teoria do poder constituinte aparece no cenário jurídico-político para ocupar o vazio deixado pelo movimento iluminista no âmbito da legitimação e estruturação do domínio político, ponto de partida para uma nova concepção acerca do Direito e da função e limitação e controle do Estado Liberal.” (ALMEIDA FILHO, *op. cit.*, p. 122).

⁸¹ Cf. MALBERG, Raymond Carré. *Contribution à la théorie générale de l’état: spécialement d’après les données fournies par le droit constitutionnel français*. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1922, v. 2, pp. 517-519.

⁸² Cf. BONAVIDES, *op. cit.*, 2010, p. 154.

⁸³ Cf. DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 94.

⁸⁴ Dentre as faculdades jurídicas previstas na Magna Carta podem ser citadas as seguintes: o direito de propriedade (arts. 30 e 31); a liberdade de locomoção e o *habeas corpus* (arts. 40, 41 e 42); a legalidade e a anterioridade penal e tributária, tal como expresso na máxima latina de Feuerbach “*nullum crimen, nulla pena sine lege*”, bem como no célebre brocardo “*no taxation without representation*” (arts. 12, 14 e 39), respectivamente; a proibição de prisões arbitrárias e o *due process of law* (arts. 39, 52 e 55) etc.

Conquanto a Carta inglesa seja qualificada como o documento medieval de maior relevo nesse sentido, não foi propriamente o pioneiro, não se podendo deixar de fazer alusão também às cartas de franquia e aos forais outorgados pelos reis portugueses e espanhóis, nos séculos XII e XIII⁸⁵.

De todo modo, ainda que não se possa descurar do significado histórico dos aludidos instrumentos, inclusive como símbolos de limitação do poder político, cabe ponderar que referidos “privilégios feudais” (regalias da nobreza, prerrogativas eclesiásticas, franquias municipais, liberdades corporativas etc) não detinham o caráter de autênticos direitos humanos (ou mesmo direitos fundamentais). Com efeito, além de terem sido assimilados como concessões reais graciosas ou obrigações assumidas pelos reis subscritores, com eficácia geograficamente bem delimitada, os “direitos” beneficiavam apenas certos estratos sociais restritos. Não detinham, assim, feição universalista ou associada à simples qualidade humana dos destinatários, mas, sim, à sua qualificação corporativa, à titulação eclesiástica ou nobiliárquica ou à ascendência familiar no assimétrico modelo de sociedade estamental e estratificada da época, alijando, portanto, a grande massa de súditos servis, alheia a direitos⁸⁶. Não veiculavam, pois, direitos universais, mas “direitos” estamentais.

No início da modernidade, o Velho Continente era marcado por regimes de grande intolerância religiosa, com o aval da Igreja Católica. A Reforma Protestante, iniciada por Martinho Lutero (1483-1546), bem como as guerras e demais conflitos religiosos que transcorreram nos séculos XVI e XVII contribuíram decisivamente para a reversão do quadro político-institucional europeu. Referidos eventos repercutiram decisivamente no processo de consolidação dos modernos Estados nacionais e do absolutismo monárquico – precondição histórica das revoluções burguesas do século em XVIII. Demais disso, tiveram relação direta com o desgaste político da Igreja Católica e a laicização do pensamento filosófico, com profundos reflexos sobre a doutrina jusnaturalista. Serviram

⁸⁵ Para George Marmelstein, o primeiro documento estatal a proteger direitos desse jaez, ao que se sabe, é da Espanha, concedido pelo Rei Afonso IX, nas cortes de Leão, em 1188, que, já na época, protegia os bens fundamentais dos súditos, tais como vida, propriedade e honra (cf. LIMA, George Marmelstein. A efetivação do direito fundamental à saúde pelo Poder Judiciário. *Juris Plenum Ouro, Caxias do Sul: Plenum*, n. 28, nov./dez. 2012. 1 DVD. ISSN 1983-0297).

⁸⁶ Conforme leciona Comparato, “A sociedade medieval europeia era composta, basicamente, de três estamentos (*status, Stände, états*), isto é, de grupos sociais dotados de um estatuto jurídico próprio ligado à condição pessoal de seus integrantes. Eram eles a nobreza, o clero e o povo. Os dois primeiros possuíam privilégios hereditários, e o terceiro tinha como única vantagem o *status libertatis*, isto é, o fato de que os seus componentes não se confundiam com a multidão dos servos de todo o gênero.” (COMPARATO, *op. cit.*, pp. 86-87).

ainda de palco para a reivindicação ético-moral e o gradativo reconhecimento positivo da liberdade de opção religiosa e de culto em diversos países europeus.⁸⁷

Nesse período histórico de grande turbulência nas relações políticas europeias, a par das questões religiosas, verificou-se, na Inglaterra do século XVII, um movimento de progressiva limitação do poder monárquico, dantes absoluto, e de afirmação institucional do Parlamento perante a Coroa Britânica. Com a institucionalização de um regime de monarquia parlamentar, limitada, sobretudo com o desfecho da Revolução Gloriosa (*Glorious Revolution*), houve, de fato, uma verdadeira transfusão dos poderes da Realeza para o Corpo Legislativo. Passando a vigorar a fórmula político-institucional do *Rule of Law*, o *Parliament of the United Kingdom* passou a contar com uma espécie de “soberania parlamentar” (*parliamentary sovereignty*), também designada de “supremacia parlamentar” ou “supremacia legislativa” (*parliamentary supremacy* ou *legislative supremacy*). Nesse período de profunda reordenação orgânica das relações de poder, verificou-se, outrossim, a edição de uma série de clássicos instrumentos legais não só de reforma política, mas também de consagração de direitos individuais, com alcance subjetivo bem mais alargado do que os direitos estatutários medievais⁸⁸.

Insofismavelmente, referidos documentos históricos ingleses, que serviram de fonte de inspiração para as subseqüentes declarações revolucionárias norteamericana e francesa, são de suma importância para a evolução afirmativa dos direitos humanos e para a luta civilizatória pela limitação do poder político. Na cultura britânica, cuja sociedade civil já havia praticamente superado as diferenças feudais de *status*, os direitos declarados simbolizam, tal como assinala Ingo Sarlet, a conversão ontológica dos privilégios estamentais e liberdades corporativas medievais em faculdades genéricas no plano do Direito Público moderno. Proporcionavam, assim, um grande aperfeiçoamento civilizatório tanto no que diz respeito ao conteúdo das liberdades reconhecidas, quanto

⁸⁷ São, aliás, instrumentos históricos representativos dessa etapa de afirmação normativa de direitos de liberdade religiosa: o *Édito de Nantes*, promulgado por Henrique IV da França, em 1598, e depois revogado por Luís XIV, em 1685, que havia reconhecido aos protestantes franceses a liberdade de consciência, certa liberdade de culto e a igualdade civil com os católicos⁸⁷; os documentos aprovados por ocasião da Paz de Augsburg, em 1555, que estabeleceram a igualdade entre luteranos e católicos, com garantia da liberdade de consciência e de culto privado aos dissidentes da confissão religiosa que porventura devesse ser oficialmente seguida por escolha real (*cujus regio e ius religio*); os instrumentos firmados no contexto da Paz da Westfália, em 1648, que marcou o final da Guerra dos Trinta Anos e estendeu a tolerância religiosa aos calvinistas; e o *Toleration Act*, de 1689, aprovado pelo Parlamento inglês (além de documentos similares anteriormente editados em colônias norteamericanas, a exemplo de Maryland, já em 1649, e Rhode Island, em 1663, que, por sinal, haviam sido povoadas por muitos peregrinos ingleses protestantes).

⁸⁸ Vale citar: a *Petition of Rights*, de 1628, firmada por Carlos I, que, entre outras prescrições, vedou a cobrança de tributos sem autorização do Parlamento (“*no taxation without representation*”) e a realização de prisões sem formação de culpa; o *Habeas Corpus Act*, de 1679, subscrito por Carlos II; o *Bill of Rights*, de 1689, promulgado pelo Parlamento e que vigorou durante o reinado de Guilherme d’Orange, no contexto da luta contra o absolutismo monárquico que transcorreu durante a *Glorious Revolution*, de 1688, no qual foi estabelecida, pela primeira vez no Estado moderno, a separação dos poderes como garantia das liberdades civis⁸⁸; e, para alguns, o *Establishment Act*, de 1701, que definiu as leis da Inglaterra como direitos naturais de seu povo.

no que toca à extensão da sua titularidade à totalidade dos cidadãos ingleses, sendo, inclusive, extensíveis às colônias americanas⁸⁹.

Sem embargo, à luz do imaginário político-jurídico que se delineou a partir dos movimentos revolucionários do final do século XVIII, referidas liberdades civis positivadas no plano do direito interno não são doutrinariamente qualificadas como marco do efetivo nascimento dos direitos humanos, mormente no que toca à acepção específica de direitos fundamentais. Deveras, referidas liberdades, além de não se revestirem de universalidade, pois se destinavam, exclusivamente, aos cidadãos ingleses, não figuravam como autênticos direitos inerentes e inalienáveis do homem, mas, sim, como meras tolerâncias estatais, concessões ou franquias do poder. Podiam, portanto, ser suprimidas a qualquer tempo, mormente pela soberana ação reformadora do Legislador inglês. Ademais, consideradas as peculiaridades do fenômeno constitucional britânico, referidas faculdades jurídicas assumiram, no fundo, a natureza de “simples” direitos públicos subjetivos, e não de verdadeiros *fundamental rights* dotados de supremacia e estabilidade constitucional. Estavam, em razão disso, sujeitas à plena disponibilidade política do Parlamento britânico, que, tal como precedentemente aduzido, gozava de absoluta preeminência institucional no corpo orgânico do poder no Estado Moderno inglês, forma peculiar de organização política pautada pelo regime do *Rule of Law*.⁹⁰

Na sequência, cabe fazer especial análise da *Virginia Bill of Rights*, de 1776, e da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, de 1789, ambas profundamente influenciadas pela ideologia jusnaturalista; servindo, indistintamente, para os fins deste estudo, como referenciais divisórios da passagem da pré-história dos direitos humanos para a etapa histórica propriamente dita.

Apesar do dissídio doutrinário acerca de qual das declarações revolucionárias do final do século XVIII, se a norteamericana ou a francesa, detém o mérito da “paternidade dos direitos fundamentais”, é, para Sarlet, a primeira que efetivamente marca a transição dos direitos de liberdade legais dos cidadãos ingleses para os direitos constitucionais universais⁹¹. O estopim das mencionadas conflagrações revoltosas partiu, de fato, das Treze Colônias Britânicas da América do Norte, que findaram por gerar, por aglutinação federativa, os Estados Unidos da América (EUA), num evento histórico, encetado em

⁸⁹ SARLET, *op. cit.*, 2009b, pp. 42-43.

⁹⁰ BONAVIDES, *op. cit.*, 2010, pp. 83-87; SANTOS, Sérgio Roberto Leal dos. **Manual de teoria da constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 35-38; e SARLET, *op. cit.*, 2009b, p. 43.

⁹¹ SARLET, *op. cit.*, 2009b, p. 43.

1775; a que se convencionou denominar, com ponderáveis ressalvas, de Revolução Americana ou, melhor, de Guerra da Independência dos Estados Unidos da América (1775-1787)⁹². A formação político-institucional dos Estados Unidos foi, a propósito, profundamente inspirada pela doutrina iluminista francesa, especialmente por Locke, Rousseau e Montesquieu, dos quais os americanos colheram, respectivamente, o reconhecimento dos direitos naturais, o princípio democrático e a técnica da separação dos poderes, assimilados pela experiência constitucional inaugurada em 1787.

Na sequência, ocorreu a chamada Revolução Francesa, iniciada em 1789, que, revestindo-se de maior projeção universalista do que o embate norteamericano, irradiou sobre toda a Europa Ocidental e a América ondas revolucionárias que se fizeram reverberar ao longo de todo o século XIX. Sobretudo em função da Independência Norteamericana e da Revolução Francesa, esse surto libertário marcou decisivamente a transição do feudalismo para o capitalismo. Provocou, ademais, a implantação de uma nova ordem das coisas no mundo ocidental, introduzindo-o no contexto da contemporaneidade, no qual se imiscuíram, dentre inúmeras outras conquistas civilizatórias, o constitucionalismo e os direitos humanos constitucionalmente positivados.

De todo modo, conquanto essas sequenciadas sublevações ocorridas na América, na Europa Ocidental e novamente na América possam ser apreendidas e analisadas isoladamente, como fenômenos específicos, não intercalam uma série histórica de revoluções insuladas. Em verdade, fundando-se em causas estruturais comuns e intimamente imbricadas entre si, a par de também possuírem circunstâncias particularizantes, hão de ser, no fundo, concebidas como estágios de um grande processo unitário de uma grande revolução ocidental ou atlântica. Referido processo revolucionário desintegrou para reintegrar, de modo diverso, a feição do Ocidente como um todo, nela se podendo distinguir, no princípio, uma “fase americana” e uma “etapa francesa”⁹³.

Com efeito, na quadra final do século XVIII, período de densidade histórica ímpar, uma conjunção mui refinada de circunstâncias objetivas e subjetivas, mormente de ordem política, social, econômica e cultural, projetou, no continente americano e

⁹² KARNAL, Leandro [et al.]. História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2010, pp. 25-97; COMPARATO, *op. cit.*, pp. 62-63; e AQUINO, *op. cit.*, pp. 138-143.

⁹³ AQUINO, *op. cit.*, p. 138.

européu, os alicerces materiais e espirituais necessários à idealização, implantação e propagação universalista de um novo paradigma político e jurídico sem precedentes históricos análogos. Contestando e rompendo com o *status quo*, bem como abrindo caminho para que o mundo ocidental ingressasse em novas fronteiras civilizatórias, referido paradigma passou a perseguir, à luz de renovado repertório de instituições político-jurídicas, pontos de equilíbrio possível entre as instâncias do poder e da liberdade; com preeminência, mormente no modelo liberal de Estado de Direito, para essa em face daquela. Alegoricamente falando, foi a “virada”, “giro” ou “revolução copernicana” no que tange ao binômio “poder x liberdade”, que passou a ser balizado pelos vetores ideológicos da contenção, despersonalização, racionalização, laicização e legitimação democrática do poder, dentre outros correlatos. Essa ruptura de paradigma não se deu, contudo, de modo pacífico e tranquilo no transcorrer do processo histórico, já que o poder político estabelecido só se curvou diante da luta engajada, em que muitas cabeças, inclusive de reis, foram guilhotinas e muito sangue humano precisou ser derramado.

A Declaração de Direitos do Povo da Virgínia (1776) assimilou, em termos gerais, as mesmas liberdades civis já consolidadas nas antecessoras declarações de direitos britânicas do século XVII, direitos estes que eram, aliás, também extensíveis aos súditos das Treze Colônias. O mesmo se deu nas demais *bills of rights* subsequentes das ex-colônias inglesas, tais como as da Pensilvânia, Maryland e Carolina do Norte (igualmente de 1776), de Massachusetts (1780) e de New Hampshire (1784). Tal como preceitua Martin Krielle, os direitos fundamentais americanos somente podem ser entendidos a partir de sua origem histórica no Direito inglês⁹⁴. Sem embargo da virtual identidade de conteúdo dos direitos proclamados, as declarações norteamericanas diferem significativamente das anglo-saxônicas por declararem, sob influência jusnaturalista, “*certain inherant rights*” ou “*certain unalienable rights*”. As declarações norteamericanas reconhecerem, ademais, supremacia ou superlegalidade aos direitos naturais nela positivados, atribuindo-lhes, assim, eficácia oponível, inclusive, aos corpos legislativos, constituídos por representantes do povo, vinculando, dessa forma, todos os poderes públicos. De todo modo, apesar dessa consciência da superioridade jurídica dos direitos naturais e inalienáveis do homem, o *status* constitucional da fundamentalidade em sentido formal só foi definitivamente consagrado a partir da incorporação, pelas emendas

⁹⁴ KRIELLE, *op. cit.*, p. 180.

de 1791, da substância dessas declarações pela Constituição promulgada em 1787, ou, mais exatamente, tal como adverte Sarlet, a partir do momento em que a *supremacy of the Constitution* foi afirmada na prática da *Supreme Court* a partir do *leading case* “*Marbury vs. Madison*”, em 1803⁹⁵. Foi, a propósito, em razão da compreensão dogmático-constitucionalista da preeminência jurídica da Constituição que se tornou culturalmente viável a instituição pioneira do controle de constitucionalidade por parte dos norte-americanos, sob a fórmula difusa-concreta do *judicial review (of the constitutionality of legislation)*.

Sem embargo da precedência cronológica da sublevação e da declaração norte-americana, marco de extrema relevância no processo de afirmação histórica dos direitos humanos e que teve influência decisiva, sobretudo pelo contributo de Lafayette⁹⁶, na confecção da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, o levante revolucionário francês e a sua respectiva declaração de direitos adquiriram, em verdade, maior projeção ecumênica, transcendental ou universal, irradiando-se, com mais vigor, sobre toda a Europa Ocidental e a América. Com efeito, referida convulsão revolucionária, de vocação transnacional, fomentou, no Ocidente como um todo, radical reviravolta nos paradigmas políticos e jurídicos então vigorantes, segundo a novel agenda ideológica proposta pelo modelo liberal-burguês. Cabe salientar, outrossim, que, “antes de ser um fenômeno puramente francês, a Revolução pertenceu ao mundo”⁹⁷, tanto que Martin Kriele, ao ponderar a respeito da relevância histórica de ambas as declarações, afirma que, enquanto os americanos tinham apenas direitos fundamentais, a França legou ao mundo os direitos humanos. Não é à toa, aliás, que a consagrada “Revolução das Revoluções” pontua a periodização clássica da historiografia ocidental como marco de transição dos ciclos históricos referentes à Idade Moderna e à Era Contemporânea.

Inspirada, por sua vez, pelo repertório de concepções e categorias doutrinárias do pensamento liberal, a sublevação revolucionária francesa, fomentada, sobretudo, pelos interesses existenciais de integrantes da burguesia em ascensão, classe economicamente hegemônica que, conscientizada pelas “luzes do século”, liderou o Terceiro Estado. Almejou-se, dentre outras pautas libertárias, um amplo e denso processo de ruptura de paradigma em relação a várias das instituições políticas e jurídicas típicas do Antigo

⁹⁵ SARLET, *op. cit.*, 2009b, p. 43.

⁹⁶ KRIELE, *op. cit.*, p. 198.

⁹⁷ AQUINO, *op. cit.*, p. 143.

Regime (*Ancien Régime*)⁹⁸, marcadamente caracterizado, no plano político, pela concentração desregulamentada e autocrática do poder nas mãos do monarca, que personificava o próprio Estado, o qual assumia, inclusive, a feição de Estado Patrimonial; pelo irracionalismo/voluntarismo das decisões estatais; e pela autoridade incontrolável e irresponsabilizável do soberano. Com efeito, no imaginário antiabsolutista do movimento revolucionário, de genética iluminista, apregoava-se a necessidade de redefinição das relações entre o Estado e a sociedade e de implantação de nova fórmula de constituição estatal. Tencionava-se pela substituição do antiquado esquema centrípeto de poderes públicos e fundada no primado da soberania popular e no compromisso institucionalizado de respeito a certos direitos inalienáveis e imprescritíveis enraizados na própria natureza humana (jusnaturalismo antropológico), fazendo prevalecer o Direito dos homens em detrimento do Direito divino.

No “*Nouveau Régime*”, o Estado submeter-se-ia, assim, aos balizamentos normativos do Direito, daí a expressão “Estado de Direito”. Sujeitar-se-ia, ademais, à consolidação textual de um instrumento jurídico escrito que, a um só tempo: promoveria a contenção e racionalização do poder político (juridificação ou juridicização do poder político); e, em prol da esfera autonômica de liberdades individuais “do homem e do cidadão”, estatuiria um catálogo intangível e inderrogável de direitos e garantias civis e políticas em face do Estado. Referido artefato civilizatório no qual seriam enfeixados, de forma escrita e solene, os mecanismos de demarcação jurídica das dimensões governativas da autoridade estatal, mormente em favor da autonomia individual, definindo as bases estruturantes do Estado e circunscrevendo a órbita fechada de movimentação do poder político, corporificou-se ou materializou-se pioneiramente na Constituição Americana de 1787 e na Constituição Francesa de 1791.

Concebida nesses termos, a Constituição encapou, desde então, o mister e a utopia de figurar, por excelência, como instrumento político-jurídico confinador e racionalizador do poder estatal, no qual seria definido o modo-de-ser do Estado, modulando, assim, sua conformação institucional. Seu núcleo ético-político radica, por sua vez, nos direitos humanos positivados sob a forma de direitos do homem (atualmente, denominados de “direitos fundamentais”).

NOTAS CONCLUSIVAS

⁹⁸ “A Revolução Francesa não teve apenas o propósito de mudar o Governo *ancien*, mas o de abolir a forma *ancienne* da sociedade” (BOBBIO; MANTTEUCCI; PASQUINO, *op. cit.*, p. 30).

Na proto ou pré-história dos direitos humanos, ciclo evolutivo que, desde a Antiguidade, precedeu o fenômeno oitocentista da proclamação formal, em documentos revolucionários constitucionalistas, dos chamados “direitos do homem” (*rights of man* ou *droits de l’homme*), ocorreu a gênese da ideia de certos direitos universais e inalienáveis inerentes ao ser humano. Foram, ademais, desenvolvidas concepções doutrinárias acerca dos cognominados “direitos naturais” (*natural rights* ou *droits naturels*), categoria de fundo metafísico que serviu de inspiração filosófica para o evoluir subsequente do processo de asserção histórica dos direitos humanos no seu tortuoso caminhar até a atualidade.

Nesse período histórico, foram maturados os modelos doutrinários (Locke, Rousseau e Kant, entre outros) que influenciaram, mormente com base na tradição jusnaturalista, o reconhecimento formal dos “direitos do homem” pelo direito constitucional positivo a partir do final do século XVIII.

Em verdade, não foi propriamente na Idade Antiga que emergiram as primeiras concepções doutrinárias acerca dos direitos humanos. Foi, no entanto, no referido período, que restaram concebidas, notadamente no imaginário da religião judaico-cristã e da filosofia greco-romana (estoicismo), algumas das ideias germinais associadas à igualdade fundamental entre os homens e ao valor existencial do ser humano. Essas noções básicas inspiraram, séculos depois, a construção jusnaturalista de que os seres humanos compartilham de uma natureza comum que lhes confere a titularidade de certos direitos inatos e inalienáveis.

Durante o período medieval, foi maturado doutrinariamente o pensamento jusnaturalista, de fundo teológico, que pregava o dogma confessional da existência de uma efetiva verticalização jurídica entre as ordens normativas do direito natural e do direito positivo (Santo Tomás de Aquino). Ainda na Idade Média, surgiu a doutrina nominalista ou individualista de Guilherme de Occam, em que indivíduo passou a ter representação e sentido dogmático, servindo de pólo de referência na compreensão dos fenômenos relacionados à sociabilidade humana, o que reverteu radicalmente a racionalidade da era moderna.

No séc. XVI, a doutrina individualista conduziu, no domínio jurídico, ao desenvolvimento da categoria do “direito subjetivo” por Hugo Grócio, que é, por sinal, fundador do jusnaturalismo moderno, secular e racionalista, marcado pelo afastamento

das concepções medievais de base teológica e pela evocação da razão humana como fundamento último do Direito.

O reconhecimento da dimensão jurídica do direito natural, o individualismo nominalista, a ideia de direito subjetivo e o jusnaturalismo racionalista e humanista de raízes grocianas, com o afastamento da cosmovisão escolástica de base teocrática, influenciaram profundamente o pensamento moderno. Foi, de fato, nesse contexto intelectual, que emergiu a compreensão dogmática de que, por injunção racional, certos direitos dos indivíduos são inalienáveis e imprescritíveis (vida, integridade física, liberdade etc) e, conforme alguns pensadores, inatos ou originais. Disso dimanou a afirmação dos clássicos “direitos naturais do homem”, de cuja evolução resultaram os atuais direitos humanos constitucionalizados e internacionalizados.

Já secularizado pelo antropocentrismo jurídico de origens grocianas, o pensamento jusnaturalista chega ao seu ponto culminante de maturação filosófica no contexto intelectual do Iluminismo, nos séculos XVII e XVIII, mormente em virtude das teorias contratualistas de base jurracionalista laicizada desenvolvidas por Locke, Rousseau e Kant. Inspirados no individualismo jurídico, estes reconheciam nos direitos naturais inalienáveis do homem, fundados na razão humana, o centro de gravidade de toda a experiência política e jurídica, impondo-se como autênticos limites à autoridade pública do Estado. Nessa esteira, forjado especificamente para tanto, o Estado só se legitimaria institucionalmente na medida em que assegurasse proteção efetiva aos referidos direitos inerentes ao ser humano. Para as doutrinas jusnaturalistas liberais, a legitimação do poder estatal pressupunha a satisfação e proteção dos direitos naturais inalienáveis dos homens. A estas, agregou-se, por sua vez, não só a teoria da separação de Poderes, de Montesquieu, mas também, ainda no século XVIII, a teoria jurídico-política do Poder Constituinte, revelada, no contexto da Revolução Francesa, por Sieyès.

Do ponto de vista documental, o berço histórico dos direitos humanos deu-se na Inglaterra medieval do século XIII, com a edição da *Magna Charta Libertatum*, de 1215, em que foram consagrados certos “direitos feudais”, que não detinham, contudo, o caráter de autênticos direitos humanos, visto que eram assimilados como concessões reais graciosas; possuíam eficácia geograficamente bem delimitada; e só beneficiavam certos estratos sociais restritos, não evidenciando feição universalista.

Em meio à Reforma Protestante e à Revolução Gloriosa, verificou-se, na Inglaterra do século XVII, um movimento de progressiva limitação do poder monárquico,

de afirmação institucional do Parlamento (*Rule of Law*) e de consagração de direitos individuais. As liberdades civis consagradas não representam autênticos direitos humanos, pois não se revestiam de universalidade, destinando-se, exclusivamente, aos cidadãos ingleses; e não eram concebidas como inerentes e inalienáveis do homem, mas, sim, como meras tolerâncias estatais, passíveis de supressão a qualquer tempo, mormente pela soberana ação reformadora do Legislador inglês.

Foram a *Virginia Bill of Rights*, de 1776, e a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, de 1789, ambas influenciadas pela ideologia jusnaturalista, que serviram, indistintamente, como referenciais divisórios da passagem da pré-história dos direitos humanos para a etapa histórica propriamente dita, na qual referidos direitos de liberdade legais, reconhecidos em prol dos cidadãos ingleses, foram institucionalizados sob a forma de direitos constitucionais universais.

Nesse contexto histórico, a Constituição afirmou-se como instrumento confinador do poder estatal, cujo núcleo ético-político radicava, por sua vez, nos direitos humanos positivados sob a forma de direitos do homem (atualmente, denominados de “direitos fundamentais”).

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Fundamentos do direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- AQUINO, Rubim Santos Leão de [*et al.*]. **História das sociedades**: das sociedades modernas às sociedades atuais. 32. ed. Rio de Janeiro: Livros Técnicos, 1995.
- BARROS, Sérgio Resende. **Direitos humanos**: paradoxo da civilização. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.
- _____. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- _____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.
- _____. **Estado, governo, sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale *et al.* 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. **Do estado liberal ao estado social**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. Fundamentos dos direitos humanos. In: **Cultura dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 1998.
- SANTOS, Sérgio Roberto Leal dos. **Manual de teoria da constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Manual de sociologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, v. 1, 1994.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- HOBBS, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX (1914-1991)**. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- KARNAL, Leandro [*et al.*]. **História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2010.
- GUYER, Paul (org.). **Kant**. Tradução de Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Ideias & Letras, 2009.
- KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do estado: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático**. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009.
- LAFER, Celso. **Comércio, desarmamento, direitos humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LIMA, George Marmelstein. A efetivação do direito fundamental à saúde pelo Poder Judiciário. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 28, nov./dez. 2012. 1 DVD. ISSN 1983-0297.
- LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo civil**. Tradução de Júlio Fischer. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Las generaciones de derechos humanos*. In: **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Madrid, nº 10 (1991b), set./dez., pp. 203-217.
- _____. *Revista internacional de derecho y ciencias sociales*. Monterrey: Universidade de Monterrey, nº 01, 2002, p. 4.
- MALBERG, Raymond Carré. **Contribution à la théorie générale de l'état: spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français**. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1922, v. 2.

- MELLO, Celso Albuquerque. A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 27, set./out. 2012. 1 DVD. ISSN 1983-0297.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, Tomo IV.
- MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- ORTEGA Y GASSET, José. *Meditaciones del Quijote*. In: **Obras completas**. Madrid: Revista de Occidente, v. I, 1966.
- PEREIRA DOS SANTOS, Carlos Maximiliano. **Comentários à Constituição brasileira de 1891**. Brasília: Senado Federal: Fac-Similar, 2005.
- RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectiva de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- REALE, Miguel. Fundamentos da concepção tridimensional do direito. In: **Revista brasileira de filosofia**, 1960, v. X, fasc. IV.
- REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- ROSAS, Allan. *So-called rights of the third generation*. In: EIDE, Asbjorn; KRAUSE, Catarina; ROSAS, Allan. **Economic, social and cultural rights**. Dordrecht, Boston e Londres: Martinus Nijhoff, 1995.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*. Paris: Flammarion, 1992.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social ou principes du droit politique*. Paris: Ganier Frères: Flammarion, 1992.
- SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- _____. Os direitos fundamentais, a reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 14, jul./ago. 2010c. 1 DVD. ISSN 1983-0297.
- SARTORI, Giovanni. **Democrazia e definizioni**. 3. ed. Bologna: Mulino, 1969.
- STERN, Klaus. *Das staatsrecht der bundes republik deutschland*. vol. III/1. Munchen: C. H. Beck, 1984.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, v. I, 1997.
- VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**. Tradução de Antônio José Brandão. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.
- VILLA, Mariano Moreno. **Filosofia: ética, política e historia de la filosofia**. Servilha: MAD, 2003.
- WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política**. 11. ed. São Paulo: Ática, 2006.