

CONSTITUIÇÃO: FUNDAMENTOS DE SUA IMPRESCINDIBILIDADE PARA A PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS DE LIBERDADE

ISAAC SABBÁ GUIMARÃES

Promotor de Justiça do Estado de Santa Catarina

RESUMO: O presente artigo intenta afirmar a posição de que os direitos clássicos, também chamados de direitos de liberdade, são, no percorrer da história do direito constitucional, imprescindíveis apesar da sucessão de gerações de direitos. Para tanto, primeiramente o autor estabelece a idéia de liberdade, apresenta os movimentos de constitucionalização e discorre sobre as gerações de direitos, quando estabelece um seu conceito fundamental e explicativo da idéia central do texto.

PALAVRAS-CHAVE: direitos de liberdade; direitos humanos; gerações de direitos; direitos fundamentais; direito constitucional.

RESÚMEN: Con el presente texto, el autor pretende una búsqueda de sentido para la afirmación de la no renuncia de los derechos clásicos, también aquí llamados derechos de libertad (o de primera generación). Para tanto, el autor presenta, en primera mano, la idea de libertad para, después, moverse hasta las orillas de los movimientos de constitucionalización, cuando habla de las generaciones de derechos y de su concepto fundamental de la idea central de este trabajo.

PALABRAS-CLAVE: derechos de libertad; derechos humanos; generaciones de derechos; derechos fundamentales; derecho constitucional.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Liberdade como fundamento da humanidade. 2.1. Liberdade dos antigos. 2.2. Liberdade e suas vicissitudes ao longo do medievo. 2.3. O Renascimento como força motriz cultural do reconhecimento de novos papéis para o cidadão. 2.4. A liberdade dos modernos (o Iluminismo e a nova perspectivação do homem). 3. A positivação dos direitos de liberdades. 3.1. A experiência constitucional inglesa. 3.2. A experiência constitucional americana. 3.3. A experiência

constitucional francesa (modelo do constitucionalismo da Europa continental). 4. O constitucionalismo contemporâneo. 4.1. Novas gerações de direitos. 4.2. A irrenunciabilidade dos direitos ancestrais como fundamento de sentido e ordem para o homem e a necessária positivação na Constituição. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Ao lançar os olhos para os alvares da *constituição* das civilizações humanas, logo se perceberá que desde a Antigüidade há uma preocupação gravitando em torno de dois eixos fundamentais para a elaboração racional do convívio social (que bem pode ser reconhecido como convívio político-social, uma vez que a *pólis* – onde se dão os jogos de interação humana – é o próprio elemento que amalgama a idéia¹ de sociedade organizada), o da *práxis* e o da técnica teorizada, formando duas linhas discursivas complementárias entre si (e indissociáveis)², mas com pontos de interseção: referimo-nos àquilo que para a filosofia antropológica pode ser considerado como uma aporia, que é a indiscutível propensão humana para a auto-realização, característica só concebível se conjugada com a idéia de liberdade pessoal, inclusive para a escolha de direções para a vida, mas que necessária e condicionalmente se vincula à concepção do homem como *ser-em-sociedade*. Ora bem, desde Aristóteles tem-se a noção de que a perfectibilidade do homem só é possível através de sua vivência em meio social; e este será o elemento condicional, que só por si torna a questão problemática. Tentemos melhor explicar a situação.

As experiências de governos autoritários, ainda presentes em alguns Estados onde, pela violência e coação, optou-se pelo fundamentalismo teológico (e teocrático), ou que representam as sobras do stalinismo, ou que concretizam o ressurgimento pela via do populismo de um modelo de socialismo de todo em todo anacrônico, são, como facilmente se percebe, posições muito claras de domínio e de subjugação, que em nada se relacionam com a idéia de auto-realização, de liberdade pessoal e de progresso (não apenas material, mas espiritual e humano). A extrema apatia de povos subjugados por um modelo de governo que não permite a manifestação das liberdades religiosa, de expressão e política, coincide, como bem se sabe, com baixos índices de qualidade de vida, com a falta de progresso material e de perspectivas para o futuro. Por outras palavras e, à guisa de primeira aproximação, segundo entendemos, a perfectibilidade humana estará diretamente relacionada com as concretizações de liberdade ou, ao menos, com sua otimização, só possíveis, no entanto, onde os Estados se constituem sob a égide da democracia. Mas, de pronto – e aí se encontra a aporia instalada no sistema dialético operado

¹ Utilizaremos a boa e velha ortografia da língua culta escrita no Brasil, com diferenças em relação a outras modalidades idiomáticas de raiz comum que não se compaginam com o interesse de unificação pretendido pelas comunidades lusófonas (isto também em parte, porque os portugueses continuam ciosos – com toda a razão – do seu modo de falar e escrever e resistem, por isso, à unificação, que se não pode dar por via de decreto).

² Acerca da intrigante questão de predominância de uma ordem de conhecimento sobre a outra, ou sobre a possibilidade de autonomização das referidas categorias, ver Sartori (1997, p. 75-87).

entre *práxis* e técnica teorizada –, surgem as hipóteses restritivas do conceito de liberdade. A primeira e fundamental equaciona-se com o aspecto determinista que enforma o ser humano: o homem está condenado a viver em sociedade e por isso deve ser entendido como um *ser-em-sociedade*. Dessa forma, a idéia de liberdade terá contornos determináveis pela circunstância do homem – de estar inserido na sociedade e ter de nela amoldar-se e moldá-la –, e jamais poderá ser absolutizada sob pena de dar-se sua negação³. A segunda encontra-se no fato decorrente do aperfeiçoamento do Estado⁴, que, conforme terá dito Pontes de Miranda, criou técnicas de liberdade, sendo a principal delas aquilo que denominamos de liberdade legal. A idéia de liberdade estará presuntivamente encerrada nas regras do direito e, portanto, seu âmbito estender-se-á sobre tudo aquilo permitido ou, simplesmente, não proibido por lei. Assim, o Estado – de modelo democrático, frisemos –, que assume o monopólio da preservação da *pax* social, cria e fiscaliza as regras dos jogos sociais, tendo ele próprio de autolimitar-se em nome dos valores anteriormente referidos, especialmente os da auto-realização do homem e aperfeiçoamento. Justamente por isso o Estado constitui-se como suposto de organizador e garantidor de direitos de liberdade: seu documento político-jurídico fundamental estabelece áreas de competências para o desenvolvimento da vida social(-política), que incluem o respeito pelos direitos de liberdade tanto nas relações horizontais – entre os cidadãos – quanto nas verticais – entre o Estado e os cidadãos.

Os estudiosos, no entanto, têm apontado uma série de fatores que repercutem diretamente na organização política e jurídica dos Estados contemporâneos⁵, colocando em causa a possibilidade de novas ondas de constitucionalismo e, até mesmo, os valores hauridos da Constituição. Desde a queda do muro de Berlim e do fim da Guerra Fria, com o esfacelamento do *establishment* soviético, opera-se o encurtamento das distâncias (ideológicas e materiais) no globo. A própria evolução tecnológica contribui para que hoje as cercas divisórias dos lindes sejam colocadas abaixo, tornando possível aquele cosmopolitismo de que Kant, embalado pelo romantismo setecentista, falava em *A paz perpétua*. As comunicações deram maior visibilidade aos fenômenos humanos (e sociais), transmitindo as mais variadas informações em tempo real, de modo que hoje o novo horizonte de direitos esteja diretamente relacionado com isso, chegando a obnubilar outras categorias

³ A manifestação talvez mais veemente de liberdade humana inscreve-se no domínio que o homem tem sobre sua vida, dizendo até onde deve ela prosseguir. E as propensões tanáticas coroariam um tal postulado, o que, contudo, é vedado.

⁴ Segundo entendemos, não se pode pensar na idéia de Estado como sistema orgânico, com funções determinadas, agregando elementos materiais e ideológicos (culturais) de um povo, antes do pensamento de Maquiavel (a quem se atribui o emprego do vocábulo "*Stato*" para designar as Repúblicas e Principados) e da experiência política ocorrida em algumas repúblicas da Itália renascentista, dentre as quais Florença, terra daquele pensador político. Antes, durante o medievo, havia a descentralização e a própria concorrência entre poderes políticos, a falta de uma concepção de unidade e de projeto, para além da indeterminação espacial para o exercício das atividades de governo.

⁵ Embora alguns autores, entre os quais Sousa Santos, falem da pós-modernidade – ver Santos (2006) –, entendemos preferível a cautela de Ferreira de Melo (2009, p. 81-94), para o qual passamos pelo momento de crise de paradigmas da modernidade, justificando a transição dos tempos.

de direitos fundamentais. O neoliberalismo diminuiu o papel do Estado, que pouco intervém na economia, que vem passando por outros mecanismos regulatórios. O antigo modelo de produção tipo fordista foi substituído por um mais dinâmico, capaz de estabelecer-se em qualquer parte onde se mostre eficiente e barata a mão-de-obra. Com isso, certos localismos passaram a subjugar outros, como se houvesse uma espécie de darwinismo cultural, dando-se a isso o nome de globalização. Que não é apenas econômica, mas cultural, jurídica e política. A própria Europa, que tradicionalmente contesta determinada vertente desse fenômeno, concretiza uma experiência exitosa em termos organizacionais de sua União (político-econômico-jurídica). Em contrapartida, as planificações de cunho transnacional vão impondo um desgaste nos velhos e consolidados conceitos constitucionais e atualmente talvez já não haja cabimento para a idéia de soberania como expressão do poder político não contrastável e absoluto: há várias determinantes que fazem não só revisar seu conceito, como o da própria Constituição de onde, em termos programáticos, a soberania justificava-se a partir daqueles referenciais muitas vezes repetidos por cientistas políticos e constitucionalistas. Aliás, a própria idéia de Constituição dirigente atravessa o declínio conceitual. Pois bem, diante desse quadro de reformulação dos paradigmas (econômicos, políticos e jurídicos – e jurídico-constitucionais), em o qual os programas constitucionais deixam de ter relevância para a promoção da liberdade positiva – a que substancialmente se revela na função prestacional do Estado –, até há bem pouco tida como essencial e complementária da liberdade negativa – a que se fundamenta na abstenção do Estado diante das manifestações de liberdade humana –, terá cabimento a sustentação de uma teoria constitucional de estabelecimento e garantia de direitos fundamentais de primeira onda, os direitos de liberdade?

O artigo pretende dar uma resposta à questão problemática, percorrendo duas formulações metódicas. Em primeiro lugar, situando-a no pensamento filosófico antropológico, onde tentaremos descortinar a idéia de liberdade humana, mesmo que de forma reduzida em razão de estarmos a tratar do tema no espaço de um artigo. Em segundo lugar, de acordo com uma perspectivação orteguiana da história como sistema, verificaremos como os direitos de liberdade tomaram substantivação ao longo da experiência jurídica ocidental. Como já se deu a entender, delimitaremos a linha discursiva atendendo a duas balizas: nossa ancestralidade cultural judaico-cristã e o modelo democrático de Estado de direito. A pesquisa bibliográfica servirá para dar arrimo, através do método dedutivo, à formulação de nossa posição quanto à sustentação de uma teoria constitucional de positivação dos direitos e garantias das liberdades. As categorias que constituem diretrizes para o desenvolvimento do texto, encontram-se já destacadas na parte preambular do trabalho e são, à medida que delas nos ocupamos, conceituadas no corpo do texto.

2. Liberdade como fundamento da humanidade

O romantismo impulsionado por Jean-Jacques Rousseau via numa ancestralidade – há muito perdida na lembrança de todos – a existência do *status naturalis*, em que os homens, desvestidos da maldade, conviviam pacificamente em liberdade

pura – ou absoluta –, que lhes permitia estarem integrados ao meio. Ao tratarem desta característica humana, o pensador político genebrino, assim como os outros que imaginaram a formação do Estado por contrato, Hobbes (este, como sabido, com um entendimento pessimista acerca do homem) e Locke, e, ainda, o moralista Kant, pretendiam deslindar a própria natureza dos homens que, no entanto, era confrontada com a evolução das sociedades ou com certas propensões adquiridas, como a da cobiça: então, essa natureza que dá os contornos da hominidade deveria ser domada pelo uso da razão, visando a um fim prático de convivência. Vistas assim as coisas, a primeira nota que se deve escrever com relação à idéia da liberdade arranca-se da questão da natureza humana. Existirá, *de facto*, uma natureza humana, em a qual encontraremos certos aspectos comuns a todos, dentre os quais a liberdade que, por isso, deve ser entendida como elemento inerente ou fundador da hominidade?

Vem a propósito desse debate inesgotável a lembrança de um capítulo escrito por Ferreira da Cunha (2001), em o qual, tendo como alegoria uma crônica de Vinicius de Moraes, pondera sobre a existência da natureza humana, e, referindo-se à página de nosso poeta, interroga-se se os homens estão presos a determinadas circunstâncias, assim como Vinicius é levado a descrever a cena vivida em uma praça de Florença (como se estivesse fadado a isso). Ao descrever a questão, o jurisfilósofo português lança uma síntese inquietante: “Talvez não haja mesmo uma natureza humana (mas o que significa isso de não a haver?), mas então não há, deveras, sequer Homem” (CUNHA, 2001, p. 82). Pois bem, advogar a existência da natureza humana é aceitar o determinismo de idéias, que condicionam os caminhos por onde o homem vai espalhando suas angústias enquanto vive; e, então, os obstáculos encontrados e as escolhas tomadas constituem a tragédia de sua existência, que foi toda descoberta por um Shakespeare, quem escrutinou o espírito do homem dizendo verdades impagáveis (e imorredouras), as mesmas sobre as quais se estruturou uma *philosophia perennis*; é, também, entender que o homem está predestinado a cumprir uma missão já inscrita na natureza e que ele a depreende pelo uso da razão; e, ainda, que existem imperativos categóricos universais, a indicarem como o homem deve pautar sua vida. Desta lógica emerge a aporia filosófica: se há limites naturais para o homem, que lhe determinam o *como-viverá*, então a idéia da liberdade ficará bastante reduzida, justificando-se apenas na ausência de coação contra quem se acha a exercê-la; será uma liberdade no singular, que não se compaginará, portanto, com a possibilidade das escolhas arbitrárias sobre os modos de vida, ou em dar-se vazão à criatividade (estética, v.g., e, então a idéia de arte, já tão humilhada pelas expressões contemporâneas – *de facto*, pobres de substrato estético e efêmeras – será apenas uma utopia), preferindo o homem dogmatizar (através das asserções religiosas, morais etc.) sua existência (social) em torno de um conjunto de verdades *ne varietur*. Ou, segundo pensa Nietzsche (1998, p. 72), quando adquiriu a *má consciência* – “[...] a profunda doença que o homem teve de contrair sob a pressão da mais radical das mudanças que viveu – a mudança que sobreveio quando ele se viu definitivamente encerrado no âmbito da sociedade e da paz” –, o homem domou a liberdade desbragada, transformou o não-egoísmo em valor moral, feriu-se gravemente como se fosse um

escultor de cinzel na mão dando a si próprio uma nova forma, esta que deverá ser consentânea com as verdades indesmentíveis, criadas, contudo, sob o signo de divindades míticas, cuja autoridade não permite que se duvide.

As ponderações de Ferreira da Cunha (2001) acabam, no entanto, em uma perturbadora reticência: afinal, se duvidarmos da natureza humana, como justificaremos os aspectos somáticos, a inteligência, a capacidade para adaptação, o raciocínio, que compõem os caracteres dignificantes da espécie humana? Então, teremos de admitir que o homem possui uma constituição própria, que o torna diferente dos demais seres vivos, e que pode – por que não? – ser denominada de *natureza humana*. Mas, diferentemente, não possui o aparato instintivo: nasce desprovido de uma natural orientação para enfrentar o meio, contando, tão-somente, com sua aptidão racional para dar orientação à sua vida. O homem, por outras palavras, encontra um mundo a desbravar – sempre a desbravar – e sua missão é justamente ter de enfrentá-lo, pavimentando seus caminhos ou escolhendo aqueles já sedimentados, mas, em todo caso, tendo de fazer escolhas, que é isto o que lhe resta e dá substância à sua natural missão, que é ter de viver. Parafraseando Ortega y Gasset, diríamos que a vida do homem conjuga-se no gerúndio e, por isso, ela é um constante *faciendum*. São significativas, a esse respeito, as observações de Baptista Machado (1996, p. 7):

[...] o organismo humano carece de meios biológicos necessários para proporcionar estabilidade à sua conduta. Por isso mesmo, não tem um 'mundo próprio', como os outros animais, isto é, não se acha enclausurado num 'envolvimento' natural biologicamente fundado. Neste aspecto, aparece-nos como um ser deficiente, caracterizado por uma incompletude essencial. Mas, por isso mesmo que se não acha enclausurado num 'mundo próprio', diz-se 'aberto para o mundo'.

Essa abertura para o mundo e a incompletude conotam diretamente com o estado de insegurança que é a própria existência, obrigando ao homem estabelecer as bases a partir das quais procurará aperfeiçoar-se, progredir e auto-realizar-se. Cria seu ambiente – a sociedade –, no qual se acha indissolivelmente ligado; desenvolve estratégias para nela manter-se em relativa harmonia e dá-se conta, por fim, ao longo da experiência haurida em meio às relações sociais(-políticas) dos contornos (e, em uma outra fase, da própria substância) dos seus direitos que são, em uma palavra, a representação, em termos racionais e compreensíveis como se se tratassem de regras do jogo, das liberdades. Por outras palavras, tudo aquilo laborado pela inteligência humana para a consecução de sua missão de viver, que se cristaliza em determinada cultura como instituições ou direitos, é a própria expressão da liberdade.

Mesmo que se diga que ao criar seu ambiente o homem fica em *relativa clausura* (MACHADO, 1996), há de se ter em consideração o fato de que pode ele ainda deliberar sobre aspectos de sua vida individual (inclusive aqueles que implicam o auto-aniquilamento); tentar mudar a configuração da sociedade para que ela preserve bens caros à humanidade (vê-se isso quando se trata da preservação do meio

ambiente); e exigir que se lhe respeitem determinadas esferas de autopromoção. Não é por outro motivo que Tomás de Aquino (2003, p. 298), ao enfrentar uma *quaestio disputata*, escreve: “[...] deve-se dizer que o homem não está ordenado para a sociedade política com todo seu ser e com todas suas coisas”. Ou seja, a sociedade política (o Estado) criada pelo homem não deve penetrar todo seu ser, instrumentalizando-o para os fins que coloquem em causa sua dignidade. Quanto aos direitos do homem, não se pode dizê-los propositadamente concebidos como pura expressão de domínio, com a finalidade de coarctar a liberdade, mas como resultante do meio sociocultural. De outra forma, podemos entender que os direitos são o reflexo de tudo o que o homem como *ser-em-sociedade* criou para si, através do livre uso da razão. Numa síntese, diremos que, por mais relativizada que seja a idéia de liberdade, ela torna-se a expressão da hominidade.

2.1. Liberdade dos antigos

Se nos for lícito afirmar que a liberdade do homem, como uso da razão e expressão da potência⁶, molda-se segundo a experiência histórica das sociedades, também estaremos autorizados a afirmar que esta idéia que se constrói, como é suposto, pelo acúmulo de experiências, não atenderá a uma progressão linear. É ela desvendada de forma errática pelas várias culturas que, ao se entrecruzarem em certos momentos históricos, possibilitarão uma nova dialética tendente ao melhoramento das técnicas de sua aplicabilidade nas relações entre os homens. Não será exatamente por isso que o Ocidente é tido como tributário das influências judaico-cristãs (mesmo havendo quem se refira à existência de uma cultura ocidental de raiz judaico-cristã)? Ou que os expedientes jurídicos criados para o asseguramento da liberdade física, entre os períodos do baixo medievo e a modernidade, embora ocorrentes em diversas partes da Europa continental e na Inglaterra, acabaram sendo obscurecidos pelo *habeas corpus*, que também veio a difundir-se entre nós, aqui ganhando novos contornos? Pois bem, ao afirmarmos essa espécie de descontinuidade na definição das liberdades, queremos advertir que poderemos, no espaço de um artigo, apenas verificar uma idéia geral sobre o pensamento e a prática da liberdade. Ainda assim, verificando tão-somente aqueles marcos culturais da civilização ocidental. Começemos, pois.

a) Embora diversos povos da Antiguidade tenham criado sistemas jurídicos (tingidos, é verdade, com tons de moral religiosa e de misticismo, e esse é o aspecto marcante da primeira história das civilizações), como foi o caso dos egípcios e dos babilônios, foram os judeus que conseguiram não só sistematizar as regras presentes na tradição oral (*Mishné Torah*) e escrita (*Torah* – o Pentateuco) de seus preceitos éticos através de estudos de comentadores e da jurisprudência, cristalizando-as tanto no *Talmud* do período babilônico (a partir do séc. IV a.C.) quanto no *Talmud* hierosolimita (*Talmud ierushalmi*)⁷, que se gestou a partir do séc. I, como, ainda, forjaram as bases de um *jus-humanismo* que transcendeu seu tempo e sua cultura, entroncando-se, através do cristianismo, nas civilizações ocidentais.

⁶ No sentido aristotélico significando a capacidade de provocar mudança.

⁷ Sobre o direito talmúdico, ver Falk (1988).

É lógico que os preceitos éticos presentes nas antigas escrituras e no que se vai sedimentando como direitos do homem têm na divindade a representação do ser que os dirige e em relação ao qual se atribuem os julgamentos supremos; aliás, esses preceitos aos quais os judeus estão obrigados a observar justificam-se mais pela dignificação da divindade do que na da própria humanidade, porque tudo decorrerá de Deus, inclusive quando se pensa sobre a disponibilidade do corpo e da vida; ou seja, o homem (da cultura judaica) dignifica-se pelo respeito a Deus. Assim, os preceitos referidos aos cuidados com a higiene, com o corpo e com a saúde, v.g., explicam-se não por uma filosofia antropocêntrica, mas pelo fato de o homem ter sido criado à imagem de Deus⁸. Ao tratar das leis sobre o comportamento, e enfocando semelhante aspecto, Maimônides (1992, p. 162) alude:

Aquele que regula a sua vida segundo as leis da medicina com o único objetivo de manter um físico forte e vigoroso e gerar filhos que façam o seu trabalho em seu benefício, e se esforçam na vida para o seu bem, não está seguindo o caminho certo. Um homem deve ter como objetivo manter a saúde e o vigor físicos, a fim de que sua alma esteja disponível, livre e sã, em condições de conhecer o Eterno.

Há nisso um forte aspecto determinista, que pode melhor ser compreendido na passagem em que Samuel Belkin trata do propósito de cumprimento das *mitsvot* (preceitos):

Quando um judeu cumpre os mandamentos positivos e negativos da Torá, ele está, de certo modo, fazendo o seguinte pronunciamento: 'Eu não sou o senhor completo do mundo nem de mim mesmo; eu não possuo autoridade ilimitada sobre as coisas da Criação e, portanto, tudo o que eu fizer ou deixar de fazer com as coisas da Criação depende da vontade do dono da Criação – o próprio Deus'. (BELKIN, 2003, p. 21).

Mas se assim é, então a civilização judaica abriu mão de todas as liberdades em nome das representações que faz da divindade, como se estivesse abdicando até mesmo de seu étimo de humanidade? Estará Nietzsche com razão ao afirmar que: "Os judeus, são [...] o povo *mais funesto* da História Universal: no seu efeito ulterior, de tal modo falsearam a Humanidade que ainda hoje o cristão se pode sentir anti-judeu, sem a si mesmo se compreender como a *última consequência do judaísmo*" (NIETZSCHE, 2002, p. 39)? Terá cabimento a lancinante afirmação de que: "A história de Israel é inestimável como história típica de toda *desnaturalização* dos valores da natureza [...]" (NIETZSCHE, 2002, p. 40), como se a estrutura moral e os dogmas religiosos daquele povo fossem, *de facto*, um proceder *contra natura* e contra a própria idéia de humanidade? As respostas não nos parece devam ser arrancadas de premissas tão reduzidas. Por vários motivos. Primeiro, porque o conjunto ético judaico, ao arrimar-se nas representações da Perfeição divina, reconhece o que a ontologia e a filosofia moral tratam em outros níveis, ou seja,

⁸ Cf. Belkin (2003, p. 20).

deixa dito que o homem é um ser aberto e tendente ao melhoramento pessoal e social. Justamente por isso, reconhecendo a falibilidade do homem, o judaísmo cria uma forma de governo teocrático-democrático⁹, em que o rei não podia estar acima das leis, vindo a elas se submeter como qualquer outro. Belkin (2003, p. 72) relata, a este propósito, que: “Ele [o rei] não estava isento de observar a lei, mas devia submeter-se a ela como qualquer outro homem e estava sujeito ao mesmo padrão de punição aplicado a todos os homens.”. Em segundo lugar, porque a legislação judaica formulou os conceitos de fraternidade e de respeito pelo outro, de forma que não só a caridade¹⁰, como forma de dar conforto material e espiritual ao outro, mas também a tolerância são já princípios filosóficos que permitem o progresso pessoal dos indivíduos e a busca da auto-realização – tudo, entendemos, convergindo para a idéia de liberdade. Em terceiro lugar, o respeito pelos direitos do homem irá manifestar-se tanto no sistema judicial (estruturado em colegiados que decidiam por maioria, exigindo a imparcialidade dos juízes, que, em razão disso, estavam proibidos de receber presentes, de decidir em favor de um homem pobre por piedade, de distorcer um julgamento contra alguém de má reputação, de ouvir uma das partes na ausência da outra¹¹), quanto na punição, cuja execução não podia exceder o decreto judicial, nem expor o condenado ao vilipêndio (o corpo do executado não deveria permanecer insepulto, não execução de alguém sob suspeita, proibição de excesso na execução da pena¹²). A justificativa da prudência judicial está no fato de esse sistema ético entender que o homem é falível e que deve respeitar ao outro nível de conhecimento, que é o da própria perfeição em Deus. Mas, pela via do misticismo e da moral religiosa, os judeus da Antiguidade estabeleceram uma série de direitos do homem, diretamente relacionados com a liberdade. Por isso, e finalmente, podemos dizer que o *lógos* da estruturação dessa civilização encontra-se fulcrado nos costumes e crenças que naturalmente se incorporaram na carga cultural do povo judeu, que antes de representar uma espécie de auto-imolação, como poderia ter dito o filósofo atormentado que deblaterava contra toda espécie de redução dogmática, era a própria e consciente expressão de seu modo de pensar; era – e continua a ser – a manifestação da psicologia daquele povo, não podendo, já por isso, haver maior prova de sua liberdade.

b) Ao se pensar na civilização grega, logo vem à mente a forma política criada em Atenas, que se tornou o panteão desejado pelos Estados da modernidade, mas, muita vez, erroneamente proclamado como o que inspirou um regime de liberdades políticas modernas. As idéias de democracia e de liberdade gregas devem ser vistas com alguma reserva, por mais de um motivo. Tentemos, no entanto, para melhor situarmos a questão, uma aproximação ao campo ideativo e prático dessas liberdades.

⁹ O termo "teocracia" deve-se ao historiador judeu Flavius Josefos quem narrou a conquista de Israel por Roma e a diáspora do povo judeu no ano 70 d. C.

¹⁰ O vocábulo *tzedaká*, em hebraico, significa justiça, mas é empregado, também, no sentido de caridade, o que lhe confere um amplo valor semântico, que concorda com a própria filosofia da religião judaica.

¹¹ Ver Maimônides (1990, p. 313-315).

¹² Ver Maimônides (1992, p. 102).

Ficaram célebres as palavras que Péricles proferiu no seu discurso em homenagem aos mortos durante a guerra do Peloponeso, registrado por Tucídides, quando o governante de Atenas, pretendendo levantar o moral de seus soldados, ressalta as qualidades de sua forma de governo ao mesmo tempo em que detratava o modelo espartano:

Vivemos sob uma forma de governo que não se baseia nas instituições de nossos vizinhos; ao contrário, servimos de modelo a alguns ao invés de imitar os outros. Seu nome, como tudo depende não de poucos, mas da maioria, é democracia. Nela, enquanto no tocante às leis todos são iguais para a solução de suas divergências privadas; [...] a pobreza não é razão para que alguém, sendo capaz de prestar serviços à cidade, seja impedido de fazê-lo pela obscuridade de sua condição.

[...] mantemos nossa cidade aberta a todo o mundo e nunca, por atos discriminatórios, impedimos alguém de conhecer e ver qualquer coisa que, não estando oculta, possa ser vista por um inimigo e ser-lhe útil.

[...] Ver-se-á em uma mesma pessoa ao mesmo tempo o interesse em atividades privadas e públicas, e em outros entre nós que dão atenção principalmente aos negócios não se verá falta de discernimento de assuntos políticos; [...] nós, cidadãos atenienses, decidimos as questões públicas por nós mesmos, ou pelo menos nos esforçamos por compreendê-las, na crença de que não é o debate que é empecilho à ação, e sim o fato de não se estar esclarecido pelo debate antes de chegar a hora da ação. (TUCÍDIDES, 2001, p. 109-111).

Pois bem, já de antemão percebemos que não se pode julgar a Grécia antiga pelo que normalmente se fala sobre Atenas, pois é indiscutível o fato de que ela se compunha de várias realidades sociais, políticas e culturais, sendo os jônios, espartanos e atenienses, dentre os mais conhecidos, apenas algumas das etnias que habitaram aquele mundo. Não será desarrazoado pensarmos, portanto, em civilizações do mundo helênico, ao invés de as tratarmos no singular. Mas a cultura ateniense acabou se tornando a mais conhecida em razão daquilo que, do ponto de vista literário (relatos históricos, as tragédias, diálogos filosóficos), produziu, chegando até nós como relato vívido do que ocorrera naquelas terras do Mediterrâneo. E um dos aspectos destacados é justamente a forma de governo democrática de que fala Péricles, mas que, como se verá, não potenciava as liberdades mais do que em outras culturas.

Atenas conheceu, com efeito, o regime de governo tirânico e somente no início do século V a.C. passa por uma revolução social e política que criará, possivelmente através do gênio de Clístenes, um dos principais mecanismos tendentes à democracia: o ostracismo, que deveria impedir o retrocesso político. Mossé (1997, p. 23) explica que “[...] a lei previa uma pena de exílio temporário fixada em dez anos, aplicável a quem parecesse suscetível de instaurar uma tirania em proveito próprio”,

guardando alguma familiaridade com os atuais instrumentos democráticos que suspendem os direitos políticos de alguém. A autora adverte que “[...] o ostracismo viria a constituir uma temível arma nas mãos do povo, e os inúmeros *ostraka*, que chegaram até nós, demonstram que nenhum político ateniense escapou à desconfiança popular” (MOSSÉ, 1997, p. 23). Mas como essa liberdade política se dava e quem, efetivamente, dela podia dispor?

A participação popular exaltada por Mossé deve ser entendida com cautela, uma vez que a sociedade grega (na acepção ampla) era estamental, estabelecendo classes de indivíduos, nem todos detentores de direitos de liberdade. O pensamento de Platão, a esse respeito, propunha a formação de uma elite, tornando “[...] as relações muito frequentes entre os homens e as mulheres de escol e, pelo contrário, muito raras entre os indivíduos inferiores de um e de outro sexo; além disso, é preciso educar os filhos dos primeiros e não os dos segundos, se quisermos que o rebanho atinja a mais elevada perfeição” (PLATÃO, 1975, p. 186). E no campo político, apenas os homens livres ou libertos podiam manifestar-se na *ágora*, mas não será estranho ao pensamento do discípulo de Sócrates que somente os melhores podiam governar a *pólis*, referindo: “[...], com efeito, neste Estado [idealizado pelo filósofo] só mandarão os que são verdadeiramente ricos, não de ouro, mas dessa riqueza de que o homem tem necessidade para ser feliz: uma vida virtuosa e sábia” (PLATÃO, 1975, p. 186), imaginando, portanto, uma *sofiocracia*¹³, um governo de sábios. Por fim, não se pode esquecer que os gregos adotavam o regime escravocrata e não tinham o apreço pela vida humana que as sociedades modernas conhecerão pela influência dos valores morais judaico-cristãos, sendo que, conforme observa Amaral (1998, p. 130), nem mesmo o aristotelismo “[...] foi capaz de descobrir o valor absoluto da pessoa humana: por isso, não se insurge contra a escravidão, ou contra a ‘exposição’ dos recém-nascidos”.

c) Há uma larga distância entre gregos e romanos no que concerne à concepção de mundo – a cosmovisão. Se os gregos almejavam a vida contemplativa e voltada para a aquisição da sabedoria, que constituiria a virtude máxima, os romanos mostrar-se-ão pragmáticos e é Cícero quem refere no início do livro primeiro de *Da república* que:

[...] não é bastante ter uma arte qualquer sem praticá-la. Uma arte qualquer, pelo menos, mesmo quando não se pratique, pode ser considerada como ciência; mas a virtude afirma-se por completo na prática, e seu melhor uso consiste em governar a República e converter em obras as palavras que se ouvem nas escolas. (CÍCERO, 1985, p. 19-20)¹⁴.

¹³ A expressão não é nossa, mas de Diogo Freitas do Amaral, que alude: “Assim, Platão dá como assente, no início da evolução, a existência de sua Cidade ideal, a *sofiocracia*.” (AMARAL, 1998, p. 102).

¹⁴ Não podemos esquecer, contudo, que os romanos admiravam a filosofia grega e nela instruíam-se. É novamente Cícero quem nos revela isto numa das cartas ao filho, na qual escreve: “Ainda que tu, Marco, meu filho, te encontres em Atenas a estudar há já um ano sob a direcção de Cratipo, importa, no entanto, que sejas instruído com grande empenho nos preceitos e doutrinas da filosofia devido ao elevado prestígio

E não será por outro motivo que os romanos destacar-se-ão naquilo que os demais povos antigos ficaram para trás, na sistematização de um *corpus iuris* e na prática forense que, conforme Hauriou (1968), terá sido eficiente inclusive na proteção de certas liberdades.¹⁵

É claro que os romanos também estabeleceram sua sociedade de forma estratificada, havendo várias esferas sociais, incluindo aquelas em que seus membros eram coisificados, *tout court*. É Miranda (2005) quem nos dá uma boa noção disso:

Em Roma, quem se encontra fora do círculo do Estado é *hostis*; o que se encontra no raio menor do império, mas fora da *res publica*, é *hostis* submetido – *servus, dediticius*, súdito ou cliente; o que se encontra no raio menor, mais próximo da *res publica*, embora, ainda assim, fora dela é o aliado – *socius, amicus*; o que se acha na sociedade de *res publica*, mas fora do governo, é o *civis*, o qual toma parte na assembléia do *populus*; o que se encontra no interior da esfera do governo, visto que tem a pretensão de governar, é o *nobilis* da aristocracia; e este, na medida em que tem o poder executivo, é o *magistratus* e, na medida em que tem o direito de o controlar, é o *pater*, membro do senado. (MIRANDA, 2005, p. 28)¹⁶.

O *servus* nada mais era que *res* e, enquanto não libertado, não gozava de direitos. No entanto, aqueles que os possuísem podiam reclamá-los em juízo, havendo, inclusive, a garantia do direito de liberdade física, o interdito *de homine libero exhibendo*¹⁷ que, como o *habeas corpus*, dirigia-se contra quem irregularmente detinha, enclausurava ou de qualquer forma impedia a fruição da liberdade de movimentos de alguém e podia ser impetrado por mulher ou por menor *impuer pubertate proximi* (emancipado por outorga do pai ou em razão de sua morte) em favor de parente. Mas as expressões de direitos de liberdades são, entre os romanos, um amplo leque, incluindo a liberdade política, “[...] isto é, a participação de cidadãos no governo da Cidade” (HAURIOU, 1968, p. 38), e as liberdades civis que, mesmo com o fim da República, continuam presentes entre os cidadãos.

O constitucionalista francês, ao mencionar o direito de contratar livremente o casamento – *justes noces* –, a liberdade testamentária, a liberdade do comércio e da indústria e a propriedade privada, assinala que o direito romano cunhou não só um aspecto embrionário de liberdade individual, como aperfeiçoou o sistema jurídico

não só do mestre mas também da cidade, podendo aquele enriquecer-te com o seu saber enquanto esta, com seus exemplos.” (CÍCERO, 2000, p. 15).

¹⁵ Ver Hauriou (1968, p. 38-40).

¹⁶ Cretella Junior, ao tratar do *status libertatis*, refere, no entanto, que: “No mundo romano, em relação à liberdade movimentam-se pessoas que, conforme a circunstância, recebem os nomes de *livres, semilivres, escravos, ingênuos, libertos, libertinos*, ‘in mancipio’, ‘*colonos*’, o que nos dá a noção de que a categoria em que se enquadram as pessoas determinará a modalidade de sua liberdade”. Ver Cretella Junior (1990, p. 90). Ver também Chamoun (1957, p. 53 e ss.).

¹⁷ Sobre a matéria, conferir Sabbá Guimarães (2009, p. 144-146).

no sentido de que as liberdades devessem ser respeitadas pelo poder.¹⁸ E, por isso, conclui:

Pode dizer-se, finalmente, se se quiserem sintetizar os aportes sobre Roma, que o gênio romano racionalizou o diálogo entre Poder e Liberdade, precisando-lhe os termos e, sobretudo, trazendo o essencial do problema para o plano jurídico, quer dizer, fazendo intervir, nas aproximações entre Poder e Liberdade, as idéias conjugadas de justiça, de bem social e de valor dos procedimentos. (HAURIU, 1968, p. 40. Fizemos aqui uma tradução livre do texto)¹⁹.

A história da liberdade dá um grande salto com a civilização romana, portanto, em termos qualitativos. Se, por um lado, os romanos, da mesma forma como se verifica no exame comparativo de outras civilizações da Antiguidade, estruturaram uma sociedade em estamentos, por outro lado começaram a definir o âmbito das liberdades legais, não só criando mecanismos jurídicos para sua garantia, como também determinando as relações entre cidadãos e os níveis de poder através da intervenção judicial.

2.2 Liberdade e suas vicissitudes ao longo do medievo

Como antes dito – e o simples percurso da História o confirma –, o desenvolvimento do que ordinariamente se chama de cultura ocidental e da própria consciência dos âmbitos de liberdade consolidados em direitos (que podem ser constitucionais, mas são antes direitos humanos), não obedece a um programa, nem se pode dizer ter-se operado de forma retilínea. As muitas vicissitudes da Antiguidade impediram que a civilização romana se tornasse o eixo central do Ocidente moderno: houve rupturas que determinaram uma nova (e talvez fundamental) escala histórica, a intermédia, em a qual o processo de civilização deixa de refletir sobre o homem, criando uma experiência cultural teocêntrica, enquanto que as expressões de poder político são plurais, dificultando a concepção de idéia de Estado nacional (a bem da verdade, então absolutamente inexistente) e, por isso, do próprio relacionamento entre *auctoritas* e povo. Para uns, como Santo Agostinho, Roma não poderia ser o esteio para novos tempos justamente por ter-se tornado autodestrutiva, na medida em que não só proliferaram as guerras de sedição, como, também, seus costumes levaram à corrupção dos espíritos²⁰; para a História – a que se conta desde o ocaso de Roma –,

¹⁸ Ver Hauriou (1968, p. 39).

¹⁹ *On peut dire, finalement, si on veut synthétiser l'apport de Rome, que la génie romain a rationalisé le dialogue entre Pouvoir et Liberté, en précisant les termes et, surtout, en portant l'essentiel du problème sur le plan juridique, c'est-à-dire en faisant intervenir, dans les rapports entre Pouvoir et Liberté, les idées conjointes de justice, de biens social et de valeur de procédures.*

²⁰ Em passagem eloquente de *A cidade de Deus*, o bispo de Hipona refere contra os historiadores romanos: “Se, portanto, estes historiadores pensaram que o que caracteriza uma honesta liberdade é não esconder as mazelas de sua própria pátria (que de resto noutras ocasiões não deixaram de exaltar com altos en-cômios), quando não tinham outra melhor razão para imortalizar os seus cidadãos – que nos convém a nós fazer (a nós de quem quanto maior e mais certa é a esperança em Deus, tanto maior deve ser a liberdade),

as invasões bárbaras e o choque cultural causado pelo cristianismo foram decisivos para a fragmentação daquela civilização.

O cristianismo primitivo, aquele que buscou sua afirmação inclusive pelas guerras, como as que vivenciou Agostinho de Hipona, quem, nascido cidadão romano, tornou-se *lui-même* divulgador panfletário da nova religião, *de facto*, contribuiu para minar as bases da civilização dos césares. E não só. Ao longo dos séculos, conseguiu reverter a cosmovisão do homem ocidental que surgia a partir do mundo heleno-latino, passando de antropocêntrica para teocêntrica. Ao criticar Cícero, a quem jocosamente denominava de *philosophaster* (um filósofo amador), Agostinho, deixando entredita esta nova experiência cultural, refere: “Desta maneira, [Cícero] não só nega a presciência de Deus, mas também procura destruir toda a profecia, mesmo que ela seja mais clara do que a luz, com vãos argumentos e opondo a si mesmo certos oráculos que facilmente se podem refutar – mas nem sequer isto mesmo consegue” (AGOSTINHO, 1996, p. 485), dessa forma revelando, por um lado, que Deus está no centro da vida humana – portanto, também da vida social –, e, por outro lado, revelando estreitos limites do determinismo, uma vez que a promessa de graça divina ou de castigo limitarão as áreas de expansão da liberdade humana²¹. É por isso que S. Agostinho condena com veemência o suicídio, aquele que seria o mais fundamental e individual dos gestos de liberdade, referindo: “Só nos resta concluir que temos de aplicar apenas ao homem as palavras *não matarás* – nem a outro nem a ti próprio matarás, pois quem a si próprio se mata, mata um homem.” (AGOSTINHO, 1996, p. 158).²²

O determinismo teológico-filosófico do período medieval considera – como pensava, aliás, S. Agostinho, quem não nega a legitimidade do rei autocrata, capaz de impor o

quando eles imputam ao nosso Cristo os males presentes para alienarem os espíritos mais débeis e menos esclarecidos desta cidade [a cidade de Deus], única na qual devemos viver para sempre em felicidade? Nós não dizemos contra os seus deuses coisas mais horríveis do que os seus autores cuja obra eles lêem e elogiam. Deles é que colhemos os factos que relatamos – apenas não somos capazes de os relatar nem tão bem nem tão completamente.” E, após várias indagações que põem em causa as crenças e os próprios deuses romanos, Agostinho prossegue: “– Onde estavam [os deuses] quando em Roma, após demoradas e graves sedições, a plebe, abrindo as hostilidades, acabou por se retirar para o Janículo, tendo sido tão funesta esta calamidade que se resolveu (o que só em perigo extremo se fazia) nomear Hortêncio ditador? [...] De resto, as guerras multiplicavam-se então por toda parte a tal ponto que, por falta de soldados, se recrutavam proletários (assim chamados porque tinham por missão única gerar prole para o Estado, uma vez que, devido à sua pobreza, não podia fazer parte do exército).” (AGOSTINHO, 1996, p. 330; 333).

²¹ Ao tratar do pensamento de Agostinho acerca da liberdade, Brown refere: “[...] para Agostinho, a liberdade só podia ser a culminação de cura”. E, mais adiante, explica: “Em Agostinho, portanto, a liberdade não pode ser reduzida a um sentimento de escolha: trata-se de uma liberdade de agir plenamente. Tal liberdade deve envolver a transcendência do sentimento de opção. É que o sentimento de opção é sintoma de desintegração da vontade: a união final do conhecimento e do sentimento envolveria de tal maneira o homem no objeto de sua escolha, que qualquer outra alternativa seria inconcebível.” (BROWN, 2005, p. 465-466).

²² Ao referir-se sobre o suicida, S. Agostinho escreve: “Antes se reconhece neste caso uma alma débil que não é capaz de suportar a dura servidão do corpo nem a estulta opinião do vulgo.” (AGOSTINHO, 1996, p. 163).

mais severo dos regimes desde que isso implique a ascensão do homem da cidade terrena (a *Civitas diaboli*) para a cidade divina (a *Civitate Dei*) – que o homem terá como missão a procura da redenção, situação que apenas começa a sofrer alguma mudança com S. Tomás de Aquino. Ao tratar da teologia medieval, Jacques Maritain (1965) escreve que o homem

[...] carrega a herança do pecado original, nasce despojado dos dons da graça, e, se bem que não sem dúvida substancialmente corrompido, é ferido em sua natureza. Doutro lado, é ferido para um fim sobrenatural: ver a Deus como Deus se vê; é feito para atingir à vida mesma de Deus; é atravessado pelas solicitações da graça atual, e se não opõe a Deus seu poder de recusa, é portador, desde a terra, da vida propriamente divina da graça santificante e de seus dons. (MARITAIN, 1965, p. 10).

O tomista francês vai mais longe em suas observações quando refere que o pensamento filosófico-teológico da Idade Média era dominado por S. Agostinho e que aquele período era “puramente e simplesmente” católico cristão, estabelecendo-se, pois, como paradigma cultural:

Quando afirmava ao mesmo tempo a plena gratuidade, a soberana liberdade, a eficácia da graça divina – e a realidade do livre arbítrio humano; quando professava que Deus tem a primeira iniciativa de todo bem, que ele dá o querer e o fazer, que em coroando nossos méritos ele coroa seus próprios dons, que o homem não pode salvar-se sozinho, nem começar sozinho a obra de sua salvação, nem preparar-se para ela sozinho, e que por isso mesmo ele só pode o mal e o erro –; e que, entretanto, é livre quando age sob a graça divina; e que, interiormente vivificado por ela, é capaz de atos bons e meritórios; e que é o único responsável do mal que pratica; e que sua liberdade lhe confere no mundo um papel e iniciativas de importância inimaginável; e que Deus, que o criou sem ele, não o salva sem ele; assim, pois, quando a Idade Média professava essa concepção do mistério da graça e da liberdade, é puramente e simplesmente a concepção cristã e católica ortodoxa que afirmava. (MARITAIN, 1965, p. 11).

O pessimismo agostiniano em relação ao homem – que é essencialmente marcado pelo pecado original – é, inegavelmente, também verificado como característica do Ocidente medieval, sendo sensível nas mais diversas expressões, inclusive artísticas, bastando que se compare a arte pictórica do período com o que se sucede a partir da Renascença, uma espécie de revolução cultural em termos abrangentes. E nesse ambiente, que havia passado por invasões dos bárbaros, pela instabilidade e insegurança, onde vamos observar, no plano político, duas notas de relevo: a primeira, a fragmentação do poder político, que vai distribuído entre o rei, a igreja, os barões e os senhorios corporativos. Não há, portanto, um poder central que coordene um projeto de Estado. Aliás, será acertado dizer, apoiados em Heller (1968, p. 158), que “[...] a denominação ‘Estado medieval’ é mais que duvidosa”. Em segundo lugar,

conforme lembra Miranda (2005, p. 30), a influência das concepções germânicas em boa parte da Europa continental, faz com que o príncipe esteja no centro da vida política. Não será por outro motivo que a justiça deve representar e zelar pela dignidade do príncipe. Em Portugal, onde não se chegou a experimentar o feudalismo característico do continente, havia a figura do rei itinerante, estabelecendo ele próprio a unidade do povo e distribuindo a justiça, ao mesmo tempo em que constituía o *corpus iuris* do que se pretendia como Estado unitário. Tem, por isso, perfeito cabimento a observação feita por Pérez-Prendes (1997) com relação à forma de governo: “A função institucional dos monarcas medievais centrou-se em constituir a expressão mais elevada da autonomia jurídica da comunidade política, tanto no interior como no exterior dela. Para obter êxito, é-lhe atribuída máxima autoridade no uso da força, nos campos bélico e jurídico” (PÉREZ-PRENDES, 1997, p. 89, tradução nossa). Ora, nessa sua condição, o rei, mais ou menos ao modo como Maquiavel recomendou no seu pequeno-grande livro *O príncipe*, praticava atos magnânimos, inclusive podendo impedir a execução da pena de morte; intervinha, também, nas situações em que a salvaguarda de um mínimo de paz social era importante para a estabilidade do trono. Em Portugal, as *Posturas do rei Afonso II*, de 1211, proibiram a vingança particular na casa do inimigo (uma herança do direito germânico) e já no século XII, durante o reinado de D. Afonso Henriques, deu-se *carta de fidelidade e segurança* para colocar-se a salvo todo muçulmano vítima de perseguições.²³ Também na Península Ibérica, vamos encontrar no reino de Aragão um expediente jurídico capaz de controlar eventuais abusos cometidos durante a prisão de quem estivesse a responder à ação penal, a *manifestación de personas*, através do que se podia, inclusive, obter a medida *casa por cárcere*, uma espécie de prisão domiciliar. Contudo, cabe destacar que estamos tratando do cenário medieval, cuja constituição social era eminentemente estamental e o direito à *manifestación* não se destinava a plebeus nem àqueles que estivessem sujeitos ao Tribunal do Santo Ofício; ou seja, os direitos de liberdade existiam para poucos²⁴.

2.3. O Renascimento como força motriz cultural do reconhecimento de novos papéis para o cidadão

Ao fim do século XV a Itália auspicia uma das mais importantes revoluções culturais de que se tem tido notícia – o Renascimento. As bases intelectuais da Idade Média são colocadas em causa pelo humanismo, que lança um olhar para a Antiguidade greco-latina, retomando seus princípios estéticos. O homem passa a ser esculpido e retratado sem os pudores antes determinados pela Igreja; com isso, ela própria é questionada, inclusive no que tem de influente no poder político – o poder espiritual que até então vinha compartilhando com o poder temporal do monarca o estabelecimento de direção e ordem para as sociedades, é questionado e vai, pouco a pouco, perdendo seu posto. O antropocentrismo cultural toma lugar do teocentrismo.

²³ Sobre as garantias de liberdade em Portugal da Idade Média, ver Sabbá Guimarães (2009, p. 149-154).

²⁴ Sobre as garantias de liberdade em Espanha da Idade Média, ver Sabbá Guimarães (2009, p. 146-149).

Verificam-se, também nos campos político e econômico, profundas transformações. Os Estados monárquicos unificados consolidam-se, destacando-se Inglaterra, França, Espanha e Portugal; há já inspiração para a formação dos Estados-nação, cuja *ratio* política não mais se mescla com a moral²⁵; os avanços tecnológicos da navegação impulsionam a travessia dos mares e a descoberta de novas terras possibilita o surgimento dos grandes impérios; a economia puramente feudal será substituída por um mercado que atravessa as regiões fronteiriças. Isso tudo, somado ao que o humanismo vinha cunhando em termos intelectuais, vai repercutir na formação de novas concepções de liberdade.

É verdade que as coisas não se operaram simplesmente de um momento para outro: a Renascença, antes de ser caracterizada como o puro e instintivo olhar para a estética da Antigüidade clássica e pela circunstância das descobertas (tecnológicas e marítimas), é resultado da *intelligentsia* brotada numa sociedade que conhecia alguma organização política e que já reivindicava certas liberdades ainda na Baixa Idade Média. A propósito disso, Skinner refere que na metade do século XII, na região norte da Itália, “[...] o poder dos cónsules foi suplantado por uma forma mais estável de governo eletivo à volta de um funcionário conhecido como *podestà*, assim chamado porque era investido com o poder supremo – ou *potestas* – sobre a cidade” (SKINNER, 2006, p. 25), abrindo, com isso, a senda para as liberdades dos modernos. A cidade-república de Florença é uma das que se destaca quanto ao modelo de governo e pelas liberdades políticas, entendendo o cientista político de Cambridge que a irradiação disso pelo norte da Itália provocará interesse em duas questões, “[...] a necessidade de conservar-se a liberdade política e os perigos para a liberdade que representavam, na península, os exércitos mercenários permanentes” (SKINNER, 2006, p. 219). Assim, surgem as condições para as opções republicanas que, *de facto*, vão-se verificando, na mesma medida em que o Estado-nação vai tornando-se realidade. Mas o período é de transição e, portanto, antes de os paradigmas culturais estarem consolidados, eles mesclam-se, havendo o convívio dos antigos com os novos. É por isso que, na Florença de Maquiavel e de Dante, Lourenço, o Magnífico, patrono das artes e amante da boa vida, atentou contra as liberdades públicas; e Jerônimo Savonarola, um monge que detém força política em fins do século XV, influenciará a queima de livros e de obras de arte durante a quaresma de 1497²⁶. É, portanto, o período de agonia medieval, que ainda estertora.

2.4. A liberdade dos modernos: o Iluminismo e a nova perspectivação do homem

A ebulição de novas idéias ao longo da Renascença dá-se em momento de crise dos paradigmas da cultura medieval, quando, portanto, há uma espécie de exaustão de seus valores. Há nisso a preparação para o ingresso da Europa em um novo estágio histórico-civilizacional, o da Idade Moderna, quando o Estado surge em sua

²⁵ Maquiavel oferece-nos uma idéia de razão do Estado que poderíamos denominar de amoral, no sentido em que se mostra pragmática e tendente à concepção de programas nacionais.

²⁶ Ver Chevalier (1997, p. 7).

inteireza conceitual sob a forma de Estado-nação, isto é, tendo como referenciais ideológico e político a estruturação dos objetivos depreendidos do próprio povo, e como propulsor disso o poder político, que se transforma em soberania.

O movimento cultural-político-econômico-jurídico de fins do século XVI, dominado pelos humanistas, será, dessa forma, o arrimo para a circunstância²⁷ moderna, e já no século XVII, quando um Baruch Spinoza, bebendo nas fontes intelectuais do judaísmo, mas vivendo o cosmopolitismo dos Países Baixos, para onde muitos judeus se refugiaram após o decreto de expulsão dos reis católicos em 1492, pregará o panteísmo e a democratização das práticas religiosas²⁸; o pensamento cartesiano, por outro lado, introduzirá o problema da dúvida ao mesmo tempo em que fulcra o conhecimento do homem no *cogito*; mais adiante, já durante o Iluminismo do século XVIII, o enciclopédismo tentará minar as forças da Igreja católica, e Voltaire, no seu *Dicionário filosófico*, tratará da liberdade de pensamento e da tolerância, que, sem dúvida, contrastavam com os dogmas religiosos daquele período²⁹. Vê-se, por tudo isso, a erupção de uma nova consciência do homem, de suas potencialidades e de sua dignidade, formando um novo ambiente cultural, que será propício à estruturação dos direitos dos modernos.

As mudanças nos campos econômico e social, decorrentes dos avanços científicos e das descobertas, que propiciaram o surgimento do capitalismo, repercutirão na forma de como os modernos considerarão os direitos de liberdade. Se durante a Antiguidade a falta de delimitação entre as esferas privada e pública, bem como a convocação dos homens livres ou libertos para os negócios políticos na *ágora* grega ou no *forum* romano os massificava – ao mesmo tempo em que se viam outras classes de pessoas sem as liberdades políticas –, a partir da Idade Média haverá,

²⁷ O termo é aqui empregado no sentido orteguiano – *circum-stantia* –, ou seja, tudo o que está “[...] em nosso próximo derredor” e que, na visão global do homem como ser histórico, será representado por círculos concêntricos. Ao interpretar a filosofia circunstancial de Ortega y Gasset, Kujawski refere que: “A circunstância inclui-se sucessivamente, em outra circunstância maior, num jogo de círculos concêntricos, cuja circunferência ou periferia é o universo.” (KUJAWSKI, 1994, p. 15). E melhor aclarando seu pensamento, Ortega refere: “O homem rende o máximo de sua capacidade quando adquire plena consciência de suas circunstâncias. Por elas se comunica com o universo.” (ORTEGA Y GASSET, 1967, p. 47).

²⁸ Ver Spinoza (1996, p. 31 e ss.). Esse panteísmo surgido com Spinoza terá força na filosofia de uma moral prática norte-americana, especialmente com Emerson, quem combaterá o dogmatismo puritano dos colonos. Sobre isso, ver a apresentação que fizemos à tradução de Ingenieros (2009, p. 9-22).

²⁹ Ver Voltaire (s/d): verbetes ‘*liberté de penser*’ e ‘*tolérance*’. Com relação a esta última idéia, que se tornará uma das que se tornam centrais no momento pós-revolucionário francês, o filósofo comenta tratar-se de “[...] um apanágio da humanidade. Todos nós somos seres sujeitos a falhas e a erros; perdoemo-nos reciprocamente nossas falhas, esta é a primeira lei da natureza”. E, mais adiante, Voltaire conclui: “Mas é ainda muito claro que nós devemos tolerar-nos mutuamente, porque somos todos falíveis, inconsequentes, sujeitos à mutabilidade e ao erro.” (VOLTARE, s/d, p. 362-363; 368. Fizemos uma tradução livre do texto), dando as pistas necessárias para a compreensão do pluralismo. No original: *Qu’est-ce que la tolérance? C’est l’apanage de l’humanité. Nous sommes tous pétris de faiblesses et d’erreurs; pardonnons-nous réciproquement nos sottises, c’est la première loi de la nature. [...] Mais il est plus Clair encore que nous devons nous tolérer mutuellement, parce que nous sommes tous faibles, inconsequents, sujets à la mutabilité, à l’erreur.*

por um lado, a submissão do homem a uma expressão poliárquica de organização política e, por outro lado, o modelo econômico baseado no feudalismo tradicional que não permitia se definissem as margens de liberdades individuais. Contudo, o aparecimento, por primeiro em Florença e posteriormente no restante do continente, da liberdade gremial e industrial e da liberdade aquisitiva e comercial do indivíduo, quando já se podia constatar a existência de uma classe burguesa, permitirá um princípio de estruturação dos direitos individuais; o que será posto em evidência através dos contrastes entre a forma de governo do *ancien régime* e o ambiente cultural e econômico (é por isso que, no campo político, Peces-Barba Martínez (1998, p. 22, tradução nossa) considera o estágio do absolutismo um episódio necessário para que, além de centralizar o poder político e estabelecer alguns papéis de domínio, tornasse “[...] nítida uma das primeiras funções que se atribui aos direitos: a de limitar o poder do Estado.”).

Há dois momentos paradigmáticos relacionados com essa absoluta viragem no modo de tratar as liberdades: a Declaração de Independência dos norte-americanos e a Revolução Francesa de 1789; aqueles, os europeus anglo-saxônicos renovados, partindo de uma circunstância diversa da dos franceses, já que sua matriz político-jurídica havia consolidado o âmbito das liberdades civis em cartas de direitos desde o século XVII, enquanto que os *révolutionnaires* lutavam contra um regime que não garantia liberdades; uns, concebendo sua existência política e declarando as liberdades fundadoras do Estado que surgia e os outros destituindo as velhas bases políticas de que eram constituídos, depondo, por outras palavras, o *ancien régime* para, partindo das redefinidas expressões socioculturais, tratar da transformação da ordem social³⁰; os primeiros, já ciosos das liberdades conhecidas pelos reinóis britânicos e transportadas para as colônias, mas pouco a pouco destituídas de certas garantias, enquanto que os últimos, majoritariamente pequenos agricultores – 85% da população francesa viviam nos campos –, eram arrochados pelo feudalismo e pela excessiva taxação de seus produtos³¹. No entanto, ambas experiências de constitucionalismo provêm de fontes comuns, que marcarão a concepção das liberdades: o jusracionalismo, o contratualismo e a teoria da divisão de funções do Estado. Por isso que tanto a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, quanto a Declaração de Direitos do Homem e Cidadão, de 1789, são escritas pelos

³⁰ Grimm, ao tratar dos movimentos de constitucionalismo, refere que: “A explicação da origem do constitucionalismo moderno acabou por adaptar-se ao exemplo francês. Este modo de proceder não tem, naturalmente, o sentido de colocar em dúvida a prioridade americana na constitucionalização: quando a assembleia nacional francesa se dispôs a elaborar uma constituição, já podia recolher o exemplo americano. Não obstante, a decisão francesa não consistiu em uma simples imitação ou recepção do processo americano. A Revolução Francesa não foi originariamente a implantação de um Estado constitucional estabelecido segundo aquele modelo: sua meta antes se encontrava na transformação da ordem social.” (GRIMM, 2006, p. 61-62).

³¹ Vovelle refere que todo campesinato sofria ainda, embora em graus variados, o domínio do sistema “senhorial”. A aristocracia nobiliárquica, no seu todo, detinha parte importante do território, talvez 30%, enquanto o clero, outra ordem privilegiada, possuía entre 6 a 10% ”(p. 12). Mais adiante, o historiador escreve: “Os primeiros sinais de mal-estar aparecem na década de 80 do século XVIII nos campos franceses: uma estagnação dos preços dos cereais e uma grave crise de superprodução vitícola.” (VOVELLE, 2007, p. 22).

representantes do povo; ambas reconhecendo direitos naturais e inalienáveis dos homens, regidos pelos princípios da igualdade e universalidade; ambas determinando a separação de poderes como forma de impedimento de abusos e, principalmente, estatuidando que as liberdades são definidas pela lei (a *law of land*, a *loi*). Eis a marcante contribuição desse momento que representa um divisor de águas entre o velho e o novo: a idéia de que as liberdades do homem devem permanecer a salvo de intromissões do Estado – liberdade negativa –, cabendo à entidade política garantir-lhe o âmbito de desenvolvimento pessoal e definir, pela lei, sua extensão, ou, na fórmula que até vige nas constituições, a conotação de liberdade com tudo o que for expressamente permitido ou não proibido em lei. Passou-se a experimentar a idéia de liberdade legal.

3. A positivação dos direitos de liberdades

As experiências de proclamação de direitos em documentos políticos de *fin de siècle*, embora não tenham sido as primeiras, se abarcamos em nossa visão a organização político-jurídica inglesa, representaram um ponto de partida para as quatro grandes ondas de constitucionalização (*vagues de constitutionnalisation*³²). O que se relaciona com o fenômeno político do constitucionalismo, cujas premissas são o estabelecimento dos direitos individuais e a delimitação da esfera de atuação estatal, justamente como técnica de preservação das liberdades. Nicola Mateucci, ao abordar o tema, refere que sobre o constitucionalismo já se afirmou tratar-se de “[...] técnica da liberdade, isto é, a técnica jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício de seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, coloca o Estado em condições de não os poder violar” (MATTEUCCI, 2000, p. 247). Trata-se, numa palavra, de um definitivo rompimento com os paradigmas da liberdade dos antigos, pois, enquanto estes eram absorvidos em sua individualidade, o âmbito de liberdade dos modernos “[...] tem o caráter nitidamente antropocêntrico; coloca os valores referentes ao homem num grau mais elevado em relação aos negócios públicos; marca o surgimento de uma visão do homem como ente autônomo; ele irrompe consciente de seu papel exigindo o estabelecimento de limites ao poder absoluto [...]”. (SABBÁ GUIMARÃES, 2009, p. 82).

É verdade que a *primeira grande onda de constitucionalização* (Hauriou) teve início com a Revolução Francesa de 1789 que, paradoxalmente, teve seu marco político-jurídico em uma declaração, de caráter autônomo e assertivo e sem as abrangências regulatória e programática só possíveis na constituição. No entanto, não podemos deixar de lado outros processos de constitucionalização que, como experiências políticas, igualmente pretenderam estabelecer a esfera de direitos de liberdade e a delimitação do poder estatal, de modo a que não houvesse intromissão naquela área.

³² Ver Hauriou (1968, p. 75 e ss.).

3.1. A experiência constitucional inglesa

A primeira onda de constitucionalização, assim como seu momento precedente verificável com a Declaração de Direitos da Virgínia (1776) e a Constituição dos Estados Unidos da América (1787), partem de movimentos revolucionários cruentos, que pretendiam, num e noutro caso, a reorganização das bases sociopolíticas e o estabelecimento do Estado, ocorrendo, nisso, a necessária redefinição ideológica que deveria dar consistência à idéia de Estado-nação. Os colonos da América Norte, unidos pela identidade étnica e cultural, viam nas terras ocupadas um lar nacional e antes mesmo de as terem declarado como tal haviam dado passos importantes em direção à constituição política, como foi o caso do pacto de *Mayflower*, de 1620³³; os franceses, por sua vez, já se haviam organizado como Estado-nação, com poder político central e estrutura burocrática, mas o modelo de governo absoluto havia chegado a um ponto de saturação que não mais se adequava, por um lado, com as carências de grande parte da população e com os reclamos da *bourgeoisie* e, por outro lado, com o ambiente cultural forjado ao longo do *Siècle des Lumières*. Porém, na Inglaterra, os movimentos políticos tendentes à sua constituição decorreram de forma diferente.

É óbvio que não se quer aqui afirmar a inexistência de conflitos que, em verdade, ocorreram ao tempo da *Magna Charta Libertatum* (1215), passando pela revolução que instalou a chamada República de Cromwell e, mais tarde, a restauração da monarquia (1660) e a revolução de 1688, que pôs fim à dinastia dos Stuarts, e o superveniente *Bill of Rights*. Mas é certo que o poder político inglês desenvolveu-se guiado pelo caráter institucionalizante daquele povo, que viu na multissecular monarquia um símbolo de identidade nacional e que conhecia o gérmen de sistema parlamentar de governo desde os fins do século XIII, sabendo-se que já em 1295 o Parlamento atuava com os três estados, clero, lordes e comuns³⁴. O povo inglês passou por um processo de progressiva consolidação de suas instituições políticas que mais bem está relacionado com as experiências de efetiva atividade política, que denota seu pragmatismo, do que propriamente com o decalque de modelos ou de ideários. René Pinon, ao tratar das liberdades daquela parte da Europa insular, refere que: “As instituições inglesas não derivam do desenvolvimento dum princípio lógico e abstrato; elas são o produto dos fatos essencialmente empíricos, resultantes da dinâmica da história e da vida.” (PINON, 1938, p. 395). De forma que poderemos afirmar, com base na categoria desenvolvida por Hauriou³⁵, que o *diálogo* entre *auctoritas* e *liberdade* foi travado desde cedo pelos ingleses, em uma primeira etapa através da elite formada por nobres, formulando na *Magna Charta* as noções de *rule of law* e *law of land*, que se prestam a conceder segurança jurídica e garantia à liberdade física e, numa segunda fase, já com o Parlamento funcionando nos moldes que até hoje se conhecem, prescrevendo no § 9º do *Bill of Rights* (1689): “Que

³³ Ver Rey Cantor (1996, p. 63-64).

³⁴ Ver Caetano (1996, p. 51).

³⁵ Lamentavelmente André Hauriou não aplica a categoria *diálogo* entre *autoridade* e *liberdade* à experiência constitucional britânica, embora ela encaixe à perfeição.

a liberdade de expressão e os debates ou atividades no parlamento não devem ser objeto de acusação nem de impedimento nem de questionamento por nenhuma jurisdição ou instituição alheia ao mesmo”, enquanto que no § 1º, reservou-se a prerrogativa de fiscalização de certos atos do rei, dispondo: “Que o pretendido poder de suspender as leis ou sua execução por autoridade real sem consentimento do parlamento, é contrário ao direito”, com isso abrindo caminho a um só tempo para a democracia representativa e liberdades políticas como também para o controle do poder político pelo impedimento de atos típicos de governo autocrático.

Ao analisar a circunstância política da Inglaterra, Grimm aponta outros dois aspectos de relevo (que ao fim e ao cabo confluem para aqueles acima mencionados) para sua experiência constitucional. Em primeiro lugar, o fato de ter-se desenvolvido uma burguesia, liberta do sistema feudal, que não se opôs ferozmente ao regime monárquico, mas, pelo contrário, tornou-se seu arrimo na medida em que desfrutava de mobilidade social, ascendendo a categorias nobiliárquicas. Em segundo lugar, o constitucionalista alemão menciona que a Reforma, em vez de ter fortalecido o poder monárquico, atribuiu maior valor ao Parlamento³⁶, que passa a ocupar as funções do Legislativo e Executivo. De fato, o *Bill of Rights* estabelecerá um programa de monarquia parlamentar sobre o qual Hume refere, não sem uma dose de ufanismo, que “[...] embora o rei tenha direito de veto na elaboração das leis, este direito é na prática considerado tão pouco importante que tudo o que é votado pelas duas Câmaras é com certeza transformado em lei, sendo o consentimento real pouco mais do que uma formalidade” (HUME, 2004, p. 143).

Esses dois aspectos intervêm diretamente na consolidação das liberdades civis dos ingleses que, muito antes de quaisquer outros povos do continente, estenderam as regras de direito destinados aos estamentos superiores da sociedade a todos os cidadãos, ao longo de um processo de amadurecimento das instituições políticas. O *habeas corpus act*, de 1679, garantia jurídica do direito à liberdade física, v.g., é apenas o momento culminante do que se vinha operando na experiência jurídico-jurisdicional desde antes da *Magna Charta*, através do *writ de homine replegiando* (ordem judicial concessiva de liberdade mediante fiança), do *writ of mainprize* (ordem destinada ao *Sheriff*, para o restabelecimento da liberdade ao detido mediante arbitramento de fiança), do *writ de odio et atia* (que estabelecia condições para a liberdade de quem fosse acusado do crime de homicídio) que, no entanto, eram expedientes jurídicos ainda de aplicação restrita e, tal como acontecia com as regras do art. 29 da *Magna Charta*, manejados fundamentalmente por pessoas de elevada condição social. Além do mais, não se pode esquecer que as prisões *per speciale mandatum regis* determinadas pela Coroa e pelo *Privy Council* escapavam ao controle de legalidade, situação que só sofrerá alguma mudança a partir de 1592, quando a Justiça inglesa passa a exigir justificação para os mandados de prisão. Não tarda para que isto se constitua numa garantia para todo cidadão inglês, quando, em 1627, no julgamento do caso Darnel, a Corte julga, baseada na *Magna Charta*, a ilegalidade da prisão

³⁶ Ver Grimm (2006, p. 63).

decretada *per speciale mandatum regis*³⁷. Todos esses episódios que engrossam o caudal do *common law* tendem para que se fixem os direitos de liberdade dos ingleses que ganham garantias através dos *Acts of Parliament*. Grimm refere que as ameaças contra as liberdades dos ingleses existentes até a *Glorious Revolution*, de 1688, são repelidas pela tradição parlamentar que “[...] se investia da condição de defensor de uma situação jurídica liberal desde há muito em vigor”, não tendo sido necessário “[...] o recurso ao direito natural para legitimar os direitos de liberdade, mas apenas a remição ao bom direito antigo” (GRIMM, 2006, p. 87)³⁸. Um tal sistema que, como referido por politólogos, está longe de caracterizar a monarquia pura, mas, para o pensamento de Hume, trata-se de um sistema misto, em que as características de república são evidentes e permite não apenas o controle do poder político, como, também, o exercício das liberdades civis. Ao tratar disso, o filósofo escocês dá como exemplo a liberdade de imprensa, que consiste, inclusive, na possibilidade de “[...] criticar abertamente qualquer medida decretada pelo rei ou por seus ministros” (HUME, 2004, p. 101), que, segundo seu entendimento, é liberdade que decorre da forma mista de governo³⁹. Fecha-se, assim, o círculo: o pragmatismo político dos ingleses permitiu a estruturação de instituições auto-reguláveis, que impedem arbitrariedades e indevida invasão na esfera de liberdades individuais, ao mesmo tempo em que as garantem.

3.2. A experiência constitucional americana

O movimento de constitucionalização observado nos Estados Unidos da América percorre, podemos assim dizer, um caminho que estava previamente traçado. Primeiro porque as colônias britânicas que lhe deram corpo jamais conheceram o feudalismo, nem muito menos os riscos do absolutismo. Os colonos emigrados da metrópole para o Novo Mundo já conheciam as liberdades civis e levaram-nas em sua bagagem; respeitavam as hieráticas instituições que formavam o eixo central de sua vida política e jurídica, especialmente o Parlamento, com seu sistema de autolimitação e de controle da legalidade; havia uma classe burguesa em ascendência, que gozava não apenas das liberdades, mas era economicamente independente, inclusive a ponto de reclamar contra os pesados tributos impostos pelo Parlamento inglês. Em segundo lugar, a circunstância enfrentada pelo Império britânico, por um lado combatido política e economicamente após a Guerra dos Sete Anos, e por outro lado tendo-se tornado demasiado grande, ao ver-se na contingência de organizar burocraticamente seu domínio, permitiu que os colonos estivessem menos sujeitos a intervenções opressoras. As colônias, em boa verdade, passaram a funcionar de forma autônoma, embora tivessem governadores coloniais indicados pela Coroa, pagos pelas assembléias locais⁴⁰. Por último, esse ambiente em que

³⁷ Ver Sabbá Guimarães (2009, p. 155-161).

³⁸ [...] *el parlamento se percibía como defensor de una situación jurídica liberal en vigor desde hacia mucho tiempo. No fue necesario el recurso al derecho natural para legitimar los derechos de libertad, sino sólo la remisión al buen derecho antiguo.*

³⁹ Ver Hume (2004, p. 102).

⁴⁰ Ver Driver (2006, p. 10).

se permitia a livre produção, a não interferência na esfera privada do indivíduo e a relativa estruturação de funções políticas, adequava-se aos ideais de uma filosofia política e econômica do liberalismo, propícia, portanto, à preservação dos direitos de liberdade.

No entanto, a Inglaterra passou a impor pesados tributos às colônias, primeiro através da Lei do Açúcar (1764), depois pela Lei do Selo (1765) e, por fim, pelas Leis Townshend (1767), as quais desrespeitavam nitidamente o princípio *no taxation without representation*. Para além do mais, as garantias jurídicas de índole processual foram modificadas, como as que se referiam às regras de competência judicial. Por outras palavras, o Parlamento inglês estava suprimindo garantias jurídicas dos colonos, que se insurgiram através de grupos organizados, como o dos Filhos da Liberdade e por meio de deliberação da maioria das colônias, que passaram ao franco desrespeito às leis da Inglaterra. Aí estavam as condições para a obtenção da independência das colônias e para a constituição de um novo Estado.

É de observar-se que os direitos de liberdade que apareceram nas cartas políticas dos Estados Unidos, primeiro a Declaração dos Direitos da Virgínia, de 1776, e posteriormente a Constituição norte-americana, de 1787, não são apenas provenientes de inspiração inglesa ou puro e simples decalque das leis constitucionais da pátria-mãe. A essa altura, o ideário liberal e a filosofia jusnaturalista de Locke e Rousseau propagavam-se e ganhavam a simpatia de homens como Benjamin Franklin e Thomas Paine, este, apesar de inglês, um verdadeiro entusiasta da independência das colônias e defensor da Revolução Francesa de 1789, participando da propaganda panfletária ao escrever *Senso comum e Direitos do homem*. É esta base intelectual e filosófica que está sensivelmente presente no primeiro dos documentos políticos, cujo art. 1º declara que:

Todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes e contam com certos direitos inatos dos quais não se pode privá-los nem despojá-los por nenhum compromisso ao entrarem num estado de sociedade; e que todos estes direitos são, principalmente, o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e conservar a propriedade e de perseguir e de lograr a felicidade e a segurança.

E aí estão uma natureza humana que não se compagina com a estrutura estamental e rigorosamente orgânica de sociedade, os direitos naturais presentes desde sempre e depreendidos pelo homem ao entrar na sociedade política, que é assim concebida pela disposição livre em contrato de todos os que deixam o *status naturalis*, e eis, ainda, o próprio sentido da Constituição, que é o de permitir a realização de objetivos comuns, a felicidade e a segurança. É claro que há, também, um sentido pragmático na Declaração de Direitos, cujo art. 8º, inspirado no *Bill of Rights* inglês, dispõe sobre as garantias processual-penais, como a do conhecimento da acusação a que se é submetido, confrontação de testemunhas e acusadores, julgamento por júri formado por doze homens, para além da garantia de não se fazer prova contra si mesmo e a regra da legalidade para a supressão da liberdade.

A Constituição dos Estados Unidos, a mais curta e longeva de quantas que a história da democracia pode registrar, prescreve não mais que princípios e garantias fundamentais, os quais darão sustentáculo às liberdades civis e ao processo. Assim, a liberdade só será restringida mediante regular processo e julgamento; o Estado tem seu poder de perseguição criminal limitado; os acusados têm direito de serem informados sobre a natureza e causa da acusação e de serem julgados por júri popular em todos os casos criminais, além de gozarem de assistência profissional para a defesa (sexta emenda à Constituição); ninguém estará obrigado a fazer prova contra si mesmo (quinta emenda). Em suma, a Constituição norte-americana ultrapassa os âmbitos declarativo e programático para tornar-se ela própria instrumento de aferição do processo legal: é, pois, verdadeiro documento político-jurídico de natureza instrumental.

3.3. A experiência constitucional francesa (modelo do constitucionalismo da Europa continental)

Em França o fenômeno de constitucionalização aparece de forma tumultuada, em meio a uma revolução que não representa apenas um movimento popular para tornar efetivos os direitos de liberdade mediante o reconhecimento de determinados princípios, como ocorrera entre os norte-americanos, nem para confirmar uma tradição política que desse arrimo ao âmbito de liberdades, como se verificou entre os ingleses. Ali, dirá Grimm (2006, p. 90), “[...] não existia uma tradição comparável de direitos de liberdade catalogados, que unicamente necessitassem de ampliação e de serem elevados ao nível constitucional para adotarem o caráter de direitos fundamentais”⁴¹. Isso em razão de que naquele país vigorava um regime absolutista de governo que, por um lado, impunha pesada carga de tributação ao povo e, por outro lado, apesar de deliberar em conjunto com seus Conselhos, o rei exercia o poder político que não conhecia um contrapeso que mitigasse as arbitrariedades; além do mais, o feudalismo, que à época revolucionária já não mais existia na vizinha Inglaterra, era, em França, uma estrutura complexa atrelada a um sistema econômico tradicional que se baseava na produção do campo; também importava em uma abissal injustiça na distribuição de riquezas, uma vez que a nobreza e a Igreja detinham quase 40% do território francês⁴²; por fim, esse sistema atribuía ao senhor a prerrogativa de aplicar sua justiça aos camponeses que vivessem em suas terras.

Em contrapartida, a França abrigou (e irradiou para o continente) o Iluminismo de fins do século XVIII, cujos postulados de racionalismo não apenas colocavam em causa os dogmas da Igreja e sua influência sobre a vida política do Estado, como, também, difundiam novas concepções acerca do homem e de sua dignidade. Voltaire reconhecerá o caráter de perfectibilidade, que se compaginará com as idéias de liberdade, de solidariedade e de tolerância. É o pano de fundo para que se reclame a mediação do diálogo entre a *auctoritas* e o povo através do entendimento desse signo de humanidade. Isto que é, a um só tempo, anterior e transcendente ao

⁴¹ [...] *no existía una tradición comparable de derechos de libertad catalogados que necesitaran únicamente ser ampliados en su función y elevados al nivel constitucional para adoptar el carácter de derechos fundamentales.*

⁴² Ver Vovelle (2007, p. 12).

Estado permitirá a redefinição da idéia de democracia, ao menos no que concerne às concepções de formação da sociedade política e de soberania: e o pensamento político de um Rousseau dará suficiente sustentáculo para se reconhecer que ela provém, em verdade, do povo e o modo de organização do Estado, através da Constituição, “[...] é a propriedade de uma nação e não daqueles que exercem o governo”, como terá defendido um dos grandes entusiastas da Revolução de 1789, Paine (2005, p. 169). Para que se dê cabimento a essa lógica de organização política da sociedade, é crucial que se delimitem as funções e os Poderes do Estado, o que só se alcança, segundo pensa Montesquieu, com a separação de Poderes e a técnica de controle recíproco.

Para além do ambiente intelectual que contagiava os domínios políticos da França pré-revolucionária, não se pode esquecer que outros fatores igualmente contribuíram para que se perpetrasse contra o absolutismo. A revolução das colônias norte-americanas e os princípios inscritos no *Bill of Rights* de 1776, inspirariam a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e o exemplo do regime monárquico vindo da Inglaterra serviria ao novo sistema de monarquia constitucional⁴³. A partir disso e dos contornos constitucionalistas da reunião dos Estados Gerais, que viriam a se transformar em Assembléia Nacional Constituinte, já se podia falar na deposição do *ancien régime* e de uma longa revolução, que se inicia em 1789 e estende-se por vários anos de instabilidade, com as perseguições jacobinas e o regime de Robespierre e constituições de vida curta, que não impedem um ciclo de alternância de formas de governo que passam da monarquia absoluta à monarquia limitada, desta para república democrática, que se transforma em ditadura. O que ocorre, em suma, é uma revolução em sentido amplo, que importava na reestruturação do Estado francês. Ou, como afirma Paine (2005, p. 33): “Não foi contra Luís XVI mas contra os princípios despóticos do governo que a nação se revoltou. Esses princípios não tinham nele sua origem, mas no *establishment* original, muitos séculos atrás, e haviam-se tornado demasiada e profundamente arraigados para serem eliminados [...]”, e os experimentos acabam tornando-se o expediente para alcance dos fins revolucionários. No entanto, a revolução – ou, como alguns querem, as revoluções que se sucedem a partir de 1789 – trará importantes contribuições para a primeira fase de constitucionalismo.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que formalmente não cabe no conceito de Constituição e, talvez por isso, um Marcello Caetano (1996) sequer a cite entre os documentos políticos de França⁴⁴, já dispõe as balizas que delimitam a soberania do Estado que, aliás, está fulcrada na nação e “[...] nenhum corpo, nenhum indivíduo poderá exercer autoridade que não emane diretamente dela” (art. 3º); que o Estado só estará regularmente constituído quando houver garantia dos direitos e separação dos poderes (art. 16); que os limites à liberdade apenas poderão ser

⁴³ Ver Caetano (1996, p. 94).

⁴⁴ Por algum tempo desenvolveu-se a polémica entre os defensores da expressão constitucional da declaração autônoma de direitos fundamentais e seus detratores, que, como Hesse, entendiam que a Constituição confere pretensão de vigência às normas de direitos fundamentais. Acerca do debate, ver Sabbá Guimarães (2009, p. 85-87). Gicquel e Hauriou (1985, p. 153), no entanto, pontificam a importância das declarações de direitos da fase clássica do direito constitucional.

estabelecidos mediante lei (art. 4º), cujo conteúdo estará relacionado a proibições de ações prejudiciais para a sociedade (art. 5º). A Declaração, portanto, encerra duplice caráter, o de estabelecer controle dos poderes estatais ao mesmo tempo em que dispõe sobre direitos e garantias de liberdades: há, por um lado, controle das funções mediante o sistema de tripartição de poderes, implicando, *ipso facto*, a própria organização burocrática do Estado; as liberdades, por outro lado, apresentam-se em duas dimensões, a dos direitos definidos pela norma e a das garantias, que podem ser reclamadas para sua salvaguarda (art. 12). Tudo isso, ao fim e ao cabo, podendo ser esquematizado ao modo como elaborou Carl Schmitt, para quem “[...] a esfera da liberdade do indivíduo se supõe como um dado anterior ao Estado, ficando a liberdade do indivíduo *ilimitada em princípio*, enquanto que a faculdade do Estado para invadi-la é *limitada em princípio*.” (SCHMITT, 1982, p. 138, tradução nossa).

Se não se trata propriamente de Constituição, pelo menos a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão contém um indelével aspecto ideológico que propende para a estruturação, não só dos direitos de liberdade, mas, também, do próprio Estado. E parece que ela foi por muito tempo entendida dessa forma, já que até a Constituição francesa de 1946 não havia um capítulo específico estipulando os direitos e garantias individuais, que permaneciam íntegros na Declaração.

Em suma, a primeira onda de constitucionalização, que tem na Revolução Francesa de 1789 e no seu encarte de direitos de liberdade o ponto de irradiação para o constitucionalismo europeu, mas que começa antes, com as Declarações de Direitos e Constituição dos Estados Unidos, é, em sua gênese, fundamentalmente marcada por pelo menos três aspectos: o primeiro, de caráter sociológico, relaciona-se com “[...] a chegada ao poder da classe média, da burguesia” (HAURIOU, 1968, p. 153, tradução nossa)⁴⁵, que é fato verificável nas duas experiências constitucionais referidas. As primeiras Constituições nasceram do descontentamento da burguesia que, por um lado, era cônica de sua importância, especialmente para a vida econômica de seus países e, por outro lado, haviam adquirido não só a noção das arbitrariedades dos regimes de governo, como daquilo que a intelectualidade propunha em termos ideológicos. Não será errado, portanto, referir, como Carl Schmitt (1982), que os Estados desse período de constitucionalização eram Estados burgueses. O segundo aspecto radica-se no liberalismo que dominou a filosofia política e a economia de fins do século XVIII. O livre estabelecimento, a busca do progresso pessoal e a não-interferência estatal são características que advêm do postulado da economia liberal. No campo ontológico e ético, o individualismo torna-se premissa para a demarcação da esfera de liberdades do homem. O terceiro aspecto, que de alguma forma pode dar amparo, segundo entendemos, à teoria da unidade do Estado de Heller (1968), refere-se ao liame existente entre “[...] o desenvolvimento da consciência nacional e o movimento constitucional” (HAURIOU, 1968, p. 155). Nas duas experiências constitucionais do século XVIII, havia um forte pendor revolucionário, que se traduz no desejo de organização política nacional. Por fim, não podemos esquecer que o movimento de constitucionalização brotou no meio revolucionário, que para uns importou na libertação e fundação do Estado, enquanto que para outros a revolução depunha um regime antigo de governo e

⁴⁵ [...] *le mouvement constitutionnel est lié à arrivée au pouvoir de classe moyenne, de la bourgeoisie.*

redesenhava a estrutura social-política do Estado já existente, porém em ambos os casos recorrendo-se às lutas.

4. O constitucionalismo contemporâneo

O movimento de constitucionalização de fins do século XVIII, com toda a circunstância que o envolveu, indicando, fundamentalmente, para a necessidade de ampla organização das sociedades políticas – que, de forma genésica, também já havia nas colônias norte-americanas –, tem importância que transcende o mero aspecto histórico. As bases das liberdades individuais e políticas foram aí sedimentadas, sofrendo poucas alterações nas supervenientes ondas do constitucionalismo. Além do mais, esse fenômeno político de *fin de siècle* reserva um lugar de destaque para a Constituição, como documento imprescindível às necessárias (re)estruturações sociopolíticas. A primitiva idéia de pacto, de contrato social, dá lugar à força jurídica e política vinculativa que se projeta em todo *corpus iuris* do Estado.

Mas as constituições da primeira onda correspondem ao momento fundacional dos Estados modernos, cuja estrutura-tipo apresentava aspectos facilmente identificáveis. O ambiente econômico foi forjado a partir do pensamento liberal que não exigia mais do que a liberdade para estabelecer-se e produzir. A experiência jurídica, que durante os séculos de influência germânica era costumeira, tinha, agora, na entronização da lei positiva, a tendência para a laicização e para conferir segurança às liberdades civis, mas estava por se fazer. O Estado – que era burguês – devia ser limitado, de modo a não interferir no âmbito das liberdades. Isso tudo permitindo-nos compreender um cenário de complexidades bem distintas das que viriam com a nova Revolução Industrial no século XIX, com as Guerras Mundiais do século seguinte e com as reivindicações sociais. E as bases do modelo de Constituição declarativa de direitos naturais imprescritíveis e universais, que concernem à idéia de liberdade, e a garantia de sua preservação através da limitação do poder estatal e da lei já não seriam suficientes para manter a estrutura dos Estados em cada sucessivo momento de complexidade. Novas gerações de direitos estavam para ser reconhecidas.

4.1. Novas gerações de direitos

O Estado do *ancien régime* era o ente político personificado na figura do príncipe, que monopolizava o poder e em nome de quem a soberania significava criar e revogar leis, que tratavam antes dos deveres do que dos direitos dos homens. Com a primeira onda de constitucionalismo, ocorre uma viragem completa, em que os Estados assumirão as características gerais de seu conceito moderno. Já nem se pensará em cidades-Estado como as que formavam boa parte da Europa continental, que se refunda toda esquadrihada em Estados-nação, em que aquela parte espiritual, que se pode chamar de psique do povo, dará substância à unidade territorial e de soberania. O poder político, por outro lado, não estará pura e simplesmente representado pela *auctoritas* com prerrogativas de mando, pois que encontrará limites ditados por uma ordem legal tendente ao reconhecimento da esfera de liberdades individuais. Se antes havia apenas o conjunto de deveres, agora o direito passava a estabelecer as liberdades dos homens e cidadãos. Mas já a partir do século XIX esta estrutura de Estado, com seu esquema reduzido de funções,

não será suficiente para atender os novos interesses. A Revolução Industrial põe em evidência a classe proletária, responsável pelo processo de produção e geração de riquezas e, no entanto, gozando de situação não mais vantajosa do que a dos camponeses do século XVIII. As reivindicações de direitos sociais e econômicos eclodem durante esse período, em o qual o *Manifesto comunista* de Marx e Engels é publicado (1848). Os direitos individuais, os de primeira geração, que expressam a liberdade dos modernos, ou, nas palavras de Benjamin Constant (1985, p. 9) “[...] o direito a não estar submetido a não ser às leis [...]”, eram insuficientes, como dá a entender a Constituição francesa de 1848 e, mais tarde, com maior importância, a Constituição de Weimar, de 1919, tratando de direitos sociais referidos à proteção da família, da educação e do trabalho, quando se transpõe o limite do Estado liberal para se avançar ao Estado do bem-estar social.

Se a primeira geração de direitos implica o reconhecimento da liberdade negativa, ou seja, a liberdade de não ser molestado e, o que concerne ao Estado, priorizando-se a não-interferência (uma situação que antagoniza com o regime de opressão do absolutismo e que surgiu como declarada luta contra esse estado de coisas), podendo essa liberdade ser esquematicamente reduzida à expressão berliniana *estar livre de* (*liberty from*)⁴⁶, a segunda geração de direitos expressará a liberdade positiva, ou seja, a liberdade de auto-realização ou, na fórmula de Berlin, ‘estar livre para’ (*liberty to*)⁴⁷. Esses novos direitos aparecem logo após a Primeira Grande Guerra que, no entanto, não é determinante para o aparecimento das reivindicações dos direitos econômicos e sociais; aliás, não há nessa fase lutas armadas contra regime autoritário. Por fim, em vez de não-interferência, esses direitos são preenchidos pelas prestações estatais, o que justifica denominar-se o Estado assim constituído como de bem-estar social, ou Estado-providência.

Mas como a história é também feita de movimentos cíclicos determinados por momentos críticos, a destruição da Europa ao longo da Segunda Grande Guerra Mundial e o morticínio de milhões de pessoas, inclusive deliberado pelo programa do regime nazista de extermínio de certas minorias, como a de judeus e ciganos, criou uma nova consciência política mundial em torno dos direitos humanos, que veremos representada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948. O avanço que aí se dá não decorre pura e simplesmente por influência do experimento vivido pela Liga das Nações, em cuja efêmera existência não logrou atingir seu principal objetivo, o de coordenar os litígios entre Estados estrangeiros de modo a preservar a paz; no entanto, pode encontrar um étimo filosófico em Kant. Afinal, o filósofo de Königsberg já havia entendido que nenhum Estado tem direito à guerra de punição (*bellum punitivum*)⁴⁸, nem a impor coerção⁴⁹, devendo, pelo contrário, procurar a paz, constituindo uma espécie de “liga” ou “aliança da paz”. E explica: “Essa liga não se propõe a adquirir qualquer poder do Estado, porém somente a manter e garantir a *liberdade* de

⁴⁶ Ver Berlin (1998, p. 220-231).

⁴⁷ Cf. Berlin (1998, p. 231-236).

⁴⁸ Ver Kant (2004, p. 36).

⁴⁹ Ver Kant (2004, p. 46).

um Estado para si mesma e, ao mesmo tempo, para outros Estados coligados⁵⁰, desenvolvendo-se a partir disso uma *república mundial*. É nessa *república mundial*, em que se supõe tratar-se do domínio de todos, que o homem deverá gozar do direito à hospitalidade, tornando-se um homem cosmopolita. Pois bem, a terceira geração de direitos, que poderia ter sido concebida por um Kant, mas advém da circunstância política e social mundial de pós-guerra, identifica-se com o direito à paz, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade e com o desenvolvimento. Já não se referirá ao homem como ser individual, mas aos grupos de indivíduos, à família, ao povo, e à própria humanidade. Perspectiva-se nessa nova geração de direitos, portanto, a proteção do homem em níveis que transcendem as fronteiras dos Estados e o ser ideal detentor de uma natureza, para o compreender na sua essencial veste de pessoa humana, carecedor de atenções indispensáveis para a caminhada rumo ao aperfeiçoamento. Ao se referirem à própria humanidade, esses direitos devem ser positivados, arrancando do consenso dos Estados de maneira que possam ser exigidos em foros internacionais.

Não se pode esquecer, entretanto, que a terceira geração de direitos é também marcada por três importantes aspectos. Em primeiro lugar, a declaração universal de direitos, que logo passa a apanágio dos Estados da modernidade comprometidos com o progresso dos povos, arrimando-se não apenas no respeito aos direitos econômicos e sociais, mas em um princípio fundamental de solidariedade que rompe fronteiras, coincide com o momento histórico categorizado por Hauriou como o da quarta onda de constitucionalização⁵¹. É durante o pós-guerra, que atravessa os anos 60 até chegar à década de 70, em que há a descolonização e o surgimento de novos Estados, obviamente procurando seu posto na escala dos Estados desenvolvimentistas, muitos dos quais sem uma precisa direção a tomar no campo ideológico (o mundo estava dividido em dois grandes blocos e o juízo de valor que se fazia era simplesmente maniqueísta, não havendo lugar para outras situações ideológicas). Em segundo lugar, as Constituições desse período, iniciando pela Lei Fundamental da Alemanha Federal, depois pela Constituição da República Democrática Alemã e, já na década de 70, pela Constituição portuguesa e pela Constituição espanhola, inscrevem o princípio da dignidade da pessoa humana, de inspiração humanista e cujo conceito diz respeito à ontologia, como norma que preside a todos os direitos fundamentais. O primeiro dos documentos políticos citados insculpe o princípio já no seu art. 1º, prescrevendo que a dignidade é inviolável e o Estado obrigado a respeitá-la e protegê-la; e que, ademais: “O povo alemão reconhece, em consequência, os direitos invioláveis e inalienáveis do homem como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça”, ou, por outras palavras, que os direitos fundamentais estão atrelados à dignidade da pessoa humana que, como tal, é patrimônio natural de todos os homens. O terceiro aspecto está relacionado com a observação de Bobbio (1992, p. 32), segundo a qual os direitos do homem são históricos e uma série de fatores determinará a especificação e a aceitação de novos direitos. Assim, a Declaração Universal de Direitos não é obra acabada, mas apenas a diretriz histórica que permitirá a admissão de outros interesses humanos como direitos novos, segundo são depreendidos dentro da dinâmica de desenvolvimento humano.

⁵⁰ Ver Kant (2004, p. 48).

⁵¹ Cf. Hauriou (1968, p. 79).

Há quem sustente, como Paulo Bonavides (2006, p. 3), a existência de outra geração de direitos – ou, em sua terminologia, “dimensão de direitos” –, que é determinada pela circunstância da política global e pelos avanços tecnológicos, exigindo não apenas o redimensionamento da democracia, como, também, o direito à informação e ao pluralismo. No entanto, não estamos seguros de que estejamos, de fato, diante de um novo ciclo de reconhecimento de direitos fundamentais. Primeiro, porque as circunstâncias que se dizem determinantes dos novos direitos não estão muito bem definidas, nem sugerem um ponto paradigmático de revolução constitucional. As gerações de direitos anteriores foram marcadas pela exaustão de modelos em relação ao trato das novas necessidades e interesses humanos, de forma que foram os momentos de crise que determinaram ou a declaração de direitos, ou o consenso em torno deles. No atual *hic et nunc* histórico, no entanto, não se observa isso de maneira muito clara. Em segundo lugar, o direito à informação, *v.g.*, pode melhor estar alinhado à situação que Bobbio referiu como de especificação de novos direitos decorrentes dos direitos humanos, do que propriamente uma insurgência para sua concretização. Ademais, como questão hoje de domínio global, o direito à informação pode ser antes tratado nos foros internacionais dos Estados para posteriormente ser positivado. Em terceiro lugar, o próprio âmbito globalizado das decisões políticas, jurídicas e econômicas, não se compagina com a necessária positivação constitucional de novos direitos.

O que antes se referiu, com apoio em Bobbio, não permite apressarmos uma opinião no sentido de que a necessária (e natural) especificação dos direitos para atender à dinâmica histórico-cultural – que parte daquelas amplas diretrizes consensualmente aceitas pelos Estados – coloca um ponto final na sequência de rupturas revolucionárias e de redefinição dos direitos humanos; mesmo que, por um lado, as atuais Constituições visem mais a programas para concretização de direitos fundamentais (nessa parte tornando-se, portanto, suscetíveis de reformas), do que propriamente à positivação de novos direitos e que, por outro lado, a inclusão das regras de recepção de normas proclamadas em tratados internacionais, como ocorre em nossa Constituição e na da República portuguesa, *v.g.*, mitigue o papel dos movimentos de constitucionalização, tudo isso, provavelmente, decorrente de um fenômeno que podemos chamar de cosmopolitismo político, jurídico e econômico. Isto porque a circunstância global não é de pura tranquilidade, bastando para reforçar nossa posição lembrarmos de um dos mais emblemáticos episódios políticos ocorrido justamente na União Européia, um dos palcos da globalização, onde as planificações políticas, jurídicas e econômicas deviam assentar-se numa Constituição européia, que acabou, no entanto, sendo rejeitada por França e Holanda, em 2005. A globalização – ou as globalizações, como prefere Boaventura Sousa Santos (2006) – não é capaz de pôr cobro aos localismos, embora os aspectos locais cada vez mais se nos pareçam vulneráveis diante daquele fenômeno. A tentativa de se unificarem a ortografia e regras de acentuação gráfica da língua portuguesa entre os países da chamada comunidade lusófona, *v.g.*, que não considera os particularismos no modo de falar de cada povo, nem mesmo os traços psicológicos que aí se denotam, fazendo com que o português do Brasil seja sensivelmente diferente do que se fala em Portugal ou em Angola, é uma tentativa mal arremedada de aproximação cultural que, no entanto, vem sofrendo forte e legítima resistência por parte dos falantes de além-mar; mas o acordo está já em vigor, atropelando, de

maneira brutal, aspectos culturais dos povos de língua portuguesa, que não se sabe até quando resistirão à força do decreto. Por outras palavras, podemos dizer que existe um movimento que se pode chamar de contraglobalização, baseado na justa renitência de certos localismos (que é justa por estar fundada na tradição cultural dos povos)⁵². Isso implica reconhecer uma tensão que atualmente existe entre localismos e globalização, às vezes expressada de forma dramática quando um aspecto cultural, v.g., tenta resistir à pressão de uma cultura hegemônica. Embora o direito à cultura esteja previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos e em Constituições contemporâneas, como a nossa, e que as legislações europeias tenham destinado especial atenção a determinados aspectos culturais, como os lingüísticos, não duvidamos de que o fenômeno da globalização possa, ainda, abrir uma nova fronteira para divisarmos direitos e garantias fundamentais relacionados à proteção dos nacionalismos, dos regionalismos, dos localismos, que são aspectos de identidade dos povos e sem os quais sequer se pode pensar em programas políticos, jurídicos e econômicos para os Estados.

4.2. A irrenunciabilidade dos direitos ancestrais como fundamento de sentido e ordem para o homem e a necessária positivação na Constituição

Há quem condene a expressão *geração* de direitos preferindo referir sobre suas *dimensões* que, segundo se percebe do percurso histórico, se amalgamam de tal forma que quase se tornam indissociáveis, como se fosse um organismo vivo do direito, de modo que, ao se falar da cláusula de proibição de arbitrariedade na prisão, prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. IX), imediatamente poderemos relacioná-la a uma série de garantias fundamentais de índole processual presentes nas Constituições; dizem os estudiosos que o vocábulo ‘geração’ faz supor a sucessão de períodos, como se cada um se sobrepusesse ao outro em importância, o que, para nós, é equivocado.

De fato, se pensarmos na idéia de *geração* cunhada por Ortega y Gasset, teremos de reconhecer que ela significa uma variedade humana datada e, por isso, diretamente relacionada com cada *hic et nunc* histórico. Insere-se, pois, na ordem de sucessões históricas, permitindo-nos divisar aspectos marcantes em cada uma. Mas não só. Ao tratar do tema relacionado com a evolução dos povos segundo o reconhecimento de gerações, diz Ortega y Gasset (2005, p. 564) que “[...] essas mesmas diferenças de estaturas supõem que se atribua aos indivíduos um mesmo

⁵² Ao tratar do fenômeno de massificação (de padronização) num âmbito menor – o da Europa da era comunitária –, mas que não deixa de ser expressão de globalização, que, para lembrar de uma metáfora do crítico literário Harold Bloom, parece com o tanque *Merkavah* do exército israelense, passando por cima de tudo e de qualquer obstáculo, Touraine (2005) refere que os europeus enfrentaram o drama do “[...] abandono de todo o nacionalismo, abertura à diversidade do mundo, mantendo-se, contudo, profundamente ligados ao país que os modelou, tanto pelas suas instituições, pela sua língua, pela sua literatura como pela sua história”, de forma que o cidadão europeu da contemporaneidade continua, no fundo, cidadão francês, italiano, espanhol, português, e mais que isso, continua preso às tradições locais, falando o dialeto que teima em resistir à língua nacional e preservando seus costumes – vide Touraine (2005, p. 49). A expressão *contraglobalização* é nossa, mas se aproxima daquilo que Sousa Santos denomina de globalização contra-hegemônica, fundamentada no direito à diferença, no respeito às minorias, inclusive culturais – vide Santos (2006, p. 194 e ss.).

ponto de partida, uma linha comum, sobre a qual uns se elevam mais, outros menos, e vem a representar o papel que em topografia é o nível do mar”, deixando entredito, pois, que as gerações inscrevem-se dentro de um sistema histórico, em o qual uma geração não deve prescindir da outra. Mais adiante, o filósofo espanhol refere que “[...] *cada geração representa uma certa altitude vital*, a partir da qual se sente a existência de uma determinada maneira. Se tomarmos a evolução de um povo em seu conjunto, cada uma de suas gerações apresenta-se como um momento de sua vitalidade, como uma pulsação de sua potência histórica” (ORTEGA Y GASSET, 2005, p. 564, grifo do autor). Esse momento de vitalidade próprio de uma *geração* faz supor o poder criativo que está sujeito, segundo entendemos, à exaustão, quando a força generativa se transforma, *tout court*, em puro acúmulo histórico que servirá à *geração* superveniente. Daí termos de concordar com Ortega quando refere “[...] que as gerações nascem umas das outras, de sorte que a nova já se encontra com as formas que a existência deu à anterior” (ORTEGA Y GASSET, 2005, p. 564). Mas se é assim, também é de admitir-se que a idéia de *geração* é mais ampla que a idéia de *dimensão*, que apenas planifica no tempo uma dada circunstância, já que: “Para cada geração, viver é, pois, uma tarefa de duas dimensões, uma das quais consiste em receber o vivido – idéias, valorações, instituições etc. – pela antecedente; a outra, é deixar fluir sua própria espontaneidade” (ORTEGA Y GASSET, 2005, p. 564).

Se não estivermos de todo enganados, a idéia de *geração* aqui exposta – que não se refere apenas ao homem biológico ou àquele ser descrito pelas ciências naturais, mas àquele de cujo *élan* vital decorrem, como obra criativa, as instituições, os valores, as idéias – prestar-se-á para o entendimento da história dos direitos humanos, muitos dos quais positivados nas Constituições como direitos fundamentais. Então, já não parecerá tão disparatada como propugnam os defensores das dimensões de direitos. Pois que cada nova *geração* será resultado do acúmulo histórico de experiências, nem sempre implicando reconhecer numa *geração* a completa razia do que anteriormente se havia construído. Aliás, as gerações podem parecer-se interdependentes, na medida em que esse acúmulo de experiências se distende no tempo, tornando-se explicação do presente e prognóstico para o que está para ocorrer. “Houve gerações – diz Ortega – que sentiram uma suficiente homogeneidade entre o recebido e o próprio. Então, vive-se em *épocas cumulativas*” (ORTEGA Y GASSET, 2005, p. 565, grifo do autor), justificando-se seu estudo por uma ciência que se pode denominar de *meta-história*. Não terá ocorrido algo semelhante com as gerações de direitos que conhecemos?

A verdade é que o marco inicial dos direitos humanos, identificado como aquele em que se definem os direitos como forma de delimitação das áreas de atuação do Estado – oponíveis, portanto, contra a *auctoritas*, ao mesmo tempo em que esta deve, por outro lado, não interferir na área das liberdades cidadãs – é, podemos assim dizer, aquela primeira *geração* moderna de direitos que tem início no século XVII, na Inglaterra, e é estabelecida sobre a linha que serve para medir as demais *gerações* que lhe sobrevivem. Mas as demais *gerações*, já descritas, não se desenvolvem, *tout court*, lateralmente em relação à primeira, senão que dela partem num sentido ascendente e sempre, assim vemos, de forma interdependente. Por outras palavras, as *gerações* de direitos aparecem como fenômeno jurídico e político em que cada qual traz a carga de experiências e valores adquiridos pela precedente, de modo que

tudo o vivido anteriormente se torna patrimônio cumulativo do homem. E isso é tão evidente que basta para demonstrar o que aqui defendemos ao lembrarmos que a crise do Estado do bem-estar não expurgou os direitos sociais de segunda geração, por um lado ferrenhamente defendidos por grupos de pressão política contrários ao neoliberalismo, por outro lado redimensionados a partir de uma nova forma de salvaguarda, pela participação do terceiro setor; enquanto que os direitos que se tornaram transnacionais, reconhecidos em tratados internacionais, convocando as nações para o dever de solidariedade e de desenvolvimento dos grupos humanos, encontram seu étimo fundante nos primitivos direitos do homem e do cidadão do século XVIII. Por outras palavras, as *gerações de direitos* surgidas nos alvares do século XX não excluem os direitos ancestrais, aqueles celebrizados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão; pelo contrário, deles dependem diretamente em razão da força axiológica que exercem, dignificando o homem não apenas na sua individualidade, mas como pessoa humana; por isso, ao fim e ao cabo, referindo-se a todos os homens.

Ao tratar da liberdade dos modernos comparada à dos pósteros, Bobbio (2000, p. 277) ressalta a importância daqueles direitos de *primeira geração*, referindo que “[...] a doutrina liberal, embora historicamente condicionada, expressou uma exigência permanente [...]: essa exigência, para dizer de modo mais simples, é aquela da *luta contra os abusos do poder*”. Mais adiante, dando prova de sua afirmação, alega que:

Ainda hoje, contra os abusos do poder, por exemplo na Itália, os comunistas invocam a Constituição, invocam exatamente aqueles direitos de liberdade, a separação dos Poderes (a independência da magistratura), a representatividade do Parlamento, o princípio da legalidade (nada de poderes extraordinários para o Executivo), que constituem a mais ciosa conquista da burguesia na luta contra a monarquia absolutista. (BOBBIO, 2000, p. 277).

Apropriando-nos da lição do filósofo italiano, podemos dizer que aqueles direitos clássicos de liberdade estão sempre sendo convocados – ou melhor, já se inscreveram no caráter do homem moderno –, não apenas para que se dê consecução às liberdades, mas como forma de arrimar axiologicamente o reconhecimento de qualquer outro direito do homem. Não é por outro motivo que o jurisfilósofo espanhol Joaquín Costa (1901, p. 47), na virada do século XIX, vai mais longe, entendendo que os direitos de liberdade são:

[...] inerentes à pessoa individual, e dizem-se naturais e por isso não legisáveis, porque existem por si, como uma das qualidades constitutivas do ser humano, não dependendo da vontade social nem estando, portanto, entre as faculdades do poder público desconhecê-los, suprimi-los ou limitá-los: se são incluídos no Código Civil (Portugal) ou na Lei Fundamental (Espanha), é por mero acaso, por motivos puramente históricos, como uma solene afirmação da personalidade individual por parte do Estado que até então a havia, de fato, negado, ou, se se prefere, como uma negação dessa negação

anterior e como um afação transitório contra possíveis veleidades e tentações de retrocesso. (COSTA, 1901, p. 47, tradução nossa).⁵³

Hoje é possível reconhecer que tais direitos estão permanentemente inscritos no caráter dos homens. Há mais de dois séculos os temos praticado, quando os movimentos de trabalhadores exigiram melhores condições, quando os negros norte-americanos reclamaram igualdade, quando alguns povos lutaram por sua autodeterminação, mas, também, quando se deu a revolução feminista, ou quando se lutou contra o *apartheid* e, em nossos dias, quando se protesta contra os movimentos de globalização ou contra o regime neoliberal. Ao se tentar tolhê-los, como agora ocorre na Venezuela com o fechamento de canais de televisão, por decreto do presidente Hugo Chávez, em um explícito ataque contra as liberdades de imprensa e de pensamento, as comunidades local e estrangeira são violentadas e não se conformam. Há nisso um acinte inaceitável que afronta os valores éticos ocidentais. Não será exagero, em suma, afirmar que qualquer homem é cômico de suas liberdades e o regime de governo que se pretenda legítimo terá de pautar-se pelo respeito aos direitos de liberdade. Contudo, o conhecimento dos direitos de liberdade – fundamente arraigados na consciência e na cultura ocidental – será suficiente para sua planificação no mundo concreto, das práticas políticas, podendo, como entendia Joaquín Costa, prescindir-se de sua posituação no *corpus iuris* do Estado?

Como início de resposta à questão problemática, lembremos, dentre os pressupostos gerais para o aparecimento da Constituição moderna, citados por Grimm (2006, p. 61, tradução nossa)⁵⁴, que foi através dessa técnica jurídico-política que se pôde determinar “[...] um objeto constitucionalmente regulável sob a forma de um poder estatal diferenciado e unitário”; e, também, “[...] submeter a decisão dos problemas da ordem [...]”, que passam a ter melhores contornos pela posituação jurídico-legal. Mas é igualmente importante ter em consideração que o inicial movimento de constitucionalização pretendia que a sociedade pudesse desenvolver-se e aperfeiçoar-se, supondo, para isso, a não-interferência do Estado regulamentada, de maneira que pudesse salvaguardar a esfera das liberdades individuais através de mecanismos jurídicos, como o direito de resistência, da cultura européia e, entre nós, através de providências judiciais, como a da ordem do *habeas corpus* ou do mandado de segurança. Hoje, entretanto, como Grimm observa com precisão, as condições e os pressupostos mudaram, inclusive pelo fato de a Constituição ter-se tornado fenômeno universal, não sendo instrumento jurídico-político típico dos Estados de sistema liberal-burguês. Segundo o constitucionalista alemão, “[...]”

⁵³ *Estos derechos son inherentes á la persona individual, y se dicen naturales e ilegislables por eso, porque existen por sí, como una de las cualidades constitutivas del ser humano, no dependiendo de la voluntad social ni estando, por tanto, en las facultades de Poder público desconocerlos, suprimirlos ó limitarlos: si se incluyen en el Código civil (Portugal) ó en el Código fundamental (España), es accidentalmente, por motivos puramente históricos, como una solemne afirmación de la personalidad individual por parte del Estado que hasta entonces la había, de hecho, negado, ó si se quiere, como una negación de esa negación anterior y como un afianzamiento transitorio contra posibles veleidades y tentaciones de retroceso.*

⁵⁴ [...] *um objeto constitucionalmente regulable bajo la forma de un poder estatal diferenciado y unitario. [...] someter a decisión los problemas del orden.*

esta circunstância não só prova a persistente força de atração do pensamento constitucional mas, também, talvez, a falta de outras opções capazes de solucionar os problemas da legitimação e limitação do poder político” (GRIMM, 2006, p. 72, tradução nossa)⁵⁵. Por outras palavras, podemos aqui sustentar que a Constituição continua sendo o instrumento capaz de harmonizar e vincular o *corpus iuris* e, nos Estados democráticos de direito, tornando-se a um só tempo instrumento motriz para a política-jurídica concernente ao respeito dos direitos humanos e conjunto de normas fundamentais para sua salvaguarda.

Em suma, não poderemos prescindir da positivação dos direitos de liberdade na Constituição, por duas principais razões: em primeiro lugar, ao transcender o aspecto formal, a Constituição abrigará, por um lado, os valores axiológicos consensualmente dominantes na comunidade, mas, por outro lado, organizará as relações em nível horizontal, entre os valores do povo, em linha vertical, entre o povo e a *auctoritas*; tais relações desenvolvem-se segundo os direitos fundamentais ali prescritos e nas normas de caráter infraconstitucional do Estado, que devem ser coerentes com aqueles direitos de liberdade; de forma que a Constituição terá papel que poderemos denominar de instrumental. Em segundo lugar, também podemos dizer que a Constituição é, ainda, para nossa cultura jurídica, pelo menos, um documento que vincula política e juridicamente a todos do Estado; por consequência, a positivação dos direitos de liberdade representará não apenas força, mas segurança jurídica.

5. Conclusões

Embora possamos localizar na história das civilizações, desde os mais remotos tempos da Antiguidade, não apenas a pretensão de uma liberdade fundamental do homem, mas, também, traços inequívocos de concretizações jurídicas de seu aspecto conceptual, é com a Idade Moderna que ocorrem significativos avanços no sentido de sua proteção contra o poder da *auctoritas* estatal. Para tanto, o ponto de partida, quanto ao aspecto ideológico, é a viragem radical operada no diálogo entre o homem – aqui encarnando a figura de *homo politicus*, que, como produto histórico-cultural, é, também, *homo phaenomenon* – e a *auctoritas*, o ente, portanto, investido de poder político – o que é bastante evidente nesse período de viragem, quando a própria idéia de soberania radicava-se no príncipe, por isso sendo corrente falar-se *princeps legibus solutus est*. O processo dialógico é aqui operado não apenas pela ilustração setecentista com sua pregação panfletária em torno do jusracionalismo e do positivismo científico, mas pela dinâmica da economia, que deixa de ser feudal para se tornar capitalista, e pelas inevitáveis contendas que, na Inglaterra, estabeleceram um regime monárquico parlamentar e pelos *acts* de garantia das liberdades, no novo continente, o surgimento dos Estados Unidos, e, na França, pela deposição do *ancien régime* e início de uma onda de constitucionalização. Quanto aos aspectos políticos e jurídicos, teremos o surgimento do Estado, com as funções delimitadas segundo o esquema filosófico liberal, tratando-se, portanto, do Estado de não interferência, o Estado-garantia (das liberdades burguesas), o Estado burguês. Mas, principalmente,

⁵⁵ [...] esta circunstancia no sólo prueba la persistente fuerza de atracción del pensamiento constitucional sino, quizá, también la falta de otras opciones capaces de solucionar los problemas de la legitimación y limitación del poder político.

trata-se de um Estado que se constitui a partir de um documento de cariz político e jurídico, cuja soberania já não será personificada pelo príncipe, e a própria *auctoritas* é criada pela lei e a ela submetida. Assim, as ondas de constitucionalização tornam-se fenômeno que impulsiona o reconhecimento e a consolidação de direitos.

A pretensão de suficiência embutida nas primeiras declarações de direitos e na Constituição norte-americana e nas demais que surgiram ao longo do século XIX, no entanto, encontra-se com a complexidade das sociedades modernas. Os avanços tecnológicos e científicos, a Revolução Industrial e os conflitos mundiais representam uma humanidade em constante e rápido movimento, que precisa, por isso, ser reconhecida em suas peculiaridades. Daquela primeira experiência de *fin de siècle*, surgem outras novas gerações de direitos, que se podem dizer derivadas por especificação dos amplos conceitos de direitos humanos e, segundo uma análise *meta-histórica*, interdependentes, projetando-se a cada momento histórico como o acúmulo dos valores e experiências de tudo anteriormente vivido. Já não se trata, *tout court*, de *dimensões* de direitos, de planos onde localizamos os direitos de cada momento histórico, mas de verdadeiras *gerações*, que são as variedades de direitos de cada tempo, que antes evoluem em linha ascendente em a qual vão-se acumulando as cargas de experiências, em vez de uma ordem de sucessão linear.

Em razão disso, pode reconhecer-se nos direitos da *primeira geração* uma cláusula de irrenunciabilidade. Por mais que hoje tratemos de direitos humanos referidos a toda a humanidade e que não descartemos a possibilidade de surgimento de uma nova geração de direitos, aqueles, os direitos de liberdade, os direitos de primeira geração, permanecem como verdadeiro arrimo de todo esse organismo vivo que chamamos de direitos humanos. Seja pelo aspecto instrumental, pois que muitos dos novos direitos podem ser entendidos como consequências – ou especificações – dos direitos ancestrais, seja pelo aspecto axiológico, que justifica um étimo fundante dos valores do homem, reconhecíveis como verdadeiros direitos. E a forma de se lhes dar força jurídica e política, para além do aspecto harmônico em relação a todo conjunto de direitos fundamentais, é através de sua positivação na Constituição.

6. Referências bibliográficas

AGOSTINHO, Santo. *A cidade de Deus*. 2. ed. Tradução, prefácio, nota biográfica e transcrições de J. Dias Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. v. 1.

AMARAL, Diogo Freitas do. *História das ideias políticas*. 9. reimpr. Coimbra: Almedina, 1998. v. 1.

BELKIN, Samuel. *A filosofia do Talmud*. O caráter sagrado da vida humana na teocracia democrática judaica. Trad. Beatriz Telles Rudge e Derval Junqueira de Aquino Neto. São Paulo: Exodus Editora-Sêfer, 2003.

BERLIN, Isaiah. *Quatro ensayos sobre la libertad*. Trad. Julio Bayon. Madrid: Alianza, 1998.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. A filosofia política e as lições dos clássicos. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. 6. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BROWN, Peter. *Santo Agostinho: uma biografia*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Record, 2005.
- CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Tomo I. 6. ed. rev. e ampl. Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 1996.
- CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. 3. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- CHEVALIER, Jean-Jacques. *Las grandes obras políticas desde Maquiavelo hasta nuestros días*. Tradução para o espanhol Jorge Guerrero R. Bogotá: Temis, 1997.
- CÍCERO, Marco Túlio. *Da república*. 5. ed. Trad. Amador Cisneiros. Rio de Janeiro: Ediouro, 1985.
- CÍCERO, Marco Túlio. *Dos deveres*. Tradução, introdução, notas, índice e glossário de Carlos Humberto Gomes. Lisboa: Edições 70, 2000.
- CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. Trad. Laura Oliveira. Rio Grande do Sul, *Revista Filosofia Política* n. 2, p. 9, 1985.
- COSTA, Joaquín. *A ignorância do direito*. Tradução, notas e apresentação por Isaac Sabbá Guimarães. Curitiba: Juruá, 2008.
- COSTA, Joaquín. *El problema de la ignorancia del derecho*. Barcelona: Manuel Soler, 1901.
- CRETELLA JUNIOR, J. *Curso de direito romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- CUNHA, Paulo Ferreira. *O ponto de Arquimedes: natureza humana, direito natural e direitos humanos*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 82.
- DRIVER, Stephanie Schwartz. *A declaração de independência dos Estados Unidos*. Trad. Mariluce Pessoa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.
- FALK, Ze'ev. *O direito talmúdico*. Trad. Neide Terezinha Moraes Tomei e Esther Handler. São Paulo: Perspectiva, 1988.
- GICQUEL, Jean; HAURIOU, André. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Éditions Montchrestien, 1985.
- GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Tradução para o espanhol de Antonio López Pina. Madri: Trotta, 2006. 214 p.
- HAURIOU, André. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Éditions Montchrestien, 1968.
- HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.
- HUME, David. *Ensaio morais, políticos & literários*. Trad. Luciano Trigo. Rio de Janeiro: Topbooks, 2004.
- INGENIEROS, José. *Para uma moral sem dogmas*. Tradução, apresentação e notas de Isaac Sabbá Guimarães. Curitiba: Juruá, 2009.

KANT, Immanuel. Para a paz perpétua. In: GUINSBURG, J. *A paz perpétua: um projeto para hoje*. Trad. J. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2004.

KUJAWSKI, Gilberto de Mello. *Ortega y Gasset: a aventura da razão*. São Paulo: Moderna, 1994.

MACHADO, J. Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. 9. reimpr. Coimbra: Almedina, 1996.

MAIMÔNIDES. *Mishné Tora*. O livro da sabedoria. Trad. rabino Yaacov Israel Blumenfeld. Rio de Janeiro: Imago, 1992.

MAIMÔNIDES. *Os 613 mandamentos*. Trad. Giuseppe Nahaissi. 3. ed. São Paulo: Nova Arcádia, 1990. Título original: *Tariag ha-mitzvoth*.

MARITAIN, Jacques. *Humanismo integral: uma visão nova da ordem cristã*. 5. ed. Trad. Afrânio Coutinho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1965.

MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. João Ferreira et alii. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. v. 1.

MELO, Osvaldo Ferreira de. O papel da política jurídica na construção normativa da pós-modernidade. In: DIAS, Maria das Graças dos Santos; SILVA, Moacyr Motta; MELO, Osvaldo Ferreira de. *Política jurídica e pós-modernidade*. Florianópolis: Conceito, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MOSSÉ, Claude. *Atenas: a história de uma democracia*. 3. ed. Trad. João Baptista da Costa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza. 3. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

_____. *O anticristo*. Anátema sobre o cristianismo. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2002.

ORTEGA Y GASSET, José. *Meditações de Quixote*. Trad. Gilberto de Mello Kujawski. São Paulo: Livro Ibero-Americano, 1967.

ORTEGA Y GASSET, José. El tema de nuestro tiempo. In: *Obras completas*. Tomo III. Madri: Taurus, 2005.

PAINE, Thomas. *Direitos do homem*. Trad. Edson Bini. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2005. 256 p.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 11 ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito; Millennium, 2008.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Transito a la modernidad y derechos fundamentales. In: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; FERNANDES GARCÍA, Eusebio (Org.). *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo I: Transito a la modernidad. Siglos XVI y XVII. Madri: Dykinson, 1998.

PÉREZ-PRENDES, José Manuel. *Instituciones medievales*. Madri: Síntesis, 1997.

PINON, René. La conception britannique de la liberté. *Revue Politique et Parlementaire*. Tomo CCXXVII, oct./déc. 1938.

PLATÃO. *A república*. 3. ed. Trad. Sampaio Marinho. Portugal: Publicações Europa América, 1975.

REY CANTOR, Ernesto. *Teorías políticas clásicas de la formación del estado*. 3. ed. Bogotá: Temis, 1996.

SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. *Habeas corpus: críticas e perspectivas (um contributo para o entendimento da liberdade e de sua garantia à luz do direito constitucional)*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

SARTORI, Giovanni. *A política: lógica e método nas ciências sociais*. Trad. Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. Trad. Renato Janine Ribeiro; Laura Teixeira Motta. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. castelhana de Francisco Ayala. Madri: Alianza, 1982.

SPINOZA, Baruch de. *Tratado teológico-político*. Tratado político. Trad. para o espanhol Enrique Tierno Galván. 3. ed. Madri: Tecnos, 1996.

TOMÁS DE AQUINO, Santo. *Suma teológica*. v. III (I-II, q 21, art. 4, 3). São Paulo: Loyola, 2003.

TOURAINÉ, Alain. *Um novo paradigma: para compreender o mundo de hoje*. Trad. Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. 251p.

TUCÍDIDES. *História da Guerra do Peloponeso*. Trad. Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

VOLTAIRE. *Dictionnaire philosophique*. Paris: Flammarion, GF, s/d (édition de Gerhardt Stenger).

VOVELLE, Michel. *A Revolução Francesa. 1789-1799*. Trad. Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70, 2007.

Artigo recebido em: 03/03/2010

Artigo aprovado em: 02/08/2010