

A QUESTÃO TERMINOLÓGICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O TRÂNSITO À MODERNIDADE

THE TERMINOLOGICAL QUESTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE ROAD TO MODERNITY

MARCOS LEITE GARCIA

Doutor em Direito pela Universidade Complutense de Madrid – Espanha. Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – Cursos de Mestrado e Doutorado – e da graduação em Direito da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Autor de vários artigos e capítulos de livros sobre Direitos Fundamentais. E.mail: mleitegarcia@terra.com.br

DIRAJAIA ESSE PRUNER

Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (2005), Pós Graduada em Nível de Aperfeiçoamento pela Escola da Magistratura Trabalhista e Pós-Graduação em Direito do Trabalho da 12. Região (2001). Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (2000). É professora e responsável pelo Núcleo de Prática Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, Unidade Kobrasol. E-mail: dirajaia@univali.br.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo abordar o momento histórico chamado de trânsito à modernidade e suas influências para o futuro desenvolvimento dos direitos fundamentais. Para melhor compreensão do tema, inicialmente, serão analisadas várias terminologias e conceitos utilizados para nominar o fenômeno dos direitos fundamentais. Em seguida, passar-se-á a analisar o momento histórico chamado de trânsito à modernidade, do qual se compreende que surgiram os germes dos atuais direitos fundamentais.

Palavras chave: Direitos fundamentais; Terminologia; Trânsito à Modernidade.

RESUMEN

El presente artículo tratará del momento histórico llamado tránsito a la modernidad y sus influencias a la comprensión del futuro desarrollo de los derechos fundamentales. Para entender mejor el tema, se analizará diversas terminologías y conceptos que se utilizan para designar el fenómeno de los derechos fundamentales. A continuación se va a examinar el momento histórico llamado tránsito a la modernidad, donde se entiende que surgió el germen de los actuales derechos fundamentales.

Palabras claves: Derechos fundamentales; Terminología; Tránsito a la Modernidad.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar o momento histórico chamado de trânsito à modernidade e suas influências para a compreensão das bases dos direitos fundamentais.

Nos dias de hoje a discussão sobre direitos fundamentais é revestida de extrema atualidade. São muitas as obras, seminários, congressos, entre outros eventos, que tratam do tema. No entanto, é perceptível um certo dissenso no tocante a terminologia e a conceituação dos mesmos, daí a necessidade de aprofundar o tema. Além do dissenso, várias são as teorias que se aventuram a conceituar os direitos fundamentais e muitas delas perdem-se em simplicidade e reducionismos.

Desta forma, inicialmente, buscar-se-ão, esclarecimentos a respeito das várias terminologias e conceitos utilizados para nominar os direitos fundamentais. Em seguida, passar-se-á a analisar o momento histórico chamado de trânsito à modernidade, de onde se compreende que surgiram os germes dos direitos fundamentais.

1. SOBRE A TERMINOLOGIA E O CONCEITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Cabe destacar que os direitos fundamentais são intitulados e conceituados pela doutrina e pelo senso comum de várias formas.

Segundo Sarlet¹, as expressões amplamente utilizadas são: direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais, e direitos humanos fundamentais. Esta pluralidade de termos e conceitos leva a ausência de consenso, o que dificulta o estudo da matéria. No entanto, destaca o autor:

(...) a moderna doutrina constitucional, ressalvadas algumas exceções, vem rechaçando progressivamente a utilização de termos como “liberdades públicas”, “liberdades fundamentais”, “direitos individuais” e “direitos públicos subjetivos”, “direitos naturais”, “direitos civis”, assim como as suas variações, porquanto – ao menos como termos genéricos – anacrônicos e, de certa forma, divorciados do estágio atual da evolução dos direitos fundamentais no âmbito de um Estado (democrático e social) de Direito, até mesmo em nível do direito internacional, além de revelarem, com maior ou menor intensidade, uma flagrante insuficiência no que concerne à sua abrangência, visto que atrelados a categorias específicas do gênero direitos fundamentais.²

Peces-Barba³ ensina que estas expressões foram cunhadas no mundo moderno, quando da transformação da cultura comunitária da Idade Média para a cultura individualista da Idade Moderna. Foram surgindo aos poucos, em decorrência de evoluções culturais, contexto histórico, interesses, ideologias, ciência e filosofia.

José Afonso da Silva⁴ entende que muitas destas expressões estão em desuso pois estão atreladas a determinadas categorias específicas de direitos fundamentais e não representariam a totalidade destes direitos.

Destaca-se que este trabalho não abordará o significado de todas as expressões acima elencadas, mas centrar-se-á em analisar as expressões direitos humanos e direitos fundamentais, as quais são mais comuns entre os doutrinadores que serão aqui utilizados e, segundo os mesmos, seriam as mais abrangentes.

Para Sarlet⁵ em uma explicação simples e didática, (pois uma análise mais

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.31.

² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. p.31-32.

³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales: teoría general. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999. p.22.

⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p.157.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficacia dos direitos fundamentais.p.34.

profunda demandaria outras explicações, as quais, no momento, não são possíveis em virtude da limitação física do trabalho) é possível admitir três nomenclaturas: direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais.

Os direitos do homem, também chamados de direitos naturais, seriam aqueles direitos que nascem da simples condição humana. Podem ser compreendidos como direitos da era pré-histórica dos direitos humanos e fundamentais. Seria a designação utilizada em uma fase anterior ao reconhecimento dos direitos humanos internacionalmente e dos direitos fundamentais nacionalmente.⁶

Conforme ensina Bobbio⁷, os direitos do homem, ou naturais, não podem ser confundidos com os direitos humanos, pois, os direitos humanos além de se originarem da natureza humana são também “direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem”, o que não ocorre com os direitos naturais, entendidos como aqueles que passam a existir juntamente, e automaticamente, com o nascimento do homem e pelo fato de ser homem.

Desta forma, os direitos humanos seriam os direitos naturais, e mais tantos outros, reconhecidos e positivados na esfera internacional, independentemente de positivação na esfera nacional. São direitos válidos para todos os povos e tempos, obtidos com base em lutas históricas e em transformações da humanidade.⁸

Já os direitos fundamentais seriam aqueles reconhecidos, positivados e protegidos pela Constituição de um Estado.⁹ Conforme ensina Canotilho^{os} direitos fundamentais “...são os direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente (...) seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. ”

Portanto, quanto a diferença entre as expressões direitos humanos e direitos fundamentais, destaca Sarlet:

(...) a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais também pode encontrar um fundamento, na circunstância de que, pelo menos de acordo com uma determinada concepção, os direitos humanos guardam relação com uma concepção jus naturalista (jus racionalista) dos direitos, ao passo que os

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais.p.34.

⁷ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. p.32.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais.p.31.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais.p.32-34.

No entanto, explica o doutrinador supracitado, há vários motivos para que esta confusão entre as expressões aqui estudadas se estabeleça, citam-se dois deles: a) no Brasil, a utilização da expressão direitos fundamentais para aqueles que foram positivados na norma constitucional já se justificaria pelo simples fato de que nossa Constituição Brasileira de 1988 possui um título nominado Direitos e Garantias Fundamentais, em que pese existir momentos em que se utiliza das expressões direitos humanos, direitos e liberdades fundamentais, direitos e garantias individuais, etc...; b) os direitos fundamentais são também direitos humanos, tendo em vista que o titular dos mesmos são os homens, mesmo que de forma coletiva.¹¹

Desta forma, "(...) as expressões "direitos fundamentais" e "direitos humanos" (ou similares), em que pese sua habitual utilização como sinônimas, se reportam, por várias possíveis razões, a significados distintos."¹²

Pérez Luño¹³ também reconhece a existência das nomenclaturas citadas acima por Sarlet: direitos naturais, direitos fundamentais, direitos individuais, direitos subjetivos, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas, etc.... e trabalha fazendo a distinção entre todas estas expressões e a expressão direitos humanos, o que, conforme já mencionado, não será realizado neste trabalho.

Ao tratar das expressões direitos humanos e direitos fundamentais explica que esta última surgiu na França, em 1770, quando se discutia a criação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pelo Estado francês em 1789. Depois disso a expressão foi utilizada na Alemanha para nomear o sistema legal que dispunha sobre as relações entre o indivíduo e o Estado.¹⁴

Portanto, os primeiros usos da expressão direitos fundamentais foram, realmente, com o objetivo de indicar uma ordem de direitos aprovados pelo Estado.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais.p.33.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais.p.31.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais.p.33.

¹³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p.32.

¹⁴ PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. Los derechos Fundamentales. Madrid: Tecnos. 2013. p.21.

Desta forma, segundo Pérez Luño¹⁵, grande parte da doutrina defende a utilização da expressão direitos humanos para aqueles direitos reconhecidos em documentos internacionais e a expressão direitos fundamentais para os direitos humanos reconhecidos e positivados pelas constituições.

Assim, depois de várias explicações, o autor propõe um conceito de direitos humanos como “(...) um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam a dignidade, a liberdade e a igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas e positivadas pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.”¹⁶

E, quanto a expressão direitos fundamentais, explica o autor que esta é utilizada para nominar os “(...) direitos humanos garantidos pelo direito positivo, na maioria dos casos na Constituição, e geralmente gozam de uma proteção reforçada”.¹⁷

Ainda vale destacar um ponto importante das definições acima citadas, para Pérez Luño¹⁸ a expressão direitos humanos descreve direitos e liberdades reconhecidos em documentos internacionais mas envolve, também, os direitos intimamente ligados a satisfação das necessidades humanas, que deveriam ter sido objeto de positivação, mas não o foram.

Já a expressão direitos fundamentais possui um sentido preciso e rigoroso, pois é usada para descrever o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo.¹⁹

Para Peces-Barba²⁰, a expressão direitos naturais era utilizada para elencar aqueles direitos inerentes à própria condição humana, que surgiam com o nascimento do homem. Posteriormente, quando, junto com Deus, o homem passou a legislar, os direitos que foram conquistados e garantidos com lutas sociais, evolução civilizatória e documentos internacionais, foram intitulados de direitos humanos.

¹⁵ PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. Los derechos Fundamentales. p.21.

¹⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos humanos, estado de derecho y constitución. p.50.

¹⁷ PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. Los Derechos Fundamentales. p.23.

¹⁸ PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. Los Derechos Fundamentales. p.24.

¹⁹ PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. Los derechos Fundamentales. p.24.

²⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales: teoría general. p.22.

No entanto, o autor entende que a melhor expressão a ser utilizada é direitos fundamentais, em que pese às vezes utilizar a expressão direitos humanos, e expõe quatro motivos para pensar desta forma:

A). São mais precisos e menos ambíguos que a expressão direitos humanos. b) pode abarcar as duas dimensões dos direitos humanos sem incorrer em reducionismos jus naturalistas ou positivistas (...). c) É mais adequada que as expressões “direitos naturais” ou “direitos morais” que mutilam os direitos humanos de sua faceta positiva. (...) d) É mais adequada que a expressão “direitos públicos subjetivos” ou “liberdades públicas” que podem perder de vista a dimensão moral (...).²¹

Para Peces-Barba, a expressão direitos fundamentais envolve tanto pressupostos éticos quanto componentes jurídicos e sociais, ou seja, o conceito de direitos fundamentais teria três dimensões: ética, jurídica e social.²²

A dimensão ética advém do fato de que, para o autor, os direitos fundamentais possuem uma raiz moral, chamada também de pretensão moral. Esta raiz moral é a base, é a fundamentação, dos direitos fundamentais e deve ser justificada por valores como: dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade e solidariedade. Há que se destacar que, para compreender esta fundamentação dos direitos aqui referidos é necessário conhecer a origem dos mesmos e sua evolução histórica. Parte desta evolução histórica, a que trata da origem destes direitos, será tratada mais adiante quando for abordado o tema do trânsito à modernidade.²³

Acrescenta ainda o autor que, para que tais direitos sejam eficazes na vida social, devem pertencer ao ordenamento jurídico, conhecendo-se assim sua função, ou seja, para que servem. Esta é a dimensão jurídica do conceito de direitos fundamentais. Não há sentido em estudar a fundamentação de um direito se ele não está positivado. Também não há sentido em se falar de um direito fundamental se não podemos compreender ou encontrar sua raiz moral.²⁴

Segundo Peces-Barba,²⁵ ao verificar-se que uma pretensão moralmente

²¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales: teoría general. p.37.

²² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales: teoría general. p.109-112.

²³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales: teoría general. p.104.

²⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales: teoría general. p.104.

²⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales: teoría general. p.104.

justificada não pode ser positivada (por vários motivos: por falta de validade; pela impossibilidade de ser um direito igual para todos em virtude da situação de escassez do país ou Estado) ela não é relevante.

Para o autor:

Os direitos fundamentais que se originam e se fundamentam na moralidade e que desembocam no Direito o fazem através do Estado (...). Sem o apoio do Estado, estes valores morais não se convertem em direito positivo, e por consequência, carecem de força para orientar a vida social em um sentido que favoreça sua finalidade moral.²⁶

No mundo moderno, as pretensões morais justificadas por valores como: a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade e por concepções políticas, constroem um ordenamento cujos valores jurídicos são os direitos fundamentais que não podem estar desvinculados dos valores morais que os justificam. É o que o autor chama de moralidade legalizada. Pode ocorrer que, quando a moralidade não se incorpora ao direito positivo o povo reclama pela mudança do direito positivo pelo Estado. O autor chama esta moralidade de crítica.²⁷

Destaca o autor que a norma de direito positivo que legaliza a moralidade não é um fim em si mesma. A partir da positivação de um pressuposto de moralidade, a norma entra em desenvolvimento, é interpretada e aplicada, a ponto de afetar o sentido e função do próprio direito que foi positivado.²⁸

É em virtude do papel destacado da pretensão moral para a formação dos direitos fundamentais, que o autor reforça tanto a importância da compreensão do porquê (fundamentação) dos direitos e do para quê (função) dos direitos e ainda, da atividade do poder que transforma os princípios morais em princípios políticos e depois os transforma em legislação.²⁹

Há ainda uma outra dimensão para o conceito de direitos fundamentais, a social. Há que se levar em conta que, a eficácia dos direitos fundamentais depende do meio social em que estão inseridos. A sociedade na qual os direitos fundamentais

²⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales: teoría general. p.105.

²⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales: teoría general. p.105.

²⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales: teoría general. p.106.

²⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales: teoría general. p.106.

serão inseridos deve estar preparada para recebê-los, respeitá-los, exigí-los. Além da sociedade estar preparada a legislação deve ser adaptada para poder colocar em prática os direitos fundamentais, protegê-los e dar a população todo um aparato afim de possibilidade que estes direitos sejam praticados, garantidos e exigidos.³⁰

Desta forma, para o autor, os direitos fundamentais são:

a) São pretensões morais justificadas (aquelas que o conteúdo pode ser generalizado e aplicado a todos de forma igualitária) embasadas nos seguintes valores: liberdade, igualdade e dignidade, solidariedade, segurança jurídica e que tiveram aportes da filosofia, política liberal, democrática e socialista.³¹

b) São também um ramo do Direito, sendo, portanto, possível se estudar o ramo Dos Direitos Fundamentais. Em assim sendo, a pretensão moral justificada deve ser incorporada a uma norma, para poder obrigar aos seus destinatários e poder ser garantida, inclusive, em juízo.³²

c) os direitos fundamentais são também uma realidade social. Para a compreensão dos fundamentos e das funções dos direitos fundamentais, não há que se levar em conta apenas moral e norma, mas também o meio social em que estas normas são aplicadas. Por exemplo, a escassez de bens pode impor condições ou impedimentos à existência de uma pretensão moral a propriedade por ser impossível de garantir tal direito (a propriedade), igualmente, a todos os cidadãos.³³

Para este trabalho será utilizada a terminologia e o conceito de direitos fundamentais de Peces-Barba. Ressalta-se que o conceito será aprofundado abordando-se suas raízes históricas no próximo tópico.

2. SOBRE A IMPORTÂNCIA DO TRÂNSITO À MODERNIDADE PARA O DESENVOLVIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

³⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales: teoría general. p.112.

³¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales: teoría general. p.109.

³² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales: teoría general. p.109-111.

³³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales: teoría general. p.112.

Conforme entende Garcia³⁴, para a compreensão de um conceito integral de direitos fundamentais, duas análises são necessárias: a de suas dimensões ética, jurídica e social (a qual já foi realizada no tópico anterior) e a de sua evolução histórica.

Apenas o estudo dos fundamentos das pretensões morais justificadas, que originaram os direitos fundamentais, permite a compreensão de um conceito integral dos mesmos. E este fundamento reside justamente em lutas históricas que ocorreram, e ainda ocorrem, no seio das sociedades.³⁵

O presente artigo utiliza como base teórica a corrente defendida por Peces-Barba, a qual entende que, não se pode tratar de direitos fundamentais antes do trânsito à modernidade. Antes desta época existiam apenas ideias dispersas sobre dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade, no entanto, a junção destes valores, a qual embasou a criação dos direitos fundamentais, é algo que ocorre em um determinado momento político e jurídico e este momento somente é possível a partir das condições política, sociais e culturais que se dão no trânsito à modernidade.³⁶

Esta noção de liberdade, igualdade e dignidade, que dá fundamento ao conceito de direitos fundamentais, não é construída do dia para noite, ela ocorre paulatinamente e vai se cristalizando na medida em que ocorre a mudança da Idade Média para a Idade Moderna³⁷.

Os direitos fundamentais são conquistas históricas da humanidade, e somente foram possíveis a partir de uma série de acontecimentos marcantes que levaram a uma mudança na estrutura da sociedade e na mentalidade do ser humano. Com

³⁴ GARCIA, Marcos Leite. Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 46, out 2007. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2343>. Acesso em fev 2014. p.2.

³⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. p.145.

³⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. p.113.

³⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. p.114.

relação a estas conquistas históricas e acontecimentos, nos parece de extrema importância os parâmetros estabelecidos pelo professor Gregorio Peces-Barba, uma vez que eles são fundamentais para o estudo dos mesmos. Para o professor espanhol os direitos fundamentais são um conceito histórico do mundo moderno que surge progressivamente a partir do trânsito à modernidade.

Com relação à expressão trânsito à modernidade, o professor Gregorio Peces-Barba³⁸. justifica sua utilização devido à ambigüidade do termo Renascimento. Por este motivo, prefere então o autor espanhol o uso, muito menos comprometedor, da expressão trânsito à modernidade (*transito a la modernidad*) que caracteriza sua tese de que os direitos fundamentais são um conceito da modernidade³⁹. Diz o autor espanhol: “(...) o trânsito à modernidade é um momento revolucionário, de profunda ruptura, mas ao mesmo tempo importantes elementos de sua realidade já se anunciavam na Idade Média, e outros elementos tipicamente Medievais sobreviveram ao fim da Idade Média, neste trânsito à modernidade e até o século XVIII, aparecerá a filosofia dos direitos fundamentais, que como tal, é uma novidade histórica do mundo moderno, que tem sua gênese no trânsito à modernidade, e que, por conseguinte, participa de todos os componentes desse trânsito já sinalizados, ainda que sejam os novos, os especificamente modernos, os que lhe dão seu pleno sentido”⁴⁰.

Exatamente no aludido período histórico nascerá uma nova mentalidade que preparará o caminho para o surgimento de um novo homem e de uma nova sociedade que brotará progressivamente até a positivação das demandas jusnaturalistas dos direitos do homem nos documentos das chamadas revoluções burguesas.

Dentre as linhas de evolução dos direitos fundamentais, como veremos, desenvolvidas pelo professor Gregorio Peces-Barba estariam os processos de positivação, de generalização, de internacionalização e de especificação. Antes,

³⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Tránsito a la Modernidad y derechos fundamentales*. Madrid: Mezquita, 1982. p. 2-4.

³⁹ Explica Peces-Barba (*Tránsito a la Modernidad y derechos fundamentales*. p. 3-4): “(...) Não podemos nos subtrair, como é lógico, a tomar posições respeito a teorias extremas, a de ruptura e a da continuidade, que dependem, em parte, da localização dos respectivos períodos, isso é descrever onde se situa o fim da Idade Média e onde se localiza o início do Renascimento”. Segue Peces-Barba, “(...) como entendemos que há um entrecruzamento no tempo entre esses dois momentos, o que já supõe tomar uma posição intermediária entre as duas posições extremas, consideramos mais adequado, mais compreensivo, utilizar o termo *tránsito à modernidade*”

⁴⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Tránsito a la Modernidad y derechos fundamentales*. p. 4.

porém, do início do processo de positivação, ou melhor, do primeiro processo de positivação levado a cabo com as revoluções burguesas do século XVIII, nos parece acertado e didático falar em um anterior processo de evolução que seria o qual chamamos de processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. Esse processo de evolução estaria diretamente relacionado com a fundamental pergunta da filosofia dos direitos fundamentais que seria: qual deve ser seu conteúdo? Essa seria, em nossa opinião, a terceira pergunta fundamental relativa aos direitos, uma vez que a primeira e segunda respectivamente seriam: o por quê (?) e o para quê (?) dos direitos fundamentais⁴¹.

Quanto à segunda pergunta do para quê dos Direitos Fundamentais encontramos resposta na leitura dos documentos de Direitos Humanos, seja a Declaração Universal de Direitos Humanos, ou de Direitos Fundamentais, seja a Constituição da República Federal do Brasil de 1988 ou qualquer outra constituição dos países democráticos do ocidente. Quanto à terceira pergunta, qual de ser seu conteúdo?, também pode ser respondida com a leitura dos documentos de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, fazendo-se a ressalva de que os Direitos Humanos podem modificar-se através dos tempos como podemos ver com o advento de novas necessidades e com o fenômeno dos novos direitos. Interessante ver essa questão com o estudo do Processo de formação do ideal ou da idéia dos Direitos Fundamentais, que é um processo que existe desde o início e que jamais deixará de existir uma vez que os Direitos Fundamentais não são um conceito estático, imutável ou absoluto e muito pelo contrário trata-se de um fenômeno que acompanha a evolução da sociedade, das novas tecnologias, e as novas necessidades de positivação para proteger a dignidade humana, a liberdade, a igualdade e fazer da solidariedade uma realidade entre todos.

A grande pergunta, e mais difícil de responder (e que não deve ser confundida com a questão prática do para quê dos direitos) da Filosofia dos Direitos Fundamentais é a do por quê dos Direitos Fundamentais. Por que devem ser respeitados os Direitos Fundamentais? Essa resposta é o conteúdo da própria fundamentação dos Direitos Fundamentais, ela vai unida ao conhecimento de sua história, sua evolução, seus processos de evolução e do seu conceito. Diz o professor

⁴¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales: teoría general. p.101-112.

Peces-Barba que se cruamente não fundamentamos, não justificamos moralmente os Direitos Fundamentais, os mesmos seriam uma força sem moral; e os Direitos Fundamentais somente como moral, como querem entre outros os atuais seguidores de um Direito Natural contemporâneo, seria uma moral sem força⁴².

Assim então, o trânsito à modernidade, é uma expressão utilizada por Peces-Barba, que prefere não se referir ao Renascimento, mas sim ao período que ocorre entre os séculos XIV – XVIII, no qual a sociedade vai se transformado vagarosamente e preparando o terreno para o surgimento dos direitos fundamentais⁴³. Assim, o estudo das transformações ocorridas no mundo nesta época é um passo importante para a compreensão dos direitos fundamentais.

Entre os anos de 1315 e 1317 a Europa sofreu intensas chuvas que acabaram com o alimento plantado nos campos, como consequência instalou-se a fome e a mortalidade da população. Seguindo-se a isso, a peste negra dizimou várias vidas o que provocou sérios abalos à economia, a qual já não contava mais com tanta mão de obra. Os senhores feudais, recebendo menos rendimentos em virtude da produção escassa, procuraram manter sua riqueza e luxo, aumentando a exploração sobre os camponeses⁴⁴.

Além disso, explodiu a Guerra dos 100 anos (1337 – 1453) entre França e Inglaterra levando à morte e à miséria milhares de camponeses. Desta forma, o aumento da exploração dos servos pelos senhores feudais e o grande número de morte de camponeses fez surgir inúmeras revoltas camponesas que tumultuaram o século XIV e deram início a decadência da Idade Média⁴⁵.

Já no século XV a situação melhorou, o comércio teve um crescimento extraordinário. Este crescimento foi fruto: a) das modificações que ocorreram na sociedade feudal (o crescimento das cidades, da população, o aumento da produção e circulação de mercadorias davam à época um certo dinamismo que impulsionou o comércio); b) de algumas necessidades da Europa (como o trigo, metais preciosos e

⁴² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales: teoría general. p. 104-105.

⁴³ GARCIA, Marcos Leite. O processo de formação do ideal dos direitos fundamentais: alguns aspectos destacados da gênese do conceito. In: XIV Congresso Nacional do Conpedi, 2005, Fortaleza, CE. Anais. Disponível em: <http://www.org/manaus/arquivos/Anais/Marcos%20Leite%20Garcia.pdf>. Acesso em: fev 2014.p.6.

⁴⁴ FRANCO Jr, Hilário. Idade média. Nascimento do Ocidente. p.35-46.

⁴⁵ FRANCO Jr, Hilário. Idade média. Nascimento do Ocidente. p.35-46.

especiarias); c) de uma série de facilitadores da expansão (como o espírito cruzadístico dos europeus, a posição geográfica dos ibéricos e o progresso náutico). Estes fatores deram base para a chamada expansão comercial⁴⁶.

Todas as atividades econômicas e demais aspectos da vida material, política, artística e religiosa sofreram influências deste crescimento comercial europeu, tanto no campo como na cidade o impacto das novas demandas e das novas ofertas foi sentido. Na opinião de Roberto Barreto Prado⁴⁷, os germes de uma nova era estavam florescendo desde o século XI (quando também houve um aumento considerável do comércio, crescimento das cidades e aumento da população) e agora, após o século XV, começavam realmente a aparecer configurando a transição da Idade Média para a Idade Moderna.

A partir do século XVI, aproximadamente em 1550, começou-se a criar a escola econômica do mercantilismo, da qual era parte o capitalismo mercantilista, um tipo de sistema econômico que antecede o capitalismo industrial (o qual teve início após a Revolução Industrial)⁴⁸.

O capitalismo mercantilista era baseado na ideia de riqueza das nações pela acumulação de metais preciosos e dinheiro. Por este sistema os Estados interessavam-se em exportar seus produtos, produzidos pela classe burguesa (e pagos com metais preciosos), mas não tinham a intenção de importar produto algum para que ouro e outros metais, utilizados para o pagamento de mercadorias, não saíssem de seus cofres⁴⁹.

Tal sistema reforçava o Estado Absoluto, pois este era o único capaz de garantir a estabilidade necessária para o desenvolvimento econômico. As ideias de criação de um Estado Absoluto tiveram como grande expressão o pensamento de Thomas Hobbes. Para Hobbes, os homens, em virtude de sua natureza egoísta e do constante desejo de poder, deveriam criar a instituição chamada de Estado, a qual concentraria todo o poder de organização e pacificação da sociedade nas mãos do soberano. Assim, o Estado Absoluto era estável e próprio para o desenvolvimento das

⁴⁶ FRANCO JÚNIOR, Hilário; CHACON, Paulo Pan. *História econômica geral*. São Paulo: Editora Atlas S.A. 1986. p. 98.

⁴⁷ PRADO, Roberto Barreto. *Curso de direito sindical*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1991.p. 125.

⁴⁸ ROJAS, JORGE. El mercantilismo. Teoría, política e historia. *Revista Economía da Pontificia Universidad Católica del Peru*. Volumen XXX, n.os 5.9-60, junio-diciembre de 2007 p.77.

⁴⁹ ROJAS, JORGE. El mercantilismo. Teoría, política e historia. p.81-85.

relações comerciais que tanto se almeja na época⁵⁰.

O Estado Absoluto, por sua vez, valorizava a burguesia, classe social que contribuía para a acumulação de capital e para o aumento da riqueza da nação, pois era quem empreendia a atividade econômica da época. Assim, aos poucos, a sociedade estamental da Idade Média (organizada com base em classes sociais: servos, nobres, e clero, que não possuíam condições de progredir socialmente e economicamente) começa a ser modificada tendo em vista a ascensão da burguesia⁵¹.

Esta época foi marcada pelas seguintes particularidades:

1) desenvolvimento da produção de mercadorias e do sistema de produção comercial, com crescente importância para o dinheiro; 2) libertação das limitações medievais, mediante o desenvolvimento e organização da burguesia comercial como grupo independente; 3) superação do localismo; 4) formulação progressiva de um repertório de princípios filosóficos, políticos, econômicos, religiosos e morais.⁵²

Neste princípio de ascensão, a burguesia apoiou o Estado Absoluto, pois, conforme dito acima, era uma instituição importante para garantir a ordem e a segurança, imprescindíveis para o desenvolvimento desta classe social. A segurança veio com o estabelecimento de normas, ou seja, com o direito, o qual foi unificado e exigido pelo Estado através do uso da força legítima.⁵³

Com o passar do tempo, ocorreu um dissenso: de um lado a burguesia, com todo o seu poder econômico e com a nova mentalidade individualista, e do outro lado o Estado soberano e dominador. A burguesia passa a questionar o poder do Estado: de onde vem este poder? Qual a sua justificativa? Qual sua finalidade?

Nos séculos XVII e XVIII, o descontentamento da burguesia com o poder

⁵⁰ Pietho. P. 44.

⁵¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales: teoría general. p.116-117.

⁵² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales: teoría general. p.116-117.

⁵³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales: teoría general. p.118.

excessivo do Estado levam esta classe a querer dividir o poder político e neste ponto os direitos fundamentais assumem destacada importância para a limitação do poder do Estado.⁵⁴

Neste momento brotaram os ideais iluministas e liberais. Spinoza, Locke, Rousseau e Descartes, considerados iluministas, defendiam ser o homem o centro do universo. Já os liberais, como Adam Smith, defendiam a teoria da mão oculta do mercado, ou seja, o mercado é capaz de se autorregular restando ao Estado apenas a tarefa de garantir a propriedade e a segurança.⁵⁵

Outras teorias, como a do humanismo e a reforma protestante, irão promover nova onda de mudança de mentalidade da burguesia. E esta mudança diz respeito a autonomia. O homem desta época queria ser independente, tanto na política quanto na religião. O iluminismo, o humanismo e o liberalismo colocam o homem como centro do universo e fazem ele crer que pode se autodeterminar sem a ingerência do Estado. Já a reforma protestante defende a ideia de que o homem poderia adorar o divino sem um intermediário, assim, a Igreja perdia sua importância.⁵⁶ Desta forma, os esforços do homem moderno produzirão uma cultura própria embasada em quatro características: a secularização, o naturalismo, o racionalismo, individualismo.

A secularização é a mundanização da cultura, descrita da seguinte forma por Peces-Barba⁵⁷:

A secularização se produz diante das características da sociedade medieval, e suporá a mundanização da cultura, que contrapõe a progressiva soberania da razão e o protagonismo do homem, orientado na direção de um tipo de vida puramente terrenal, à ordem da revelação e da fé, baseado na autoridade da Igreja. É consequência da ruptura da unidade religiosa, e abarcará a todas os seguimentos da vida, desde a arte, a pintura, a literatura, a nova ciência e a política a partir da obra de Maquiavel. Os temas religiosos são substituídos pelos problemas humanos. (...)

Ao final da Idade Média, Deus não servia mais de explicação para tudo e nem mesmo concedia a mesma segurança de outrora, assim, os homens buscaram em si a segurança de que precisavam e por isso foram, aos poucos, substituindo a ordem

⁵⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales: teoría general. p.117.

⁵⁵ CASADO FILHO. Napoleão. Direitos humanos fundamentais. São Paulo: Saraiva. 2012. p.45.

⁵⁶ VECCHIO, Giorgio Del. História da filosofia do direito. Belo Horizonte: Editora Líder. 2006. p.59.

⁵⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales: teoría general. p.127.

medieval por uma nova ordem moderna, baseada: no naturalismo, no racionalismo, e no individualismo (a teoria de valorização do indivíduo que continuava seguindo seu caminho desde que a Idade Média iniciou seu processo de decadência).⁵⁸

A teoria naturalista buscava uma forma diferente de explicar o mundo (ao menos diferente da forma que a Igreja apresentava até então) e pregava a volta a natureza. Pressupunha que o homem, ao conhecer a natureza, poderia sintetizar suas regras a tal ponto que suporia existir regras racionais que regeriam a conduta humana. Ao conhecer a natureza o homem se aproximou da ideia de igualdade jurídica necessária para o direito moderno. E é com base nesta ideia que a burguesia irá generalizar seus próprios interesses como interesses de toda a humanidade.⁵⁹

O naturalismo traz dois importantes legados para a construção dos direitos fundamentais: a ideia de igualdade jurídica (a qual permitirá que as pessoas passem a exigir seus direitos, diante do fato de que todos são iguais, influenciando o processo de generalização) e a concepção de que é possível existir um destinatário genérico para as normas legais (o que contribuirá para a fase de positivação dos direitos fundamentais).⁶⁰

Já o racionalismo incentivou que o homem confiasse plenamente em sua razão como instrumento de dominação da natureza. Ele possibilitou o surgimento do jus naturalismo, ou seja, o homem, ao observar a natureza, dominava-a com sua razão e assim extraía regras que sintetizava para todos os homens.⁶¹

Desta forma, o racionalismo engrandece o individualismo pois continua pondo o homem em destaque, e vai além, busca promover cada vez mais a liberdade e a autonomia do homem em todos os campos: político, econômico e cultural. E assim sendo, a burguesia aproveita-se desta teoria para reafirmar o papel do homem na história.

Assim, ensina Peces-Barba:

⁵⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales: teoría general. p.128-129.

⁵⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales: teoría general. p.129.

⁶⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales: teoría general. p.130.

⁶¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales: teoría general. p.130.

O racionalismo, por um lado, potencializará o poder da burguesia através do domínio da natureza, e por outro lado, garantirá este domínio com algumas regras jurídicas, direitos naturais derivados da análise da natureza humana, que se converte em direito justo.

Já o individualismo, tratava-se de uma forma diferente do homem encarar o mundo, colocando o indivíduo como peça chave de tudo, já existia desde o início do capitalismo mercantilista, desde quando a burguesia era aliada do Estado Absoluto. Economicamente defendia que não deveria existir nenhum obstáculo à iniciativa privada, e economicamente pregava o afastamento do Estado das relações particulares.⁶² Ela permeou todo este momento histórico chamado de trânsito para modernidade, e foi de vital importância pois sempre valorizou o homem por si mesmo, apenas pelo fato de ser homem.

O individualismo defendia que a sociedade deveria ser organizada com base nos indivíduos. Todas as instituições, organizações e políticas públicas deveriam ser formuladas tendo como base estes últimos. Tratava-se de uma significativa modificação na cultura da época, para a qual a sociedade como um todo era mais importante que as pessoas individualmente.⁶³

Assim, o individualismo vem propor uma inversão de perspectiva no tocante a relação Estado e Cidadão, e defende que, em ordem de importância, primeiro vem o indivíduo e depois vem o Estado, pois este é formado por aquele. Desta forma, inverte-se também a relação entre o dever e o direito. “Em relação aos indivíduos, doravante, primeiro vêm os direitos, depois os deveres; em relação ao Estado, primeiro vem os deveres, depois os direitos.” Assim, a finalidade do Estado passa a ser o crescimento do indivíduo sem amarras, podendo satisfazer suas necessidades e alcançar seus objetivos.⁶⁴

O individualismo representou “... a própria forma de atuação do homem burguês, que quer protagonizar a história, frente a dissolução do indivíduo nas realidades comunitárias ou corporativas medievais.” A referida teoria levou a espécie humana a crer que podia tudo, que podia ter um poder e um conhecimento

⁶² BIROU, Alain. Dicionário de ciências Sociais. 2 ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote. 1982. p. 200-201.

⁶³ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. p.60.

⁶⁴ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. p.60.

semelhante ao de Deus, inspirando assim os homens que criarão o Estado Liberal.⁶⁵

Estas quatro características acima citadas influenciaram e foram influenciadas pela nova ciência e pelo novo direito. A nova ciência, foi algo decisivo para explicar o trânsito a modernidade e a gênese histórica dos direitos fundamentais. A ideia de um Universo criado por Deus foi substituída pela ideia do Universo como um mecanismo. A luta dos cientistas para poderem pesquisar racionalmente e livremente sobre o mundo sofreu rejeições, principalmente, da Igreja Católica, e consolidou-se como uma luta pelo pensamento livre. De outro lado esta luta também significou uma esperança de liberdade, uma esperança de participação em outras áreas como a econômica e a política.⁶⁶

O novo direito, o direito moderno, produzido pelo poder político, mesmo convivendo com normas medievais, contava com as seguintes características: tinha como base o poder do Estado; o destinatário deste direito era o cidadão; a coação e a coerção eram produtos da relação direito e poder e consideradas requisitos indispensáveis do Direito; o único direito válido era o positivo, tendo em vista que este era o direito que tinha coercibilidade; havia distinção entre direito e moral, que servia para conservar a liberdade de consciência e de pensamento; havia distinção entre direito público e privado, sendo este último a expressão jurídica da autonomia de vontade da burguesia.⁶⁷

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, pode-se dizer que, frente a todas estas transformações ocorridas na passagem da Idade Média para a Idade Moderna surge o dissenso entre o Estado Absoluto e a burguesia. A burguesia era agora incentivada por uma série de características (conforme acima explicado) próprias deste período, como o naturalismo, o individualismo, etc.. Instalava-se então o dissenso entre os

⁶⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales: teoría general. p.132.

⁶⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales: teoría general. p.133-137.

⁶⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales: teoría general. P.137-138.

interesses individuais da burguesia e os interesses da monarquia. Este desacordo construirá a ideia base para os direitos fundamentais.

Inicialmente, a burguesia e a monarquia foram aliadas. Ambas tinham o objetivo de acabar com o feudalismo e, a estabilidade e segurança de um governo absoluto, eram imprescindíveis para o desenvolvimento da atividade econômica na época.

No momento em que a burguesia se consolidou socialmente, sentiu a necessidade de mais liberdade, para comerciar, para participar da vida política e, então, ela aliou-se aos humanistas, cientistas, e outras tantas pessoas que eram contra a monarquia. Assim, o que se diz é que, houve um desacordo entre burguesia e monarquia para poder formar o acordo entre a burguesia e toda a sociedade no intuito de acabar com o Estado Absolutista.⁶⁸

Da crítica ao poder absoluto surgiram as teorias para limitar o poder do Estado, que, neste momento, já não era mais tão necessário. Tais teorias construíram os primeiros direitos fundamentais, que eram direitos justamente de oposição ao Estado e, posteriormente, evoluíram com transformações históricas e com os processos de positivação, generalização, internacionalização e especificação dos direitos.⁶⁹

Os processos acima referidos não foram e nem serão abordados neste trabalho cujo objetivo foi o de explicar este momento histórico de vital importância para os direitos fundamentais: o trânsito à modernidade.

Percebe-se que, no período histórico acima citado as mudanças que ocorreram na cultura, na política e na religião foram decisivas para a formação dos direitos fundamentais, os quais tem como base esta primeira vontade humana de limitar o poder do Estado.

Referências

BIROU, Alain. **Dicionário de ciências sociais**. 2. ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote. 1982.

⁶⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales: teoría general. P.138-139.

⁶⁹ CASADO FILHO. Napoleão. Direitos humanos fundamentais. p.46.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. p.32.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CASADO FILHO. Napoleão. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva. 2012.

FRANCO Jr, Hilário. Idade média. **Nascimento do Ocidente**. São Paulo, Brasiliense, 1998.

FRANCO JÚNIOR, Hilário; CHACON, Paulo Pan. **História econômica geral**. São Paulo: Editora Atlas S.A . 1986.

GARCIA, Marcos Leite. **O processo de formação do ideal dos direitos fundamentais: alguns aspectos destacados da gênese do conceito**. In: XIV Congresso Nacional do Conpedi, 2005, Fortaleza, CE. Anais. Disponível em: <http://www.org/manaus/arquivos/Anais/Marcos%20Leite%20Garcia.pdf>>. Acesso em: fev 2014.

GARCIA, Marcos Leite. **Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 46, out 2007. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2343>. Acesso em fev 2014.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Tránsito a la Modernidade y derechos fundamentales**. Madrid: Mezquita, 1982.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. **Los derechos Fundamentales**. Madrid: Tecnos. 2013.

PRADO, Roberto Barreto. **Curso de direito sindical**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1991.

ROJAS, JORGE. El mercantilismo. **Teoria, política e historia**. Revista Economía da Pontificia Universidad Católica del Peru . Volumen XXX, n.os 5.9-60, junio-diciembre de 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

