

EDUARDO RODRIGUES DOS SANTOS

DIREITOS FUNDAMENTAIS ATÍPICOS

Uma análise da Cláusula de Abertura
– Art. 5º, § 2º, da CF/88

2017

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

A CLÁUSULA DE ABERTURA E A INESGOTABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A cláusula de abertura a novos direitos fundamentais, chamados aqui de direitos fundamentais atípicos, consiste num instrumento de grande importância dos constitucionalismos modernos e das sociedades democráticas da contemporaneidade possibilitando o reconhecimento e a construção de direitos fundamentais para além do catálogo (da carta de direitos) previsto expressamente na Constituição.

A cláusula de abertura a direitos fundamentais atípicos é assaz importante no âmbito dos constitucionalismos contemporâneos, sobretudo, em razão da inesgotabilidade dos direitos fundamentais da pessoa humana, que não podem ser limitados a um rol fixo, enfim a proteção e a promoção da pessoa humana não podem ser limitadas a um catálogo positivo de direitos, pois a vida sempre nos apresenta situações novas que exigem direitos novos ou mesmo novas leituras de direitos antigos.

Assim, neste capítulo, busca-se apresentar a cláusula de abertura a novos direitos fundamentais, bem como demonstrar sua importância em face da inesgotabilidade dos direitos fundamentais do homem. Para isso, passaremos por uma abordagem teórica e histórica dos direitos do homem e da cláusula de abertura a novos direitos no âmbito do constitucionalismo brasileiro e estrangeiro.

1.1. A CONSTANTE EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A NECESSÁRIA ABERTURA MATERIAL DA CONSTITUIÇÃO

Os direitos fundamentais da pessoa humana são fruto de uma árdua construção histórica, passando por lutas, guerras e revoluções

(pacíficas ou não) até o seu reconhecimento pelos atuais documentos nacionais e internacionais de direitos do homem. Pode-se dizer que os direitos fundamentais estão em constante evolução, acompanhando a própria evolução social. Contudo, advirta-se: Evolução não significa avanços no sentido de maior reconhecimento e eficácia, pois em alguns momentos visualizam-se, também, certas regressões.

A luta pelos direitos fundamentais é contínua e, independentemente da teoria que se adote, o mais importante é ter em mente que os direitos são consagrados e reconhecidos através das históricas lutas e não através das teorias, sejam elas religiosas, filosóficas, políticas ou jurídicas.¹ Por outro lado, isso não diminui a relevância do indispensável trabalho dos juristas e filósofos que, com toda certeza, influenciaram muitas dessas lutas e organizaram os direitos que por elas foram reconhecidos.

O processo histórico de construção e reconhecimento dos direitos fundamentais é contínuo e precisa estar sempre se inovando, criando novos direitos ou novas leituras de direitos antigos, em face das novas situações e relações sociais nas quais a pessoa humana se envolve e cria. A sociedade e o homem estão em constante evolução, assim, o direito e, em especial, os direitos fundamentais precisam estar, também, em constante evolução.

Contudo, se a cada situação nova que a vida apresenta e se a cada relação nova em que o homem se envolve for-se alterar o texto constitucional inserindo ou modificando os dispositivos relativos aos direitos fundamentais, ou mesmo os dispositivos constitucionais de outra natureza, colocar-se-ia a própria Constituição e sua carta de direitos em uma situação de instabilidade que poderia comprometer a efetividade desses direitos ou até mesmo a vigência da Carta Constitucional (a depender da intensidade que se altera o seu texto) rompendo com a ordem (jurídica e política) instalada.²

Assim, faz-se necessário abrir a Constituição às novas situações, sem alterar-se constantemente o seu texto. Nesse sentido, fala-se de

-
1. Para uma leitura histórica dos direitos do homem (ou dos direitos humanos, compreendidos lato sensu, isto é, sem a vinculação aos tratados internacionais de direitos humanos, mas sim à pessoa humana), por todos, ver: VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
 2. Para uma reflexão crítica das reformas constitucionais, por todos, ver: BRITTO, Carlos Ayres. A Constituição e os limites de sua reforma. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, n. 1, p. 225-246, jan/jun, 2003.

uma abertura constitucional a princípios e valores que possibilitem à ordem constitucional vigente reconhecer e resolver as novas situações, tanto através do reconhecimento de novos direitos (direitos atípicos) como por novas leituras de direitos antigos (típicos). Deste modo, a Constituição deve ser compreendida como um sistema aberto e flexível de regras e princípios.³

Especificamente em relação aos direitos fundamentais, essa abertura constitucional se dá, além dos princípios e valores reconhecidos pela Constituição, através da cláusula de abertura a direitos fundamentais atípicos, isto é, através de uma cláusula que autoriza o reconhecimento e/ou construção de direitos materialmente fundamentais que não constam do catálogo constitucional.

Ante o exposto, nos próximos tópicos, demonstrar-se-á a constante evolução dos direitos fundamentais e sua inesgotabilidade em face das situações e relações humanas, a necessária abertura constitucional a novos direitos fundamentais pela cláusula de abertura a direitos fundamentais atípicos, bem como os contornos teóricos mais elementares dessa cláusula e desses direitos.

1.1.1. As Declarações de Direitos

Até chegarmos ao cenário atual de proteção dos direitos do homem, muitas lutas foram levantadas e muito sangue fora derramado,

3. Nessa linha de raciocínio, guardadas as devidas diferenças de posicionamento teórico, mas compreendendo a Constituição como um sistema aberto de regras e princípios, dentre outros: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010; ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008; CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008; PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Los Derechos Fundamentales**. 10.ed. Madrid: Tecnos, 2011; ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. 6.ed. Madrid: Trotta, 2005; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. No Brasil, por todos, ver: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, n. 2, p. 167-210, jul/dez, 2003; SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, jan/jun, 2003. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010; GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2010; NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2013; COELHO, Edihermes Marques; BORGES, Alexandre Walmott. **Ensaio sobre o Sistema jurídico**. Uberlândia: Instituto de Estudos jurídicos Contemporâneos, 2001.

contudo, ao final de muitas dessas lutas, declarações de direitos foram conquistadas e aos poucos o homem foi se libertando de si mesmo e caminhado rumo à construção de uma vida digna, pautada na inviolabilidade de sua pessoa e dos direitos a ela inerentes.

Para a consecução dos objetivos deste trabalho e para uma boa compreensão da temática levantada, mostra-se assaz relevante, ainda que brevemente e apesar das inevitáveis omissões sobre outras relevantes declarações, a análise de algumas das declarações mais importantes que consagraram os direitos do homem ao longo dos séculos. A iniciar pela *Magna Carta*.

A *Magna Carta*, assinada pelo Rei João Sem-Terra, em 15 de junho de 1215, na Inglaterra, perante a nobreza inglesa e o alto clero, fora redigida originalmente em latim bárbaro, apesar de se tratar de um documento de origem inglesa, sob a titulação de *Magna Carta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem et Barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni Angliae*.⁴

Sua inserção no direito medieval inglês tem origem nos conflitos entre a realeza e a nobreza a desígnio dos privilégios feudais e da centralização do poder, majorados consideravelmente desde os primórdios do séc. XI, com a invasão de Guilherme, o “Conquistador”.⁵

Contudo, a partir do reinado de João Sem-Terra, a supremacia do poder do rei sobre os barões feudais ingleses se enfraqueceu, em face de uma disputa pelo trono entre o monarca inglês e um adversário e, também, em razão de um ataque francês vitorioso contra a Normandia, ducado que pertencia ao Rei João por herança dinástica (família Plantagenet). Por conta destes acontecimentos o rei João teve de aumentar consideravelmente as exações fiscais em desfavor dos barões feudais para financiar suas campanhas de guerra. Em contrapartida, para atenderem as exigências fiscais da realeza, os nobres passaram a exigir periodicamente o reconhecimento expresso de alguns direitos. Além disso, concomitantemente, João Sem-Terra entrou em discórdia com o papado, num primeiro momento, apoiando seu sobrinho, o Imperador Óton IV, num conflito contra o rei francês, posteriormente, recusando-se a aceitar a designação papal de Stephen Langton para

4. Carta Magna das Liberdades ou Concórdia entre o Rei João e os Barões para a outorga das liberdades da igreja e do reino inglês (tradução livre).

5. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

cardeal de Canterbury, vindo, assim, a ser excomungado pelo papa Inocêncio III.

Em 1213, em razão da pressão do clero e da carência de recursos financeiros, João Sem-Terra sucumbiu-se a Igreja declarando a Inglaterra feudo de Roma, obtendo, assim, o levantamento de sua excomunhão. Já em 1215, em face de uma revolta armada dos barões feudais, que, inclusive, ocuparam a cidade de Londres, o rei João teve de assinar a *Magna Carta* para que os atos de resistência e revolta fossem interrompidos. Curiosamente, o documento foi entregue ao rei João para assinatura pelo cardeal Stephen Langton, cuja nomeação ele se recusara a aceitar anos antes e que resultara na sua excomunhão. Contudo, após assinar a *Magna Carta*, João Sem-Terra imediatamente recorreu ao papa para que declarasse a nulidade do documento, vez que sua assinatura se deu mediante coação e sem a devida anuência papal. Na época, o papa Inocêncio III declarou nula a carta de direitos, entretanto, ela foi confirmada, com poucas alterações, por sete sucessores do trono inglês.

A *Magna Carta* talvez seja o primeiro documento formal a reconhecer direitos aos homens, por óbvio que os direitos reconhecidos, o foram apenas a alguns homens, isto é, aos nobres e aos clérigos. Contudo ela pode ser considerada o ponto de partida para o moderno sistema de direitos e garantias dos homens (direitos humanos internacionais e direitos fundamentais constitucionais) que se tem hoje, vez que ela limita o poder do rei a certas liberdades e direitos dos cidadãos (membros da nobreza e do clero). “A *Magna Carta* deixa implícito pela primeira vez, na história política medieval, que o rei achava-se naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita”.⁶

Em que pese a *Magna Carta* ser um documento destinado, sobretudo, aos nobres e aos clérigos, sua importância para a consagração dos direitos do homem é fundamental, pois ela é o primeiro, de uma série de documentos históricos, que inspirou grandes revoluções e movimentos de independências que determinaram a evolução e a consagração desses direitos.

Outro documento de grande importância na construção dos direitos do homem foi a Lei do *Habeas Corpus*, editada em 1679 na

6. COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 91-92.

Inglaterra, originalmente denominada de lei para melhor garantir a liberdade do súdito e para a prevenção das prisões ultramar, que surgiu com o intuito de assegurar a efetividade do instituto do *habeas corpus*, que já existia no direito inglês como mandado judicial para casos de prisão arbitrária (os *writ*) desde muito antes da *Magna Carta*.

Num contexto histórico bastante conturbado, em que o parlamento inglês era predominantemente protestante e a realeza inglesa (dinastia Stuart) era católica, buscou-se limitar o poder real em face dos súditos, sobretudo o poder de prender arbitrariamente os opositores políticos da coroa, sem submetê-los ao devido processo criminal.

Neste contexto, o *Habeas Corpus Act* (como é chamada a Lei do *Habeas Corpus* no original em inglês) veio para dar eficácia a um instituto que já existia há séculos, mas que não possuía eficácia, ou que ao menos tinha uma eficácia demasiadamente limitada, sobretudo porque não haviam regras processuais adequadas para a aplicação escoreita do *habeas corpus*.

Assim, visou-se assegurar direitos garantidos aos súditos já na *Magna Carta*, mas que não vinha sendo respeitados: direito de liberdade e direito ao devido processo (*due process of law*). “O *Habeas Corpus Act* reforçou as reivindicações de liberdade, traduzindo-se, desde logo, e com as alterações posteriores, na mais sólida garantia de liberdade individual, e tirando aos déspotas uma das suas armas mais preciosas, suprimindo as prisões arbitrárias”.⁷

A importância do *Habeas Corpus Act* e do próprio instituto jurídico do *habeas corpus*, tal qual regulamentado pela referida lei de 1679, está não só no fato desta garantia proteger o direito de liberdade, mas também no fato de ter se tornado um referencial que serviu de fonte para as demais garantias judiciais que foram criadas posteriormente para resguardar e assegurar as liberdades fundamentais, como por exemplo, o mandado de segurança e o *juicio* de amparo.⁸

Sem dúvida alguma, outro documento marcante na árdua história da construção dos direitos do homem foi o *Bill of Rights*. Esta

7. SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 153.

8. Conforme exemplifica Fábio Konder Comparato, “o *juicio de amparo* e o mandado de segurança copiaram do *habeas-corpus* a característica de serem ordens judiciais dirigidas a qualquer autoridade pública acusada de violar direitos líquidos e certos, isto é, direitos cuja existência o autor pode demonstrar desde o início do processo, sem necessidade de produção ulterior de provas”. COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 101.

declaração de direitos é assinada num contexto de grande violência e intolerância religiosa, fazendo-se de grande importância na eterna luta de afirmação dos direitos do homem.

Durante a maior parte do século XVII a Inglaterra passou por rebeliões, guerras civis e conflitos de natureza predominantemente religiosa. No ano de 1642, o rei Carlos I foi deposto e executado por tentar reestabelecer a oficialidade da religião católica. Carlos II, durante os anos finais de seu reinado, dispensou a convocação do parlamento para a votação de impostos, graças aos subsídios recebidos do rei francês Luís XIV, o que despertou outros movimentos contrários à realza por ter mantido relações ardilosas com o grande inimigo da época, a França.

Nesse contexto, Jaime II, irmão e sucessor de Carlos II, demorou pouco tempo para conquistar o ódio do alto clero e da nobreza inglesa. Com o nascimento de um herdeiro de berço católico no ano de 1688 teve início a *Glorious Revolution*. Temendo pela continuidade de uma monarquia católica, representantes dos dois partidos políticos da época, *Whigs* e *Tories*, chamaram o príncipe Guilherme de Orange e sua esposa Maria de Stuart (filha de Jaime II), que eram de fé protestante, a assumir o trono inglês. Assim, no dia 5 de novembro de 1688, Guilherme desembarcou em território inglês e no dia 11 de dezembro, Jaime II fugiu para a França.

Em 1689, reuniu-se o parlamento inglês por iniciativa própria, vindo a declarar a vacância do trono e operando uma mudança dinástica com a coroação de Guilherme de Orange e Maria de Stuart, que passaram a ser Guilherme III e Maria II. Para tanto, eles tiveram de aceitar, na totalidade, uma declaração de direitos votada pelo parlamento inglês, o *Bill of Rights*, que passara a compor as Leis Fundamentais do reino inglês.

O grande feito do *Bill of Rights*, com toda certeza, foi pôr fim ao regime de monarquia absolutista, ampliando os poderes do parlamento e institucionalizando a separação dos poderes. Mais ainda, com a divisão dos poderes, o referido documento inglês criou “uma garantia institucional, isto é, uma forma de organização do Estado cuja função, em última análise, é proteger os direitos fundamentais da pessoa humana”.⁹ Contudo, além disso, o *Bill of Rights* cuidou de

9. COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 105-106.

assegurar outros direitos e garantias aos cidadãos ingleses, retomando algumas disposições da *Petition of Rights* de 1628.

Outro documento de afirmação dos direitos do homem que merece destaque é a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, considerada a primeira declaração moderna de direitos fundamentais,¹⁰⁻¹¹ escrita originalmente por George Mason, e que data de 12 de junho de 1776, sendo, portanto, anterior à própria Declaração de Independência dos Estados Unidos da América do Norte.

A Declaração de Virgínia inspirou-se, juridicamente, sobretudo, no *Bill of Rights* inglês de 1689 e, filosoficamente, nas ideias liberais de John Locke, além das concepções de Jean-Jacques Rousseau e de Charles de Montesquieu. Contudo, os estadunidenses não se limitaram a recepcionar o pensamento cultural europeu. Na verdade, eles avançaram transformando os direitos naturais do homem em direitos fundamentais positivos reconhecidos pelo Estado, conferindo-lhes um status jurídico superior.

Ademais, a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia foi de grande importância para o movimento de independência dos Estados Unidos da América do Norte e serviu de inspiração para as subsequentes declarações de direitos dos demais estados estadunidenses, bem como para as dez primeiras emendas à Constituição daquele país, consideradas seu *Bill of Rights*.

10. Nesse sentido, José Afonso da Silva afirma: "A primeira declaração de direitos fundamentais, em sentido moderno, foi a *Declaração do Bom Povo de Virgínia*" SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 153. No mesmo sentido, Dirley da Cunha Júnior, ao discorrer sobre a referida declaração, afirma que "cuida-se da primeira Declaração de Direitos em sentido moderno [...] marca a transição dos direitos de liberdade do povo inglês para os direitos fundamentais constitucionais" CUNHA JÚNIOR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 598.

11. Apesar da declaração de direitos do Estado da Virgínia ser considerada, por grande parte dos constitucionalistas, como sendo a primeira declaração de *direitos fundamentais* (de direitos do homem, ou direitos humanos positivados em Constituições), é importante destacar que o termo "*direitos fundamentais*" tem origem na França e não nos Estados Unidos da América do Norte. Nesse sentido, Antonio-Enrique Pérez Luño explica que "el término <<derechos fundamentales>>, *droits fondamentaux*, aparece em Francia hacia el año 1770 em el marco del movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789. La expresión ha alcanzado luego especial relieve en Alemania, donde bajo la denominación de los *Grundrechte* se ha articulado, de modo especial tras la Constitución de Weimar de 1919, el sistema de relaciones entre el individuo y el Estado, en cuanto fundamento de todo el orden jurídico-político. Este es su sentido en la actual *Grundgesetz* de Bonn, la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania promulgada en el año 1949 [...] la expresión <<derechos fundamentales>> y su formulación jurídico-positiva como derechos constitucionales son un fenómeno relativamente reciente...". PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 10.ed. Madrid: Tecnos, 2011, p. 27-28.

Quanto ao movimento de independência dos Estados Unidos da América do Norte, pode-se afirmar que foi um marco importantíssimo para a histórica luta de afirmação dos direitos do homem. A independência estadunidense foi conquistada por uma árdua guerra que perdurou de 1775 até 1783.

Apesar disso, já no segundo ano da guerra, em 4 de julho de 1776, as treze colônias inglesas da América do Norte, declararam-se independentes através de um documento de Declaração de Independência, redigido em grande parte por Thomas Jefferson.

Na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América do Norte havia uma pequena declaração de direitos que dizia: “*Nós temos como evidentes por si próprias as seguintes verdades: todos os homens são criados iguais; eles são dotados por seu Criador de certos direitos inalienáveis; entres esses direitos se encontram a vida, a liberdade e a busca da felicidade*”.

Contudo, apesar de independentes desde 1776, foi só em 17 de setembro de 1787 que os Estados Unidos aprovaram sua Constituição, durante a Convenção de Filadélfia. Entretanto, esta Carta Constitucional não continha uma declaração de direitos,¹² que só veio a ser incorporada à Constituição estadunidense no ano de 1791, através das dez primeiras Emendas à Constituição dos Estados Unidos, sendo, então, consideradas seu *Bill of rights*.¹³

A contribuição do direito estadunidense foi vital para o constitucionalismo e para a proteção dos direitos do homem, enquanto direitos fundamentais positivados em Constituições formais e reconhecidos pelo Estado. Pode-se, inclusive, dizer que a gênese dos direitos

12. Durante as discussões da Constituição dos Estados Unidos foi-se debatida a inclusão de um *Bill of Rights*, contudo houve grande discórdia. Dentre os motivos que levaram à sua rejeição estava o fato de que as declarações de direitos dos estados não seriam revogadas, sendo desnecessária a elaboração de uma carta de direitos para a Constituição do país, o que, naquele momento, só atrasaria o processo constituinte. Outro motivo determinante, como demonstra Dalmo de Abreu Dallari, foi a contradição que uma declaração comum de direitos poderia trazer, como exemplificado à época pelo General Charles Pinckney, membro do legislativo da Carolina do Norte, que pronunciou-se do seguinte modo: “As Declarações de Direitos geralmente começam declarando que todos os homens nascem livres por natureza. Agora, nós faríamos essa declaração muito desajeitadamente, quando uma grande parte de nossa propriedade consiste em homens que na realidade nasceram escravos”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**: da idade média ao século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 276.

13. Sobre o processo histórico do “Bill of rights” estadunidense (declaração de direitos de 1791), por todos, ver: KATZ, Ellis. The United States Bill of Rights as a Constitutional Afterthought. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (orgs.). **Doutrinas Essenciais Direitos Humanos**: Teoria Geral dos Direitos Humanos. São Paulo: RT, 2011. v.1.

fundamentais reside na Declaração do Bom Povo da Virgínia e que sua consolidação se dá com a positivação das dez primeiras Emendas à Constituição dos Estados Unidos da América,¹⁴ apesar do termo “direitos fundamentais” ser de origem francesa.

Dentre os movimentos e os documentos históricos de afirmação dos direitos do homem não poderíamos esquecer-nos dos franceses.¹⁵ De maio de 1789 a novembro de 1799, a França vivenciou uma série de revoltas, conflitos e golpes de Estado que alteraram significativamente seu quadro político e social. A Revolução Francesa tem início com a convocação dos Estados Gerais e a Queda da Bastilha e perdura até o golpe de Estado do 18 Brumário de Napoleão Bonaparte.

Apoiada, financiada e gerida pela burguesia ascendente, a Revolução Francesa representou a queda do *Ancien Régime* (Antigo Regime) e o fim dos privilégios do clero e da nobreza. Foi bastante influenciada pelos ideais iluministas e pelo movimento de independência dos Estados Unidos da América do Norte. Conduzida pelo lema *Liberté, Egalité, Fraternité* (Liberdade, Igualdade e Fraternidade), a Revolução Francesa ficou marcada por despertar um quadro revolucionário como nunca se tinha visto até então,¹⁶ causando mudanças profundas

14. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet afirma: “A despeito do dissídio doutrinário sobre a paternidade dos direitos fundamentais, disputada entre a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, 1789, é a primeira que marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais. 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 à Constituição em 1791, mais exatamente, a partir do momento em que foi afirmada na prática da Suprema Corte a sua supremacia normativa”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 43.

15. A afirmação histórica dos direitos do homem como direitos fundamentais constitucionais, tem como marcos os movimentos constitucionalistas estadunidense e francês do final do século XVIII. Para um estudo aprofundado sobre estes dois movimentos e a significância de suas declarações, dentre outros, ver: HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 113-145.

16. Nas palavras de Fábio Konder Comparato, “o grande movimento que eclodiu na França em 1789 veio operar na palavra *revolução* uma mudança semântica de 180°. Desde então, o termo passou a ser usado para indicar uma renovação completa das estruturas sociopolíticas, a instauração *ex novo* não apenas de um governo ou de um regime político, mas de toda a sociedade, no conjunto das relações de poder que compõem a sua estrutura. Os revolucionários já não são os que se revoltam