

ASPECTOS DESTACADOS DOS TRÊS MODELOS INICIAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Fábio Schlickmann¹

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Modelos Iniciais dos Direitos Fundamentais; 3 O Modelo Inglês; 4 O Modelo Americano; 5 O Modelo Francês; 6 Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

RESUMO

O presente trabalho trata dos três principais modelos iniciais dos direitos fundamentais, que tiveram origem nos Estados Unidos, na França e na Inglaterra. Estes modelos são oriundos do pensamento presente no trânsito à modernidade, um período que antecedeu a idéia de Direitos Fundamentais, mas que foi de grande relevância para que se preparasse o terreno para as novas idéias que surgiriam em seguida. Cada qual ao seu modo tratou de forma distinta o nascimento dos direitos que são considerados pela doutrina aqueles que viriam a ser os direitos fundamentais de primeira geração.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos; Direitos fundamentais; modelo Inglês; modelo Francês; modelo americano; trânsito à modernidade.

RESUMEN

Este artículo trata de tres modelos principales de la formación inicial de los derechos fundamentales, que se originó en los Estados Unidos, Francia e Inglaterra. Estos modelos son de pensamiento de éste en el tránsito hacia la modernidad, un período que precedió a la idea de los derechos fundamentales, sino que es de gran importancia con el fin de preparar el terreno para las nuevas ideas que se plantean a continuación. Cada forma de tratar a la partida de nacimiento diferente de los derechos que son considerados por la doctrina de los que serían los derechos fundamentales de la primera generación.

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos; los Derechos Fundamentales; versión en Inglés; Francés modelo, modelo americano; el tránsito a la modernidad.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí e acadêmico do curso de Mestrado em Ciência Jurídica pela mesma instituição.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho procura analisar os três principais modelos de evolução histórica dos direitos fundamentais. Para tanto, faz-se uso da idéia de que os direitos fundamentais são, antes de mais nada, um conceito que se desenvolve ao longo da história e que surge principalmente num período chamado pela doutrina majoritária de trânsito à modernidade². Isso porque PECES-BARBA MARTINEZ afirma que não se pode falar de direitos fundamentais até a modernidade. As idéias que nutrem o pensamento de direitos fundamentais – liberdade, igualdade, dignidade humana – só começam a se firmar a partir do surgimento dos direitos na cultura política e jurídica, o que ocorre na modernidade. Antes disso existiam apenas idéias de liberdade, igualdade e dignidade dispersa em muitos autores, mas que não unificavam seu conceito.³

No trânsito à modernidade vão se unir alguns fatores que se apresentam determinantes para o surgimento do consenso sobre os Direitos Fundamentais. Deste período, destacar-se-á que a sociedade deixou de ser estamental e baseada no privilégio do nascimento, a propriedade figurando como bem fora do comércio e na mão de nobres e membros da alta hierarquia da Igreja Católica, os feudos sendo a única forma de produção da época; além do pensamento teocêntrico, e sendo proibido o lucro. Dentre as principais mudanças de pensamento observadas neste período, iremos destacar a ascensão da burguesia ao poder e a criação de um sistema econômico baseado no lucro; o surgimento da figura política do Estado, ainda que absoluto, mas numa dimensão não vista anteriormente, quando os feudos eram as principais formas de organização política; a mudança de pensamento, do teocentrismo imposto pela Igreja Católica, ao pensamento antropocêntrico oriundo do Iluminismo e das reformas protestantes, principalmente de CALVINO e LUTERO; novos traços culturais, que

² O trânsito à modernidade será um longo período, que se iniciará no século XIV e chegará até o século XVIII, no qual pouco a pouco a sociedade irá se transformando e preparando o terreno para o surgimento dos direitos fundamentais. Com as mudanças que se darão no trânsito à modernidade, a pessoa reclamará sua liberdade religiosa, intelectual, política e econômica, na passagem progressiva desde uma sociedade teocêntrica e estamental a uma sociedade antropocêntrica e individualista. GARCIA, Marco Leite. **O processo de formação do ideal dos Direitos Fundamentais: alguns aspectos destacados da gênese do conceito**, p. 6.

³ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 113-114.

orientam o pensamento nascente, influenciados pela secularização [volta aos valores mundanos, em contraposição ao valores divinos de até então] o naturalismo, racionalismo e individualismo; a nova ciência, surgindo nas universidades então criadas e com seus novos métodos de investigação para a busca da verdade; e por fim o novo Direito, oriundo do naturalismo e se distanciando do pensamento mágico da idade média, fazendo-se justificar pelas leis da natureza ao invés do modelo baseado na vontade de Deus.

2 MODELOS INICIAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os primeiros esboços do que seriam os direitos fundamentais surgiram inicialmente em três países, que guardavam situações distintas: a Inglaterra, os Estados Unidos da América e a França.

SAMPAIO afirma que

Temos dispostas assim as três grandes matrizes do sistema de direitos humanos: a religião, processo e propriedade. Ou mais precisamente a liberdade religiosa, as garantias processuais e o direito de propriedade. Essas matrizes tiveram raízes e desdobramentos nos três grandes modelos de desenvolvimento dos direitos humanos: Inglaterra, Estados Unidos e França.⁴

Todos eles tiveram um imenso cuidado em garantir um número mínimo de direitos do cidadão sobre a figura do Estado, ainda que num primeiro momento fossem liberdades individuais e nem sempre coincidentes entre eles, que se realizariam pela não intervenção do Estado. Assim, vamos analisar as principais características dos três modelos.

3 O MODELO INGLÊS

O modelo inglês de direitos fundamentais se destaca por não ser produto de uma ruptura ou revolução. Os principais textos dos modelos americano e francês de

⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais: retórica e historicidade**, p. 141.

direitos são basicamente um marco temporal, mais ou menos definido, o que não ocorre neste caso. Construiu-se este modelo principalmente sobre alguns textos, de modo geral, que constituem os pilares do constitucionalismo inglês: a *Magna Charta Libertatum*, de 1215, a *Petition o Rights*, de 1628], o *Bill of Rights*, de 1689, o *Habeas Corpus Act*, de 1679 e o *Act of Settlement*, de 1701.

BURKE vai dizer, a respeito do modelo inglês de Direitos, que

A Revolução [Inglês] foi feita para preservar nossas antigas leis e liberdades indiscutíveis e aquela antiga Constituição do governo que é nossa única garantia para a lei e a liberdade. Se desejais conhecer o espírito de nossa Constituição e a política que predominou naquele extenso período que a manteve até hoje, por favor; procurai por ambas em nossas histórias, em nossos registros, em nossos atos parlamentares e atas de assembleias do Parlamento e não nos sermões do Velho Testamento e torradas de sobremesa da Sociedade Revolucionária. Nos primeiros encontrareis outras idéias e uma outra linguagem. Um tal pleito é tão inadequado ao nosso temperamento e desejos quanto insustentado por qualquer aparência de autoridade. A própria idéia da confecção de um novo governo é suficiente para nos encher de desgosto e horror. No período da revolução, desejávamos, e ainda hoje desejamos, derivar tudo o que possuímos como uma herança de nossos ancestrais. Com base naquele tronco e linhagem da herança, temos tomado cuidado para não inocular nenhum broto estranho à natureza da planta original. Todas as reformas que até aqui realizamos procedem do princípio de referência à antigüidade; e eu espero ou, antes, estou convencido de que todas aquelas que eventualmente possam ser realizadas daqui por diante serão concebidas cuidadosamente a partir do precedente, da autoridade e do exemplo analógicos.⁵

Lembra SAMPAIO dos detalhes que fizeram parte do modelo inglês de Direitos fundamentais:

⁵ BURKE, Edmund. Reflexões sobre as causas do descontentamento atual. *In: Os pensadores: vários autores*. São Paulo: Editora Ática, 1996, p. 24. Na mesma página: "Da Carta Magna à Declaração de Direitos, observareis que tem sido a política uniforme de nossa Constituição que reivindica e assegura nossas liberdades, como uma herança inalienável a nós atribuída por nossos antepassados e a ser transmitida à nossa posteridade e como um Estado pertencente principalmente ao povo deste reino, sem qualquer referência que seja a qualquer outro direito mais geral ou anterior. Por este meio, a nossa Constituição preserva uma unidade em meio à imensa diversidade de suas partes. Possuímos uma Coroa transmissível, uma nobreza transmissível e uma Câmara dos Comuns e um povo herdando privilégios, franquias e liberdades, a partir de uma longa linhagem de ancestrais."

A história dos direitos humanos na Inglaterra é marcada pelo pragmatismo, particularismo e pela evolução gradual decorrentes das lutas políticas travadas, inicialmente entre o rei e a nobreza, a seguir entre a burguesia e a realeza com modulações para o conflito entre o Parlamento e o Rei, caminhando-se no decorrer dos séculos para um sistema parlamentarista com uma série de direitos proclamados em documentos e resguardados pelo *Common Law*. A proto-história desses direitos tem raízes nos pactos medievais mediante os quais os senhores feudais retiravam dos reis certas concessões e privilégios, apelando para um repositório imemorial de princípios vagos, mas suficientes para sustentar suas leituras e interpretações garantistas, *the Common Law*, como sucedeu com a Magna Carta de 1215.⁶

Percebe-se claramente a influência do historicismo, diferente dos outros modelos em que a revolução seria a maior influência, já que esse modelo se desenvolve num período de aproximadamente quinhentos anos.⁷

A *Magna Charta Libertatum*, de 15 de junho de 1215, dispunha, entre outras garantias de liberdade individual, inclusive fazendo previsão de alguns casos hipotéticos em seu texto⁸; a liberdade da Igreja da Inglaterra e a sua organização pelas eleições, contrariando a submissão à Igreja Católica⁹, restrições de ordem tributária, indicando alguns princípios para a instituição de impostos, como o consentimento do conselho geral do reino, e ainda colocando limites razoáveis aos tributos¹⁰; proporcionalidade entre delito e sanção, inclusive

⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais: retórica e historicidade**, p. 149-150.

⁷ MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. **Historia de los derechos fundamentales. Tomo I: Transito a La modernidade siglos XVI y XVII**, p. 749.

⁸ Ninguém será obrigado a prestar algum serviço além do que for devido pelo seu feudo de cavaleiro ou pela sua terra livre. [...] Nenhuma cidade e nenhum homem livre serão obrigados a construir pontes e diques, salvo se isso constar de um uso antigo e de direito. Os xerifes e baillios só poderão adquirir colheitas e quaisquer outras coisas mediante pagamento imediato, exceto se o vendedor voluntariamente oferecer crédito. Nenhum xerife ou bailio poderá servir-se dos cavalos ou dos carros de algum homem livre sem o seu consentimento. Nem nós nem os nossos baillios nos apoderaremos das bolsas de alguém para serviço dos nossos castelos, contra a vontade do respectivo dono. [...] **MAGNA CHARTA LIBERTATUM**, Disponível em http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Magna_Carta.html.

⁹ "A Igreja de Inglaterra será livre e serão invioláveis todos os seus direitos e liberdades: e queremos que assim seja observado em tudo e, por isso, de novo asseguramos a liberdade de eleição, principal e indispensável liberdade da Igreja de Inglaterra, a qual já tínhamos reconhecido antes da desavença entre nós e os nossos barões [...]. **MAGNA CHARTA LIBERTATUM**.

¹⁰ "Não lançaremos taxas ou tributos sem o consentimento do conselho geral do reino [*commue concilium regni*], a não ser para resgate da nossa pessoa, para armar cavaleiro nosso filho mais velho e para celebrar, mas uma única vez, o casamento da nossa filha mais velha; e esses tributos não excederão limites razoáveis. De igual maneira se procederá quanto aos impostos da cidade de Londres, [...] E, quando o conselho geral do reino tiver de reunir para se ocupar do lançamento dos impostos, exceto nos três casos indicados, e do

indicando que as penas de multa não poderiam pôr em risco a subsistência do acusado, que condes e barões também sofrerão sanções de acordo com a gravidade de seu delito e serão julgados por seus pares, e a previsão de instituição de um júri de pessoas honestas para decidir sobre a pena¹¹; previsão do devido processo legal e livre acesso à justiça, de forma geral e mediante a um procedimento regular¹²; liberdade de locomoção e livre entrada e saída do país para mercadores e quaisquer outros indivíduos, em paz e segurança, e sem ter que pagar qualquer taxa ou tributo por esse motivo¹³.

No contexto histórico, destaca-se que a partir do século XI, a Europa Ocidental é tomada por uma forte idéia de centralização do poder. A Itália foi pioneira em transformar feudos em principados, mas em todo o continente afirmou-se a idéia de um susserano que se destacava dos outros, que se tornaria o rei. E essa idéia de reinado não se distanciava do modelo feudal: a relação era pessoal entre susserano e vassalo, e, portanto o rei passou a ser o susserano dos susseranos. Essa idéia não foi pacífica, e tanto a Igreja Católica como a sociedade civil

lançamento de taxas, convocaremos por carta, individualmente, os arcebispos, abades, condes e os principais barões do reino; além disso, convocaremos para dia e lugar determinados, com a antecedência, pelo menos, de quarenta dias, por meio dos nossos xerifes e baillios, todas as outras pessoas que nos têm por susserano; e em todas as cartas de convocatória exporemos a causa da convocação; e proceder-se-á à deliberação do dia designado em conformidade com o conselho dos que não tenham comparecido todos os convocados. [...]" **MAGNA CHARTA LIBERTATUM.**

¹¹ "A multa a pagar por um homem livre, pela prática de um pequeno delito, será proporcionada à gravidade do delito; e pela prática de um crime será proporcionada ao horror deste, sem, prejuízo do necessário à subsistência e posição do infrator [contenementum]; a mesma regra valerá para as multas a aplicar a um comerciante e a um vilão, ressalvando-se para aquele a sua mercadoria e para este a sua lavoura; e, em todos os casos, as multas serão fixadas por um júri de vizinhos honestos. [...] Não serão aplicadas multas aos condes e barões senão pelos pares e de harmonia com a gravidade do delito." [...] **MAGNA CHARTA LIBERTATUM.**

¹² "Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país. Não venderemos, nem recusaremos, nem protelaremos o direito de qualquer pessoa a obter justiça. [...]" **MAGNA CHARTA LIBERTATUM.**

¹³ "Os mercadores terão plena liberdade para sair e entrar em Inglaterra, e para nela residir e a percorrer tanto por terra como por mar, comparando e vendendo quaisquer coisas, de acordo com os costumes antigos e consagrados, e sem terem de pagar tributos injustos, exceto em tempo de guerra ou quando pertencerem a alguma nação em guerra contra nós. E, se no começo da guerra, houver mercadores no nosso país, eles ficarão presos, embora sem dano para os seus corpos e os seus bens, até ser conhecida por nós ou pelas nossas autoridades judiciais, como são tratados os nossos mercadores na nação em guerra conosco; e, se os nossos não correrem perigo, também os outros não correrão perigo. Daqui para diante será lícito a qualquer pessoa sair do reino e a ele voltar, em paz e segurança, por terra e por mar, sem prejuízo do dever de fidelidade para conosco; excetuam-se as situações de tempo de guerra, em que tal direito poderá ser restringido, por um curto período, para o bem geral do reino, e ainda prisioneiros e criminosos, à face da lei do país, e pessoas de países em guerra conosco e mercadores, sendo estes tratados conforme acima prescrevemos. [...]" **MAGNA CHARTA LIBERTATUM.**

ofereceram resistência, e os senhores feudais manifestaram-se em declarações e petições sucessivas. Na Inglaterra, por força dessa resistência, o poder do rei João Sem-Terra enfraqueceu em razão de uma disputa com um rival pelo trono e um ataque vitorioso das forças do rei francês Filipe Augusto ao ducado da Normandia, que pertencia à Inglaterra por herança dinástica. O rei, sem alternativa, aumentou os impostos para financiamento de guerra, e a nobreza passou a exigir o reconhecimento formal de seus direitos para que pudesse cobrar os impostos. Ao mesmo tempo, o rei João Sem-Terra entrou em conflito com o papado ao apoiar seu sobrinho, o imperador Óton IV, em atacar o rei da França, e ainda recusou-se a aceitar a designação de Stephen Langton como Cardeal de Caterbury, o que resultou em sua excomunhão. Sem o apoio da Igreja e sem recursos financeiros, o rei João Sem-Terra submeteu-se à Igreja Católica, declarando a Inglaterra feudo de Roma e levantando a sua excomunhão. Dois anos mais tarde, por ocasião de uma revolta armada dos barões, o rei assina a Carta Magna para cessar as hostilidades. João Sem-Terra ainda recorreu ao Papa, e Inocêncio III declarou o documento nulo, por ser obtido mediante coação, mas isso não evitou que os vários monarcas subseqüentes – sete ao todo – reafirmassem sua validade mantendo as disposições de direitos ali expressas.¹⁴

Do ponto de vista da positivação, a *Magna Charta Libertatum* destaca-se por apresentar um resumo das principais características dos documentos medievais, permitindo identificar pontos comuns. PEREZ-LUÑO destaca três pontos importantes:

1º En cuanto a su fundamento que, en la mayor parte de las ocasiones, los derechos en ellos consagrados responden a unas practicas o principios consuetudinarios a los que se atribuye también una base iusnaturalista. "Cuando se invoca para asegurar el pacto al derecho objetivo es la consuetudo bona, el derecho precedente practicado a quien en realidad se apela. Por consiguiente, y en general, hay que pensar mas en el cuadro de un derecho invocado y subsistente que en un nacer ex novo";

¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 69-72.

2º En lo que respecta a la titularidad, tales documentos se presentan como un conjunto de derechos reconocidos a determinadas personas por su pertenencia a determinados estamentos y con refrenda también a acciones y objetos muy concretos; se trata, pues, de declaraciones históricas, estamentales y circunstanciales;

3º Por ultimo, por lo que hace refrenda a su naturaleza jurídica, constituyen auténticos textos jurídico-positivos, susceptibles de ser invocados por sus titulares ante los tribunales en lo que respecta a las situaciones jurídicas que en ellos minuciosamente se detallaban. Se advierte además que la técnica jurídica utilizada en la Carta Magna y en los demás documentos de la época se halla mas cerca del derecho privado que del publico. Se trata siempre de derechos reconocidos a través de acuerdos particulares y en términos contractuales. Se podría afirmar que tal como aparecen dichas cartas "constatan un acuerdo sobre específicos intereses, un equilibrio convenido de utilitates".¹⁵

Entretanto, orienta SARLET que estes direitos não eram direitos fundamentais, uma vez que era concedidos a determinadas castas da sociedade, deixando de fora do seu gozo a grande parcela da sociedade.¹⁶

A Guerra Civil Inglesa, onde disputavam os partidários de Carlos I e os defensores do Parlamento, liderados por Oliver Cromwell, termina com a derrota do rei. Antes deste documento, o Parlamento era um órgão temporário e aconselhador, tanto que Carlo I governou sozinho por onze anos sem a participação do Parlamento. Além de fortalecer este órgão, a *Petition of Rights*, de 07 de junho de 1628, reafirmava a liberdade individual frente às autoridades, vedando a privação de bens ou liberdade senão em virtude de sentença¹⁷, inclusive às autoridades de competência tributária no tocante à empréstimos

¹⁵ PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**, p. 114-115.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 49.

¹⁷ "E considerando também que na carta designada por "Magna Carta das Liberdades de Inglaterra" se decretou e estabeleceu que nenhum homem livre podia ser detido ou preso ou privado dos seus bens, das suas liberdades e franquias, ou posto fora da lei e exilado ou de qualquer modo molestado, a não ser por virtude de sentença legal dos seus pares ou da lei do país. [...] E considerando também que foi decretado e estabelecido, por autoridade do Parlamento, no vigésimo oitavo ano do reinado do rei Eduardo III, que ninguém, fosse qual fosse a sua categoria ou condição, podia ser expulso das suas terras ou da sua morada, nem detido, preso, deserdado ou morto sem que lhe fosse dada a possibilidade de se defender em processo jurídico regular [due process of law]. [...]" **PETITION OF RIGHTS, PETITION OF RIGHTS**. Disponível em http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Peticao_direitos.html.

compulsório e outras coisas do gênero¹⁸, fazendo referência em seu texto à *Magna Charta Libertatum*.

No dia 13 de fevereiro de 1689, em Londres, no Parlamento inglês, os reis Guilherme de Orange e Maria assinaram a Declaração dos Direitos [*Bill of Rights*], um dos mais importantes documentos políticos da história. Este trazia em seu corpo textual um conteúdo que restringia fortemente o poder do Estado. Nele, privilegiava-se o princípio da legalidade em várias formas, cuidando-se a vedação de qualquer afronta à lei¹⁹, criava-se o direito de petição²⁰, liberdade de eleição dos membros do Parlamento²¹, as imunidades parlamentares, bem como a competência para o julgamento de parlamentares²², vedação de aplicação de penas cruéis, bem como de fianças exorbitantes e impostos excessivos²³ e convocação freqüente do Parlamento em atos solenes²⁴. Os soberanos continuariam governando, mas doravante teriam que aceitar a existência permanente de um Parlamento, como também asseguraria os direitos do homem

¹⁸ “[...] ninguém poderia ser compelido a fazer nenhum empréstimo ao rei contra a sua vontade, porque tal empréstimo ofenderia a razão e as franquias do país; que outras leis do reino vieram preceituar que ninguém podia ser sujeito ao tributo ou imposto chamado benevolence ou a qualquer outro tributo semelhante, que os nossos súditos herdaram das leis atrás mencionadas e de outras boas leis e provisões [statutes] deste reino a liberdade de não serem obrigados a contribuir para qualquer taxa, derramo, tributo ou qualquer outro imposto que não tenha sido autorizado por todos, através do Parlamento. [...] Por todas estas razões, os lordes espirituais e temporais e os comuns humildemente imploram a Vossa Majestade que, a partir de agora, ninguém seja obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou benevolence e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seja chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de uma forma ou de outra molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou da recusa em os pagar; e que nenhum homem livre fique sob prisão ou detido por qualquer das formas acima indicadas; [...]”
PETITION OF RIGHTS.

¹⁹ “Que é ilegal a faculdade que se atribui à autoridade real para suspender as leis ou seu cumprimento. Que, do mesmo modo, é ilegal a faculdade que se atribui à autoridade real para dispensar as leis ou o seu cumprimento, como anteriormente se tem verificado, por meio de uma usurpação notória. Que tanto a Comissão para formar o último Tribunal, para as coisas eclesiásticas, como qualquer outra Comissão do Tribunal da mesma classe são ilegais ou perniciosas. Que é ilegal toda cobrança de impostos para a Coroa sem o concurso do Parlamento, sob pretexto de prerrogativa, ou em época e modo diferentes dos designados por ele próprio.[...] Que o ato de levantar e manter dentro do país um exército em tempo de paz é contrário a lei, se não proceder autorização do Parlamento.” **BILL OF RIGHTS**, Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/decbill.htm>.

²⁰ Que os súditos tem direitos de apresentar petições ao Rei, sendo ilegais as prisões vexações de qualquer espécie que sofram por esta causa. **BILL OF RIGHTS**

²¹ Que devem ser livres as eleições dos membros do Parlamento. **BILL OF RIGHTS**

²² Que os discursos pronunciados nos debates do Parlamento não devem ser examinados senão por ele mesmo, e não em outro Tribunal ou sítio algum. **BILL OF RIGHTS**

²³ Que não se exigirão fianças exorbitantes, impostos excessivos, nem se imporão penas demasiado deveras. **BILL OF RIGHTS**

²⁴ Que é indispensável convocar com freqüência os Parlamntos para satisfazer os agravos, assim como para corrigir, afirmar e conservar as leis. **BILL OF RIGHTS**

comum, princípios que se tornaram a base das modernas Monarquias Constitucionais. Esta Declaração poupou aos ingleses as violências que tiveram lugar na França cem anos depois durante a Revolução de 1789. Entretanto, enquanto avança no sentido de limitar o Estado, o documento ia de encontro à liberdade religiosa, como orienta MORAES:

Saliente-se, porem, que, apesar do avanço em termos de declaração de direitos, o *Bill of Rights* expressamente negava a liberdade e igualdade religiosa, ao prever em seu item IX que, considerando que a experiência tem demonstrado que é incompatível com a segurança e bem-estar deste reino protestante ser governado por um príncipe papista ou por um rei ou rainha casada com um papista, os lordes espirituais e temporais e os comuns pedem, além disso, que fique estabelecido que quaisquer pessoas que participem ou comunguem da Sé e Igreja de Roma ou professem a religião papista ou venha a casar com um papista sejam excluídos e se tornem para sempre incapazes de herdar, possuir ou ocupar o trono deste reino, da Irlanda e seus domínios ou de qualquer parte do mesmo ou exercer qualquer poder, autoridade ou jurisdição regia; e, se tal se verificar, mais reclamam que o povo destes reinos fique desligado do dever de obediência e que o trono passe para a pessoa ou as pessoas de religião protestante que o herdariam e ocupariam em caso de morte da pessoa ou das pessoas dadas por incapazes.²⁵

A Inglaterra do século XVII foi agitada por várias rebeliões e guerras civis, alimentadas principalmente por motivos religiosos. O rei Carlos I foi deposto, condenado à morte e executado em 1642, sob a acusação de tentar restabelecer o catolicismo como religião oficial. Após a ditadura de Cromwell, que durou até 1658, restabelece-se a dinastia Stuart e esta mantém os vínculos com a Igreja Católica. Os Stuart ficaram no poder sem muita ação até que Carlos II assumiu o trono e conseguiu abafar as tentativas de revolta. Nos quatro últimos anos de governo dispensou a convocação do Parlamento para a votação de encargos fiscais, graças à ajuda de Luís XIV. Isso gerou um levante popular contra a coroa, que, juntamente com os movimentos religiosos, acusava o rei de manter ligações com o rei da França, inimigo secular do país. Sucedendo Carlos II, Jaime

²⁵ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 8-9.

II suscitou, em curto espaço de tempo, contra si, a oposição da nobreza e do clero, e após o nascimento de seu herdeiro – que garantiria a sua sucessão ao trono – tentou assegurar a continuidade da religião católica, o que fez desencadear a rebelião por anos fermentada. Jaime II fugiu para a França e um grupo de sete nobres dos dois partidos políticos convidou o príncipe Guilherme de Orange para assumir o trono, o qual o fez em conjunto com sua esposa, Maria Stuart, filha de Jaime II, que era protestante, aceitando assim do Parlamento a *Declaração de Direitos*, que passou a constituir a lei fundamental do reino.²⁶

Além destes três documentos citados, também há destaque para outros documentos de origem anglo-saxônica. O *Habeas Corpus Act*, de 1679, veio positivar este instituto que até então não gozava de proteção para a sua eficácia, para regulamentá-lo e torná-lo eficiente na defesa da liberdade de locomoção.²⁷ Previa também, curiosamente, multa de 500 libras para aquela autoridade que prendesse pelo mesmo fato o indivíduo que já tivesse sido solto por uso deste mandado.²⁸

Nos últimos – e, segundo COMPARATO, agitados – anos da dinastia Stuart, últimos católicos governantes da Inglaterra, o Parlamento estava composto por uma grande maioria protestante. Este estava preocupado em limitar o poder do

²⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**, p. 89-90.

²⁷ “I - A reclamação ou requerimento escrito de algum indivíduo ou a favor de algum indivíduo detido ou acusado da prática de um crime [exceto tratando-se de traição ou felonía, assim declarada no mandato respectivo, ou de cumplicidade ou de suspeita de cumplicidade, no passado, em qualquer traição ou felonía, também declarada no mandato, e salvo o caso de formação de culpa ou incriminação em processo legal], o lorde-chanceler ou, em tempo de férias, algum juiz dos tribunais superiores, depois de terem visto cópia do mandato ou o certificado de que a cópia foi recusada, concederão providência de habeas corpus [exceto se o próprio indivíduo tiver negligenciado, por dois períodos, em pedir a sua libertação] em benefício do preso, a qual será imediatamente executória perante o mesmo lorde-chanceler ou o juiz; e, se, afiançável, o indivíduo será solto, durante a execução da providência [upon the return], comprometendo-se a comparecer e a responder à acusação no tribunal competente. [...] IV - Os oficiais e os guardas que deixaram de praticar os atos de execução devidos, ou que não entregarem ao preso ou ao seu representante, nas seis horas que se seguirem à formulação do pedido, uma cópia autêntica do mandato de captura, ou que mudarem o preso de um local para outro, sem suficiente razão ou autoridade, pagarão 100 libras, no primeiro caso, e 200 libras, no segundo caso, ao queixoso, além de perderem o cargo. [...] VI - Quem estiver preso, por traição ou felonía, poderá se o requerer, conhecer a acusação, na primeira semana do período judicial [term] seguinte ou no primeiro dia da sessão de *orjer e terminer* ou obter caução, exceto se a prova invocada pela Coroa não se puder produzir nessa altura; e, se absolvido ou se não tiver sido formulada a acusação e se for submetido de novo a julgamento em novo período ou sessão, ficará sem efeito pelo direito imputado; porém, se no condado se efetuar sessão do tribunal superior [assize], ninguém sairá em liberdade por virtude de habeas corpus até acabar a sessão, ficando então confiado à justiça desse tribunal. [...]” **HABEAS CORPUS ACT**, Disponível em http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Habeas_corpus.html.

²⁸ “V - Quem tiver obtido providência de *habeas corpus* não poderá voltar a ser capturado pelo mesmo fato sob pena de multa de 500 libras ao infrator. [...]” **HABEAS CORPUS ACT**.

soberano, principalmente para evitar a prisão de opositores políticos sem a submissão ao devido processo criminal. O *Habeas Corpus* já existia, mas sem a devida regulamentação processual sua eficácia estava bem limitada. Tal como ocorria no direito romano, o direito inglês não concebe a existência de direitos sem uma ação judicial que garanta a sua defesa, pois é da criação da ação judicial que nascem os direitos subjetivos, e não ao contrário.²⁹

Também, em sentido de inovação legislativa, temos o registro do *Act of Settlement*, de 12 de junho de 1701. A coroa passará a ser de descendência de Sofia, princesa do Hanover, neta de Jaime I. Os reis de Inglaterra passarão a ter de ser protestantes, e só poderão subir ao trono com o consentimento prévio do Parlamento. Segundo MORAES, este documento instituiu o princípio da legalidade e da responsabilização política dos agentes públicos, e prevendo impeachment de magistrados.³⁰

Esse conjunto de normas com inovações legislativas abre um novo caminho para a formação dos direitos fundamentais, para o fortalecimento do indivíduo frente ao Estado, e por isso a sua importância. SARLET afirma que

Nesses documentos, os direitos e liberdades reconhecidos aos cidadãos ingleses [tais como o princípio da legalidade penal, a proibição de prisões arbitrárias e o habeas corpus, o direito de petição e uma certa liberdade de expressão] surgem [...] como enunciações gerais de direito costumeiro, resultando da progressiva limitação do poder monárquico e da afirmação do parlamento perante a coroa inglesa. Importa consignar aqui, que as declarações inglesas do sec. XVII significaram a evolução das liberdades e privilégios estamentais medievais e corporativos para liberdades genéricas no plano do direito público, implicando expressiva ampliação, tanto no que diz com o conteúdo das liberdades reconhecidas, quanto no que toca à extensão da sua titularidade à totalidade dos cidadãos ingleses.³¹

²⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**, p. 85.

³⁰ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**, p. 9.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 51.

Destaca PECES-BARBA MARTINEZ sobre este modelo de direitos fundamentais, como suas principais características: a] parte de velhos privilégios medievais, iniciando-se pela Carta Magna a diante, e através da dupla ação parlamentar e judicial; b] sua principal preocupação é limitar as prerrogativas do Rei, e não a limitação das prerrogativas do Rei uma consequência do reconhecimento dos direitos, como ocorre, por exemplo, no jusnaturalismo racionalista; c] dá início ao constitucionalismo³², através da instituição do *Common Law*, que na Inglaterra tem a dupla função de receber a constituição jusnaturalista moderna e recepcionar o Direito Romano, juntamente com a lutar por limitar o poder do Monarca; d] também por ter sua origem filosófica na burguesia, pretende garantir a liberdade de pensamento e imprensa, a segurança pessoal, garantias processuais e a participação política, que com o decorrer do tempo se desprende de suas dimensões estamentais e passa a representação individual; e] curiosamente, a liberdade religiosa não faz parte dos direitos dos ingleses, pelo fato da Inglaterra ter rompido com a Igreja católica, e pela evolução peculiar da religião na Inglaterra.³³

Assim, percebe-se que este modelo tem mais relação com a história do que com a Revolução, baseando-se na concentração de poder no Parlamento, a transformação lenta do estado de estamentos para o Estado moderno e a crença na tradição sobre a revolução.³⁴

³² Para melhor compreensão do texto, adota-se o seguinte conceito de constitucionalismo “[...] fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo – desde os fins da Idade Média até ao século XVIII.” In: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 45-46.

³³ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 146-147

³⁴ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. **Historia de los derechos fundamentales. Tomo I: Transito a La modernidade siglos XVI y XVII**, p. 752-753.

4 O MODELO AMERICANO

Diferente do modelo inglês, o modelo americano representa uma ruptura, pois se dá num momento de independência e formação de um novo Estado. Destaca-se deste período os documentos históricos: *Declaração de Direitos do bom povo de Virgínia, de 1776*; *Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, 1776* e a *Constituição dos Estados Unidos da América, de 1776*.

Na *Declaração de Direitos do bom povo de Virgínia* estão elencados, além dos direitos explícitos na seção I – direito à vida, liberdade, propriedade³⁵ – outros direitos fundamentais e princípios identificáveis em seu corpo de texto, tais como o princípio da legalidade, o devido processo legal, o Tribunal do Júri, o princípio do juiz natural e imparcial³⁶, a liberdade de imprensa³⁷ e a liberdade religiosa³⁸. Esta declaração precede a declaração de independência dos Estados Unidos e, igualmente à esta, apresenta influência iluminista. O texto original é de autoria de George Mason e ela expressa com bastante clareza os fundamentos do regime democrático; firma também o princípio da igualdade de todos perante a lei – rejeitando, portanto, os privilégios e a hereditariedade dos cargos públicos – e da liberdade. No início do seu texto declara: “Dos Direitos que nos devem pertencer a nós e à nossa posteridade, e que devem ser considerados como o fundamento

³⁵ Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança. **DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE VIRGÍNIA**, Disponível em http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Povo_Virginia.html.

³⁶ Que todo poder é inerente ao povo e, conseqüentemente, dele procede; que os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis. [...] Que nenhum homem ou grupo de homens tem direito a receber emolumentos ou privilégios exclusivos ou especiais da comunidade, senão apenas relativamente a serviços públicos prestados; os quais, não podendo ser transmitidos, fazem com que tampouco sejam hereditários os cargos de magistrado, de legislador ou de juiz. **DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE VIRGÍNIA**.

³⁷ Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos. **DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE VIRGÍNIA**.

³⁸ Que a religião ou os deveres que temos para com o nosso Criador, e a maneira de cumpri-los, somente podem reger-se pela razão e pela convicção, não pela força ou pela violência; conseqüentemente, todos os homens têm igual direito ao livre exercício da religião, de acordo com o que dita sua consciência, e que é dever recíproco de todos praticar a paciência, o amor e a caridade cristã para com o próximo. **DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE VIRGÍNIA**.

SCHLICKMANN, Fábio. Aspectos destacados dos três modelos iniciais dos direitos fundamentais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.2, 2º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

e a base do governo, feito pelos representantes do bom povo da Virgínia, reunidos em plena e livre convenção.”

SILVA esclarece que

Vê-se que, basicamente, a Declaração se preocupará com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes. Os textos ingleses apenas tiveram por finalidade limitar o poder do rei, proteger o indivíduo contra a arbitrariedade do rei e firmar a supremacia do Parlamento. As Declarações de Direitos, iniciadas com a da Virgínia, importam em limitações do poder estatal como tal, inspiradas na crença na existência de direitos naturais e imprescritíveis do homem.³⁹

A declaração de Independência dos Estados Unidos da América, documento de grande valor histórico e que foi produzido basicamente por Thomas Jefferson, teve como tema preponderante a limitação do poder do Rei, que em algumas passagens apresenta até mesmo críticas ao então modelo inglês de governo.⁴⁰

A principal situação que desencadeou a independência dos Estados Unidos foi sem dúvida a identidade cultural do povo. Distante da metrópole, a colônia já criara uma identidade cultural própria, e a independência tornar-se-ia previsível e inevitável. A partir disso, três fatores impulsionaram a criação do novo Estado: 1] a sociedade americana se organizou de forma diferente e independente da sociedade inglesa – estamental –, constituída por grupos sociais bem delimitados, diferenciados apenas pela sua riqueza; 2] a partir de uma idéia de igualdade a partir da consideração de que todos os homens são livres, a defesa das liberdades individuais seriam conseqüência; 3] a submissão dos poderes governamentais ao consentimento do povo. Este último praticado desde 1620 entre os colonos de Plymouth, onde elegiam o governador da província e os

³⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 154.

⁴⁰ No corpo da declaração estão arrolados os motivos da declaração de independência. Em se tratando de abuso do Estado, pela sua falta de limites, destaca-se: “A história do actual Rei da Grã-Bretanha compõe-se de repetidas injúrias e usurpações, tendo todos por objectivo directo o estabelecimento da tirania absoluta sobre estes Estados. Para prová-lo, permitam-nos submeter os factos a um mundo cândido. [...] Dissolveu Câmaras de Representantes repetidamente porque se opunham com máscula firmeza às invasões dos direitos do povo. [...] Dificultou a administração da justiça pela recusa de assentimento a leis que estabeleciam poderes judiciários. [...] Tentou tornar o militar independente do poder civil e a ele superior.” **DECLARAÇÃO DE INDEPENDENCIA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA**, Disponível em http://www.argnet.pt/portal/teoria/declaracao_vport.html.

delegados da assembléia provincial. Acabaria sendo o molde indispensável ao funcionamento futuro da democracia americana, uma vez que admitia o sufrágio universal.⁴¹

Discutida e aprovada pela Convenção Constitucional de Filadélfia, na Pensilvânia, entre 25 de maio e 17 de setembro de 1787, foi promulgada a *Constituição dos Estados Unidos da América*, em 17 de setembro de 1787. Interessante ressaltar que esta foi a primeira e única Constituição deste país, e que sofreu forte influência do Iluminismo. Juntamente com suas dez primeiras emendas, pretendeu a separação dos poderes do Estado e ainda consagrou diversos direitos fundamentais, tais como a liberdade religiosa e de reunião, a inviolabilidade de domicílio em tempo de paz⁴², o devido processo legal e o julgamento pelo Tribunal do Júri, a ampla defesa e a impossibilidade de aplicação de penas cruéis⁴³, por exemplo.

Estes direitos assegurados pelas declarações americanas e pela Constituição dos Estados Unidos da América fundamentam-se no jusnaturalismo de seu tempo e na tradição do Direito Inglês. Neste contexto, explica TRINDADE:

As declarações e a Constituição americanas tinham claro fundamento na filosofia jusnaturalista da época e na tradição constitucional inglesa. Além de limitarem o poder arbitrário dos governantes sobre a pessoa [o que já existia nos textos anteriores da ex-metrópole], ampliavam a autonomia dos indivíduos em relação ao Estado. Tratavam apenas de direitos civis e políticos, nenhuma cogitação de direitos sociais [isso não cabia no credo liberal]. Mesmo os Direitos civis e políticos enunciados, malgrado o "universalismo" que perpassava as declarações, teriam de percorrer uma longa senda pela frente

⁴¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos.**, p. 95-99.

⁴² Nenhum soldado poderá, em tempo de paz, instalar-se em um imóvel sem autorização do proprietário, nem em tempo de guerra, senão na forma a ser prescrita em lei. [...] O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas. **DECLARAÇÃO DE INDEPENDENCIA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.**

⁴³ Não poderão ser exigidas fianças exageradas, nem impostas multas excessivas ou penas cruéis ou incomuns. **DECLARAÇÃO DE INDEPENDENCIA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.**

até começarem ser estendidos a homens mais pobres, a escravos, a índios e a mulheres.⁴⁴

No mesmo sentido, e destacando a igualdade trazida pela declaração de independência, PEREZ-LUÑO sustenta que

La Declaración de independencia norteamericana de 4 de julio de 1776 conviene una proposición única en la que es evidente la impronta iusnaturalista y marca una pauta para las sucesivas declaraciones de los Estados. "Nosotros sostenemos por evidentes, por si mismas, estas verdades — se afirma allí —: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de algunos derechos inalienables, entre los que están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad..." Sin embargo, el prototipo de las declaraciones modernas de derechos es el *Bill of Rights* del Buen Pueblo de Virginia de 12 de junio de aquel mismo año, que también influyó decisivamente en los demás Estados norteamericanos.⁴⁵

Deste modelo, destaca PECES-BARBA MARTINEZ algumas características: a] antes da independência dos Estados Unidos, concediam-se cartas, acordos, privilégios constitutivos de companhias para a exploração de determinado território por parte da Inglaterra, que influenciou esse modelo de direitos fundamentais; b] principalmente a partir do século XVIII, os textos de direitos humanos foram compatíveis com a idéia de liberdade dos ingleses, com uma influência progressiva do jusnaturalismo racionalista, e com uma identificação dos direitos naturais; c] influência religiosa derivada da presença de pessoas que fugiam da metrópole por conta de perseguições de cunho religioso; e também pela crença no pacto entre Deus e seu povo na sua interpretação da Bíblia; e ainda a criação de textos com referencia a Deus e ao dever de adoração em textos legais; d] o conteúdo dos direitos propostos e em seguida reconhecidos em textos de direito positivo pertencem ao pensamento liberal e se referem a liberdade de pensamento e consciência, as garantias processuais, a soberania do povo e a sua participação. Curiosamente, principalmente na Declaração de independência, incorpora-se uma terminologia que é produto dos pensamentos

⁴⁴ TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direitos Humanos**, p. 98.

⁴⁵ PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**, p. 118.

utilitaristas e da filosofia racional e abstrata do jusnaturalismo; e] O reconhecimento da supremacia da constituição sobre o Parlamento em alguns textos de algumas colônias, rechaçando a idéia britânica;⁴⁶

SARLET aponta com sendo a declaração de direitos da Virgínia como sendo o primeiro documento da história que marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais. E afirma:

As declarações americanas incorporaram virtualmente os direitos e liberdades já reconhecidos pelas suas antecessoras inglesas do século XVII, direitos estes que também tinham sido reconhecidos aos súditos das colônias americanas, com a nota distintiva de que, a despeito da virtual identidade de conteúdo, guardaram as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, sendo-lhes reconhecida eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando, assim, todos os poderes públicos. Com a nota distintiva da supremacia normativa e a posterior garantia de sua justiciabilidade por intermédio da Suprema Corte e do controle judicial da constitucionalidade, pela primeira vez os direitos naturais do homem foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais, ainda que este status constitucional da fundamentalidade em sentido formal tenha sido definitivamente consagrado somente a partir da incorporação de uma declaração de direitos a Constituição em 1791, mais exatamente, a partir do momento em que foi afirmada na prática da Suprema Corte a sua supremacia normativa.⁴⁷

A constitucionalização dos direitos fundamentais nos Estados Unidos supõe uma importante mudança à respeito das características que compõem o processo de positivação no Medievo. PEREZ-LUÑO assinala:

1º Así, en el plano de la fundamentación se va a producir un paulatino abandono de la justificación consuetudinaria e histórica de las libertades, al tiempo que se refuerza su legitimación iusnaturalista, si bien ahora de signo nítidamente racional. En las declaraciones de derechos modernos no se insiste en afirmar la tradición inmemorial de los derechos en ellas reconocidos, sino en el mero hecho de que la razón los considere inherentes a la propia naturaleza humana.

⁴⁶ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 148-150.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 51-52.

2º En lo que concierne a la titularidad tales derechos pierden su vinculación a determinadas categorías o estamentos de personas, para presentarse como derechos de todos los ciudadanos de un Estado o de todos los hombres por el hecho de serlo. Las declaraciones modernas dejan de enumerar de forma pormenorizada a las distintas categorías de sujetos activos de las libertades, proclamándolas en términos de gran amplitud.

3º Finalmente, respecto a la naturaleza jurídica de los nuevos documentos de postilación, debe hacerse notar que poseen mayor perfección jurídico-formal que los medievales, al formar en ellos los derechos fundamentales un conjunto orgánico en el que se proclaman libertades y derechos bien articulados. De otro lado, las modernas declaraciones de derechos no se formulan como contratos de derecho privado, sino como instrumentos fundadores del derecho público.⁴⁸

Interessante ressaltar que, ainda que nascente de uma ruptura, o modelo americano foi fruto de uma revolução bem mais pacífica do que o modelo Francês, uma vez que a colônia e a metrópole estavam muito distantes para um conflito tão grande e sangrento como a Revolução Francesa, que veremos a seguir.

5 O MODELO FRANCÊS

Entre os grandes acontecimentos da história da humanidade, certamente podemos citar a Revolução Francesa, nome que se dá ao conjunto de acontecimentos que promoveram grande alteração na França entre os dias 05 de Maio de 1789 e 09 de Novembro de 1799. Estavam em discussão o *Anciën Régime* e a autoridade do clero e da nobreza. Sofreu grande influência dos ideais do Iluminismo e da Independência Americana, de 1776. Sua importância é tão grande que marca o final da idade moderna e o início da idade contemporânea. Em curto espaço de tempo, em 1789 o longo período de convulsões políticas do século XIX, fazendo-a passar por várias repúblicas, uma ditadura, uma monarquia constitucional e dois impérios.

⁴⁸ PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**, p. 117.

A Revolução Francesa não foi apenas um movimento para a limitação do poder da coroa; todo o ímpeto do movimento político tendeu ao futuro e representou uma tentativa de mudança radical das condições de vida em sociedade. Tentou-se apagar o passado e começar uma nova história – inclusive mudando-se o calendário. Os franceses consideraram-se investidos de uma missão universal de libertação dos povos, e o espírito da Revolução difundiu-se, em pouco tempo, a regiões tão distantes quanto o subcontinente indiano, a Ásia Menor e a América Latina.⁴⁹

SAMPAIO define:

Havia uma comoção social quase generalizada contra os desmandos da realeza. Um grupo de intelectuais, chamado *Les Politiques*, passou também a publicar panfletos contra algumas medidas adotadas pelo governo, além de manifestarem-se favoráveis a tolerância religiosa. Essas críticas, contudo, tinham um limite exposto no "patriotismo" dos seus membros na defesa da unidade nacional. Essa, digamos, ambigüidade levou alguns, como Jean Bodin, a defender politicamente a origem divina do poder real, que serviu de justificativa para o absolutismo a partir de Luis XIII.⁵⁰

O fruto direto deste pensamento e da Revolução Francesa foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada em 26 de agosto de 1789. Entre seus 17 artigos, prevê direitos fundamentais como o princípio da igualdade, desde que tenha alguma utilidade qualquer eventual distinção⁵¹, liberdade, até o momento que não prejudique os outros membros da sociedade, propriedade, somente sendo privado de tal direito em caso de utilidade pública e mediante prévia e justa indenização⁵², segurança, resistência à opressão, associação

⁴⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**, p. 52-53.

⁵⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais: retórica e historicidade**, p. 189.

⁵¹ "Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum." **DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO**, Disponível em http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Direitos_homem_cidad.html.

⁵² "Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização." **DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO**.

política⁵³, princípio da legalidade, sob forma de disposição da Nação, o princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal⁵⁴, princípio de presunção de inocência⁵⁵, liberdade religiosa⁵⁶ e livre manifestação de pensamento⁵⁷.

SARLET leciona o caráter jusnaturalista da Declaração:

Igualmente de transcendental importância foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, fruto da revolução que provocou a derrocada do antigo regime e a instauração da ordem burguesa na França. Tanto a declaração francesa quanto as americanas tinham como característica comum sua profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento. A influência dos documentos americanos, cronologicamente anteriores, e inegável, revelando-se principalmente mediante a contribuição de Lafayette na confecção da Declaração de 1789, Da mesma forma, incontestável a influência da doutrina iluminista francesa, de modo especial de Rousseau e Montesquieu, sobre os revolucionários americanos, levando a consagração, na Constituição Americana de 1787, do princípio democrático e da teoria da separação dos poderes. Sintetizando, há que reconhecer a inequívoca relação de reciprocidade, no que concerne a influência exercida por uma declaração de direitos sobre a outra, sendo desnecessária, para os fins deste estudo, qualquer análise que tenha como objeto a mensuração da

⁵³ "A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão." **DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO.**

⁵⁴ "Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrarias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência. [...] A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada." **DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO.**

⁵⁵ "Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei." **DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO.**

⁵⁶ "Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei." **DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO.**

⁵⁷ "A livre comunicação das idéias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei." **DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO.**

graduação da intensidade desta influência mútua, se e que tal aferição se afigura viável.⁵⁸

PECES-BARBA MARTINEZ destaca deste modelo os seguintes aspectos: a] um exemplo de formulação racionalista e abstrata dos direitos como direitos naturais, com ruptura total com a tradição histórica das Leis fundamentais da Monarquia; b] o intenso debate para a aprovação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, onde, apesar do conteúdo parecer evidente, foi objeto de debate por posições muito distintas; c] é um texto único, diferente da pluralidade de textos que existe no modelo americano; d] sofre influência direta do Liberalismo⁵⁹, ao defender e reconhecer os direitos de opinião e de pensamento, as garantias processuais, o direito de participação política e o direito de propriedade; e] é mais do que uma Declaração de Direitos, uma vez que o governo da lei, a igualdade formal, a soberania popular e a separação dos poderes estão contidos nela, sendo o núcleo do constitucionalismo; e] apresenta a necessidade de positivação dos direitos naturais, uma vez que os insere na constituição para que se realize em sua plenitude. f] as influências intelectuais são plurais e complexas, abarcando o seu fundamento jusnaturalista racionalista e também seus críticos de demais correntes de pensamento; g] mostra-se um modelo laico, diferente do americano, mostrando que a religião é apenas uma dimensão da liberdade de pensamento e de opinião, e não fazendo referência a Igreja ou a Deus, como no modelo americano; h] apresenta uma nova forma de legitimidade, diferente dos modelos americano e inglês, e fundamenta o então nascente Estado Liberal. Substitui a figura do Rei pela soberania nacional, impõe a lei como garantia de liberdade e delimita o conteúdo daquilo que será governado; i] por apresentar um modelo e um teor laico, mostra que o sagrado é

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 52.

⁵⁹ Para melhor compreensão do texto, adoto o conceito de "Liberalismo" extraído do livro do Prof. Paulo Marcio Cruz, que diz: "Corrente de pensamento que se consolidou a partir das revoluções burguesas do século XVIII, o Liberalismo caracteriza-se por defender as maiores cotas possíveis de liberdade individual frente ao Estado, que deve procurar ser neutro. Postula tanto uma filosofia tolerante da vida como modelo social que conseguiu substituir o Ancién Regimen e cujos conteúdos se constituíram em fundamento jurídico e político das constituições democráticas." In: CRUZ, Paulo Márcio. **Poder, política, ideologia e Estado contemporâneo**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 89.

o homem, e serve de paradigma para todos os outros povos que queiram romper com o *Anciën Regimen*.⁶⁰

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os modelos iniciais de Direitos Fundamentais compõem-se basicamente de três situações distintas nos três países em que foi examinada. Na Inglaterra, surgiu de uma gradual conquista de direitos, primeiro entre o rei e a nobreza, em seguida pela burguesia. Da *Magna Charta* até o *Bill of Rights* passam-se quase quinhentos anos, o que marca a presença do historicismo no surgimento deste modelo de Direitos, entretanto estes direitos servem de parâmetro para uma análise dos direitos, mas não se constituem de Direitos Fundamentais por excelência, haja vista seu caráter restrito de destinatários. Nos Estados Unidos, o modelo surge num momento de ruptura, ainda que não revolucionário – pelo menos não nos moldes da França – marcado pela independência deste em sua relação com a metrópole e o surgimento de um novo Estado. Contem direitos fundamentais em seu corpo de texto, mas a declaração de independência se preocupa principalmente com o estabelecimento de uma ordem democrática e a estabelecer a organização política do novo país. Finalmente, o modelo francês de Direitos Fundamentais teve origem principalmente na Revolução Francesa, um movimento que se seguiu entre os anos de 1789 e 1799. Com o ideal de participação política do povo, os franceses foram responsáveis por uma revolução que não apenas tentou limitar o poder da coroa, mas tendeu a uma mudança radical nas condições de vida da sociedade. Os franceses projetaram seus ideais para toda a humanidade, tanto que de origem francesa foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

⁶⁰ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales*, p. 151-154.

SCHLICKMANN, Fábio. Aspectos destacados dos três modelos iniciais dos direitos fundamentais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.2, 2º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução da 1.ª edição de Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução de novos textos de Ivone Castilho Benedetti. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GARCIA, Marcos Leite. **O processo de formação do ideal dos Direitos Fundamentais: alguns aspectos destacados da gênese do conceito**. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Marcos%20Leite%20Garcia.pdf>.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BURKE, Edmund. Reflexões sobre as causas do descontentamento atual. *In: Os pensadores: vários autores*. São Paulo: Editora Ática, 1996.

MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. **Historia de los derechos fundamentales. Tomo I: Transito a La modernidade siglos XVI y XVII**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1998.

PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 9. edición. Madrid: Tecnos, 2005.

MAGNA CHARTA LIBERTATUM, Disponível em http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Magna_Carta.html.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7 ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PETITION OF RIGHTS, PETITION OF RIGHTS. Disponível em http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Peticao_direitos.html.

BILL OF RIGHTS, Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/decbill.htm>.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

HABEAS CORPUS ACT, Disponível em http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Habeas_corpus.html.

SCHLICKMANN, Fábio. Aspectos destacados dos três modelos iniciais dos direitos fundamentais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.2, 2º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE VIRGÍNIA, Disponível em http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Povo_Virginia.html.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 26 ed. 2006.

DECLARAÇÃO DE INDEPENDENCIA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Disponível em http://www.arqnet.pt/portal/teoria/declaracao_vport.html.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direitos Humanos**. Peirópolis: Editora Peirópolis, 2002.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, Disponível em http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Direitos_homem_cidad.html.

CRUZ, Paulo Márcio. **Poder, política, ideologia e Estado contemporâneo**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2006.

MARTINEZ PECES-BARBA, Gregorio. Problemas generales. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.