

O PROCESSO CIVILIZADOR E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE CIVILIZING PROCESS AND FUNDAMENTAL RIGHTS

Georges ABBOUD*

Resumo: O artigo destaca a importância da formulação teórica de processo civilizador elaborada por Norbert Elias para se compreender corretamente o conceito de direitos fundamentais. Trata-se de uma forma de visualizar esses direitos que permite a superação da defesa da dicotomia estabelecida entre jusnaturalismo e positivismo.

Palavras-chaves: direitos fundamentais; processo civilizador; direito de propriedade; história

Abstract: This article highlights the importance of theoretical formulation of the acculturate process elaborated by Norbert Elias to properly comprehend the concept of fundamental rights. As a matter of fact, it is a form of envision those rights which permits overcoming the lagged dichotomy established between jus-naturalism and logical positivism.

Keywords: Fundamental rights; acculturate process; property right; history

*Só se pode definir o que não tem história
Nietzsche – Genealogia da Moral*

Introdução: as razões pelas quais tudo que tem história não pode ser definido e tudo que é jurídico também é histórico.

Conforme a máxima *nietszschiana*, nada que tem história pode ser definido. Nessa perspectiva, um exame enriquecedor sobre os direitos fundamentais impõe a observação de uma terceira via que supere a dicotomia imposta pelo positivismo e jusnaturalismo.

Os direitos fundamentais, primordialmente, representam produto da evolução histórica. Mais precisamente, eles relacionam-se com o processo civilizador das sociedades.

Contemporaneamente, a preservação dos direitos fundamentais não deve ocorrer tão somente porque, atualmente, eles gozam de status constitucional, mas porque eles constituem conquista histórica da formação política e jurídica dos Estados, cuja observância é obrigatória pelo Poder Público e pelos demais particulares.

Examinar os direitos fundamentais como conquista histórica da formação política e jurídica do Estado contribui para avaliar a correção e a legitimidade dos atos do poder público no que diz respeito à tutela dos direitos fundamentais. Giorgio

* Doutor e mestre em direitos difusos e coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Titular Permanente do Programa dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP. Advogado E-mail: georges.abboud@neryadvogados.com.br.

Agamben (2008, p. 74-75) demonstra que em última instância o estágio mais teratológico de desrespeito aos direitos fundamentais está presente nos campos de concentração onde todos os direitos fundamentais são suspensos e toda a dignidade do homem é retirada, transformando o homem em um não homem.¹

Assim, essa conquista histórica não representa o carreamento para dentro do texto constitucional da mera vontade do sujeito histórico que é o arquiteto de uma metanarrativa (o sujeito do iluminismo; do comunismo, etc).

Os direitos fundamentais (*Grundrechte*) constituem, na atualidade, o conceito que engloba os direitos humanos universais e os direitos nacionais dos cidadãos. As duas classes de direitos são, ainda que com intensidades diferentes, partes integrantes necessárias da cultura jurídica de todo o Estado constitucional (HÄBERLE, 2007, p. 304).

Em um Estado de Direito existe forte sentido substancial exercido pelos direitos fundamentais em relação à atuação do poder público. Assim, os Poderes estão limitados e vinculados à Constituição, não apenas quanto à forma e procedimentos, mas também quanto aos conteúdos.

Por outros termos, no Estado Constitucional de Direito, a Constituição não apenas disciplina as formas de produção legislativa, mas também impõe a esta proibições e obrigações de conteúdo correspondentes aos direitos de liberdade e aos direitos sociais, cuja violação ocasiona antinomias e lacunas que a ciência jurídica precisa identificar para que sejam eliminadas e corrigidas (FERRAJOLI, 2005, p. 13 e 18).

Desse modo, cabe especificar, como bem ensina Garcia Herrera (1996, p. 71), que o Estado Democrático de Direito, em uma perspectiva garantista, está caracterizado não apenas pelo princípio da legalidade formal que subordina os poderes públicos às leis gerais e abstratas, mas também pela legalidade substancial que vincula o funcionamento dos três poderes à garantia dos direitos fundamentais.

Sendo assim é facilmente perceptível que os direitos fundamentais constituem, primordialmente, uma reserva de direitos que não pode ser atingida pelo Estado [Poder Público] ou pelos próprios particulares.

Na realidade, os direitos fundamentais asseguram ao cidadão um feixe de direitos e garantias que não poderão ser violados por nenhuma das esferas do Poder Público. Os referidos direitos apresentam dupla função: constituem prerrogativas que asseguram diversas posições jurídicas ao cidadão, ao mesmo tempo em que constituem limites/restrições à atuação do Estado (FLEINER, 2005, p. 153).

Hodiernamente, a existência e a preservação dos direitos fundamentais são requisitos fundamentais para se estruturar o Estado Constitucional tanto no âmbito formal quanto material. Daí eles serem direitos oponíveis inclusive contra a maioria.

A Constituição brasileira de 1988 é fruto do constitucionalismo democrático que teve início no séc. XX a partir de Weimar. Nesse movimento histórico, as Constituições não mais se limitaram apenas a separar os poderes e a assegurar a utilização da lei para a promoção dos direitos. Essas tinham por objetivo primordial assegurar a existência de alguns princípios constitucionais fundamentais. A partir desse ponto, as cartas constitucionais adquirem nova faceta à medida que elas passam a buscar instrumentos institucionais necessários para assegurar a preservação dos princípios fundamentais. Obviamente, cada Constituição possui suas particularidades referentes ao momento histórico e social de seu surgimento, contudo, dois princípios fundamentais estavam, em maior ou menor medida, presentes em cada uma delas: o princípio da inviolabilidade dos direitos fundamentais e o princípio da igualdade. Esse segundo princípio, nas Constituições democráticas, não se limita mais à mera proibição de discriminação, ele adquire dimensão promocional como mecanismo de acesso a bens fundamentais de convivência civil, tais como educação, saúde e direitos sociais (FIORAVANTI, 2007, p. 150).

A partir do que expusemos é fácil depreender que a Constituição Federal não se relaciona apenas com a limitação e racionalização do próprio Estado mas, a partir da Constituição de Weimar, elas adquirem dimensão democrática.

Nesse contexto, Peter Häberle, oferece o conceito amplamente democrático sobre o que seria a Constituição. Para o insigne constitucionalista, a Constituição significa ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade. A Constituição não é apenas Constituição “do Estado”, ela possui um conceito mais amplo que compreende as estruturas fundamentais da sociedade. A Constituição num Estado Democrático não estrutura apenas o Estado em sentido estrito, mas também o espaço público e o privado constituindo, assim, a sociedade (HÄBERLE, 2007, p. 272). Daí que contra ela não pode ser oposta nem mesmo a vontade da maioria.

Outrossim, essa invocação do sentimento de vontade da maioria para solucionar as questões constitucionais evidencia uma concepção que fragiliza a própria autonomia do direito, uma vez que deixa transparecer que é legítimo e aceitável um relativismo na condução e solução das questões políticas e constitucionais mais importantes da sociedade. Ou seja, passa-se a impressão de que questões jurídico-constitucionais

pudessem vir a ser solucionadas a partir de critérios e parâmetros que não fossem, a seu modo, também jurídico-constitucionais.

Destarte, função contramajoritária do direito fundamental assegura em última instância a força normativa da Constituição e a preservação do princípio da dignidade da pessoa humana. Do contrário, as posições minoritárias seriam perseguidas e, ao final, suprimidas. Vale salientar que o STF tem a obrigação de preservar a atuação contramajoritária de sua jurisdição a fim de assegurar a preservação dos direitos fundamentais e das minorias, mesmo quando tal atuação possa contrariar a aparente vontade da maioria da população.

Em outros termos, é possível afirmar que o direito fundamental somente será considerado trunfo contra a maioria se o Judiciário e, principalmente, o STF assumir sua função contramajoritária. Frise-se ser contramajoritário não é ser necessariamente ir sempre contra a vontade da maioria, mas, sim, ter poder para contrariá-la quando for necessário em prol do texto constitucional, para assegurar a preservação dos direitos fundamentais do cidadão e das minorias. Aliás, é justamente com o intuito de poder realizar tal mister que os membros do Judiciário e os Ministros do STF gozam de diversas prerrogativas que são ínsitas a sua atividade.

No Estado Democrático de Direito, a Constituição não pode mais ser considerada uma simples Carta Política ou instrumento de governo, ela é muito mais do que isso. A Constituição passa a ser a salvaguarda da própria sociedade. Isso porque ela limita a soberania do Estado, ou seja, no constitucionalismo, é impensável qualquer sujeito político amplamente soberano que não encontre limites no texto constitucional (FIORAVANTI, 2007, p. 137).

Nesse contexto, demonstraremos qual a relação estabelecida entre o desenvolvimento do constitucionalismo e a consagração dos direitos fundamentais, bem como evidenciar o mito consistente na assertiva de que sempre haveria supremacia do interesse público sobre o individual. Por fim, elaboraremos rol a fim de identificar quais são os requisitos – que necessariamente precisam ser atendidos – para se admitir que ocorra restrição a qualquer direito fundamental.

A inexorável presença do elemento histórico do processo civilizador e a morte das metanarrativas

O constitucionalista J. J. Gomes Canotilho, em artigo dedicado ao tema, afirma a morte das metanarrativas enquanto grandes receitas omnicompreensivas e totalizantes, que atribuem à história um significado certo e unívoco. São, fundamentalmente, três as

metanarrativas expostas: a judaico-cristã, cuja promessa é a ressurreição e a salvação; a iluminista e positivista, que indica o progresso, e a marxista, que almeja a desalienação e emancipação do homem através da ditadura do proletariado. O que essas filosofias historicistas têm em comum é o fato de acreditarem num sentido irreversível da história (CANOTILHO, 2003, p. 469).²

Ao contrário, a positivação dos direitos fundamentais nos textos constitucionais é que, de algum modo, espelham algo que é fruto de um processo histórico que não é nem racional (no sentido de ter sido planejado por um sujeito arquiteto das metanarrativas), nem irracional (no sentido de que tenham surgido de uma maneira incompreensível).

Outrossim, conceber os direitos fundamentais como conquista histórica da formação política e jurídica dos Estados permite que se evite o ressurgimento de situações históricas que se caracterizam pela restrição ou suspensão dos direitos fundamentais. Quando os direitos fundamentais são colocados como produto histórico oriundo de processo civilizatório, qualquer situação de restrição ou eliminação desses direitos poderá ser considerada ilegítima em virtude de evidente retrocesso social.

Na realidade, examinar os direitos fundamentais juntamente com o elemento histórico permite que se mantenha o melhor discernimento para avaliar a juridicidade e a legitimidade de qualquer ressurgimento ou nova situação histórica que pretenda violar direitos fundamentais.

Tal alerta é altamente importante e Agamben é enfático em asseverar que *Auschwitz* ainda mantém seus efeitos perdurando no tempo. Ainda que *Auschwitz*, enquanto momento histórico possa ser considerado encerrado do ponto de vista cronológico, seus efeitos perduram e se perpetuam no tempo, principalmente em virtude do testemunho de seus sobreviventes. Nas suas exatas palavras:

Contudo, a impossibilidade de querer o eterno retorno de Auschwitz tem, para ele, outra e bem diversa raiz, que implica uma nova, inaudita consistência ontológica do acontecido. Não se pode querer que Auschwitz retorne eternamente, porque, na verdade, nunca deixou de acontecer, já está se repetindo sempre. (AGAMBEN, 2008, p. 106).

Na verdade, essa positivação acontece na esteira daquilo que Norbert Elias chamou de “processo civilizatório”. Nas palavras do autor:

O que aqui se coloca no tocante ao processo civilizatório nada mais é do que o problema geral da *mudança histórica*. Tomado como um todo, essa mudança não foi *racionalmente* planejada, mas tampouco se reduziu ao aparecimento e desaparecimento aleatórios de modelos desordenados. Como teria sido isso possível? Como pode acontecer que surja no mundo humano formações

sociais que nenhum ser isolado planejou e que, ainda assim, são tudo menos formações de nuvens, sem estabilidade ou estrutura?

O estudo precedente, em especial as partes dedicadas ao problema da dinâmica social, tentou dar uma resposta a essas perguntas. E ela é muito simples: planos e ações, impulsos emocionais e racionais de pessoas isoladas constantemente se entrelaçam de um modo amistoso ou hostil. Esse tecido básico, resultante de muitos planos e ações isoladas, pode dar origem a mudanças e modelos que nenhuma pessoa isolada planejou ou criou. Dessa interdependência de pessoas surge uma ordem *sui generis*, uma ordem mais irresistível e mais forte do que a vontade e a razão das pessoas isoladas que a compõem. Essa ordem de impulsos e anelos humanos entrelaçados, essa ordem social, que determina o curso da mudança histórica, e que subjaz ao processo civilizador” (ELIAS, 1993, p. 194).

Ou seja, os direitos fundamentais nascem de uma espécie de *tecido básico* que sustenta o universo humano da cultura e que aponta para sua configuração enquanto verdadeiras conquistas civilizatórias.

Nessa mesma linha, a obra de Steven Pinker *Os Anjos Bons da nossa Natureza* expõe que o ser humano não possui uma bondade ou uma maldade inata. Logo, os marcos civilizatórios afirmados no decorrer dos tempos nos pressionam psicologicamente a sentir repulsa por atos que implicam violência, mas que eram tolerados em outros tempos históricos. Vale dizer, o processo civilizador tende a tornar o convívio gradualmente menos violento (PINKER, 2013, *passim*).

Desse modo, a atual positivação dos direitos fundamentais no texto constitucional lhes garante, de maneira incontestada, plena normatividade, o que é distinto de se afirmar que a sua existência está atrelada tão somente a sua positivação. Porque tal concepção retiraria todo o caráter de conquista histórica desses direitos e ficaríamos à mercê de, na ausência de um Texto Constitucional como o atual, não podermos invocar ou exercer qualquer um destes direitos. Vale dizer, nesta quadra da história, não podemos aceitar a máxima kelseniana de que “qualquer conteúdo pode ser direito”, na medida em que tal afirmação seria contrária ao processo civilizador, verdadeiro instituinte e instituidor dos direitos (KELSEN, 2009, p. 229).

Numa palavra: quando afirmamos que os direitos fundamentais estão insertos no processo civilizador e que, portanto, constituem uma conquista histórica, estamos amparados em Renato Janine Ribeiro que, analisando a obra de Norbert Elias, afirma que o processo civilizador carrega uma dimensão ética; a convicção de que o homem se civiliza, e de que isto constitui um valor positivo (ELIAS, 1993, p. 12).

O modelo historicista de proteção dos direitos fundamentais e o constitucionalismo inglês

Maurizio Fioravanti, em obra dedicada à evolução dos direitos fundamentais, propõe um esquema em três modelos de fundamentação teórica das liberdades (direitos fundamentais de primeira dimensão) (FIORAVANTI, 2007).

O primeiro modelo é *Historicista*, (FIORAVANTI, 2007, p. 26-34) sobre ele que dedicaremos nossa análise neste tópico uma vez que ele é o que mais se aproxima da explicação e justificação dos direitos fundamentais a partir do processo civilizador.

Ele é desenvolvido pela tradição anglo-saxônica das liberdades, cuja principal característica é a constatação de que o reconhecimento dos direitos se dá mediante processo histórico que se confunde com a própria *common law*.

O modelo historicista de fundamentação das liberdades proposto por Fioravanti não remete, necessariamente, para o historicismo filosófico alemão. Com efeito, a proposta de análise do referido autor simplesmente pretende apontar para o caráter de continuidade histórica que existe no contexto da formação dos direitos no espaço anglo-saxão (ao contrário, por exemplo, do modelo francês, de cunho nitidamente ruptural). Veja-se o exemplo da revolução gloriosa, cujo escopo fundamental consistia justamente na restauração da legalidade parlamentar já vigente, enquanto a revolução francesa tinha como principal intuito romper totalmente com a legalidade vigente a fim de instituir uma nova (revolucionária). Já o historicismo filosófico – que se forma no contexto do romantismo alemão desaguando em Dilthey – tem características fundamentalistas (no sentido da fundamentação *inconcusum*, no nível filosófico do pensamento), além de apostar em elementos nacionalistas.

Referido paradigma desenvolve-se juntamente com a *common law*, cujo maior expoente a ser apontado é a própria Inglaterra. O modelo inglês/historicista é essencialmente distinto dos demais por conter elemento um genuíno e dinâmico: a jurisprudência.

A jurisprudência é o verdadeiro fator de unidade e coesão da história nacional constitucional inglesa. Nesse modelo, são os juízes e não os Príncipes ou os Legisladores, os responsáveis pela construção do direito comum inglês (*common law*). Assim, ela é o instrumento principal de elaboração das regras de tutela das liberdades que foram evoluindo desde a Idade Média até a Idade Moderna.

Desse modo, formou-se no modelo inglês a convicção de que o tema das liberdades, enquanto expressão da jurisprudência e manifestação das regras da *common law*, é substancialmente indisponível por parte do poder Público, seja ele Executivo ou Legislativo. Vale dizer que a Inglaterra, ao contrário da França, não admitiu a figura do Legislador

Absoluto, mesmo a partir da *Glorious Revolution*, a soberania parlamentarista que surgiu para limitar o Poder Real, nunca se desvirtuou em poder soberano e ilimitado (FIORAVANTI, 2007, p. 32-33).

Ademais, a posição do Poder Legislativo a partir da Carta Magna inglesa de 1215 também é peculiar em relação aos demais países europeus. Na Inglaterra, o Parlamento aparece na luta contra o rei como o sujeito da unidade nacional (política) na luta contra os demais estamentos medievais (SCHMITT, 2006, p. 67).

O papel da jurisprudência como o principal elemento de criação e fundamentação dos direitos fundamentais confere ao modelo historicista uma limitação ao Legislativo, ainda que o órgão legiferante seja o próprio Poder Constituinte, órgão este que é desconhecido nos demais paradigmas. Na realidade, foi mérito de Coke e Jon Selden terem conseguido estabelecer uma aliança orgânica entre os juristas e os parlamentares. A partir desse cenário, a vitória do constitucionalismo na Inglaterra se explica a partir dessa aliança orgânica, conforme será tratado no item subsequente (MATTEUCCI, 1998, p. 86).

O constitucionalismo inglês desconfia de uma concepção radical do Poder Constituinte. Nesse sistema, o citado Poder, ainda que originário, não possui legitimidade para iniciar a partir do zero sua ação. A sua atuação, em última instância, está limitada pelo catálogo de direitos fundamentais que foram historicamente garantidos pela própria Jurisprudência. Com efeito, a doutrina de John Locke (LOCKE, 1998) assegura ao povo o direito de resistência, em caso de tirania e de dissolução do governo. Trata-se de direito concebido como instrumento de restauração da legalidade violada e não como instrumento de projeção de uma nova e melhor ordem política (FIORAVANTI, 2007, p. 34).

A própria essência da revolução gloriosa consistia em solucionar o problema da limitação do poder Público pelo próprio direito, para deslindar esse conflito, a obra de John Locke foi essencial (MORRIS, 2002, p. 144).

Em que pese ter sido John Locke o principal teórico a conceber a existência de núcleo intangível de direitos fundamentais que não poderiam ser alcançados nem pelo próprio Poder Público, (MORRIS, 2002, p. 144) foi o desenvolvimento da *common law* inglesa, principalmente em virtude da revolução gloriosa e da atuação de Coke que, na prática, ficou garantida a intangibilidade dos direitos fundamentais.

A consolidação da revolução gloriosa constitui acontecimento histórico fundamental para a colocação dos direitos fundamentais como elemento jurídico estruturante e legitimador do Estado Democrático de Direito (Estado Constitucional). Lançando as bases para a revolução gloriosa, Thomas Cromwell realizou uma revolução governamental, por meio de

racionalização burocrática da administração central para fazê-la mais eficiente e forte (MATTEUCCI, 1998, p. 79-80).

A partir da revolução gloriosa, passou-se a admitir determinado limite intransponível para o Poder Público em relação aos direitos fundamentais. Esse limite consistia justamente na própria *common law*. Assim, dizer *common law* era dizer também supremacia da lei, reconhecer, portanto, que esta representava algo fundamental, já que garantiria o direito dos ingleses, de que nenhum poder do mundo poderia usurpar (MATTEUCCI, 1998, p. 81).

Nesse ponto, principalmente em razão da atuação de Coke e do advento da *Petition of Right* de 1628, passa a ocorrer forte restrição ao Poder Público. Ou seja, o poder real em nenhuma hipótese poderia sobrepor-se à legalidade posta para violar ou restringir direitos fundamentais. Sobre esse ponto Nicola Matteucci destaca que a política de Coke pode ser sintetizada em uma célebre afirmação. A *common Law* tem redimensionado tanto as prerrogativas do rei, que estas não podem usurpar nem prejudicar o patrimônio de ninguém e o melhor patrimônio que alguém pode ter é a lei de seu reino (MATTEUCCI, 1998, p. 87).

Assim, pode-se concluir que no modelo historicista, as liberdades civis (negativas, patrimoniais e civis) ocupam posição extremamente privilegiada, inclusive em relação às liberdades políticas. Nesse sistema, as liberdades políticas são acessórias em relação às civis.

Vale dizer, a possibilidade de participar da formação da lei está em função de se poder controlar e equilibrar as forças, para manter-se incólume a proteção dos direitos já conquistados. Dessa maneira, no constitucionalismo inglês não se consegue precisar o momento constituinte puramente originário, entendido como poder absoluto do povo ou da nação para projetar uma nova ordem constitucional dependente da vontade dos cidadãos. A esta premissa se opõe a dimensão irrenunciável do governo moderado e equilibrado como forma que a história tem o apresentado: que o indivíduo não pode perturbar sem que concomitantemente seja perturbada toda a ordem política e social (FIORAVANTI, 2007, p. 35).

Em síntese, pode-se afirmar que o modelo historicista [inglês] confere especial importância às liberdades civis (direitos fundamentais), tendo sido seu principal elemento diferenciador – a jurisprudência – a responsável pela construção e proteção desses direitos.

Dessa forma, historicamente, a atuação do Poder Executivo e a atividade do Legislativo foram limitadas pela manutenção e garantia dessas liberdades conquistadas/asseguradas pela jurisprudência, de modo que o constitucionalismo inglês não admite a figura do Poder Constituinte ilimitado, porquanto mesmo esse Poder somente pode atuar para resgatar o governo limitado e moderado respeitador dos direitos fundamentais.

Destarte, toda atuação, ainda que do Poder Constituinte de maneira contrária, deverá ser prontamente rechaçada pelo direito de resistência, a fim de que seja restaurada a legalidade anterior que era respeitadora das liberdades civis.

O legado contemporâneo do modelo historicista para proteção dos direitos fundamentais

Atualmente, na maior parte dos Estados Democráticos, os direitos fundamentais estão catalogados e assegurados em textos constitucionais. Por consequência, os direitos fundamentais possuem absoluta normatividade devendo ser aplicados imediatamente. Nesse sentido, Friedrich Müller pontua que os direitos fundamentais a partir do momento em que são positivados no texto constitucional, passam a ser considerados direitos vigentes, adquirindo caráter estatal-normativo, por consequência, seu respeito significa respeitar o próprio direito positivo (MÜLLER, 2007, p. 46).

Assim, a positivação dos direitos fundamentais nos textos constitucionais é importante para a respectiva concretização desses direitos. Todavia, os direitos fundamentais ainda que tenham sua normatividade diretamente proveniente do texto constitucional, sua existência é fruto do desenvolvimento histórico de cultura de cada sociedade (historicismo). Nesse ponto, passar-se-á a examinar a insuficiência do paradigma estatalista para tutelar os direitos fundamentais.

Em conformidade com o que expusemos, Fioravanti demonstra que o modelo individualista e o historicista concordam que o primeiro dever do constitucionalismo é realizar o controle e a limitação do poder em nome das liberdades e dos direitos fundamentais que o precedem (FIORAVANTI, 2007, p. 52).

Hodiernamente, a Constituição Federal, principalmente em seu artigo quinto, elenca extenso rol de direitos fundamentais e também assegura diversos instrumentos processuais para garantir sua efetividade. Entretanto, diante de situação de exceção (anormalidade), que garantias o cidadão possui para que continuem sendo respeitados e assegurados seus direitos fundamentais? Fioravanti aponta diversos questionamentos a que o modelo estatalista é insuficiente para responder. Que garantias pode oferecer uma lei do Estado desligada de toda a referência externa? Quem pode garantir que os direitos e liberdades fixados na lei não sejam no instante seguinte anulados pela mesma autoridade, por meio de seu poder soberano?

Responder a essas indagações é algo extremamente complexo. Contudo, pode-se afirmar que o modelo estatalista é totalmente insuficiente para retorquir essas questões. A solução desses questionamentos deve partir do paradigma individualista e principalmente do

historicista, porquanto ambos submetem o soberano (seja rei, presidente ou assembléia legislativa) a vínculos superiores, *e.g.*, força dos costumes, direitos radicados na história, ou mesmo Constituição escrita que pretende impor-se como norma fundamental superior até mesmo ao soberano (cláusulas pétreas) (FIORAVANTI, 2007, p. 52).

Nessa perspectiva é que se apresenta importante à elaboração de uma teoria referente às restrições aos direitos fundamentais. Em conformidade com o que expusemos, a evolução do constitucionalismo tem como um de seus escopos principais a regulação [controle] do poder e, conseqüentemente, a preservação dos direitos fundamentais (MATTEUCCI, 1998, p. 9-21).

Direito de propriedade: modificações de sua acepção e de sua normatividade

Na realidade, não há direito fundamental que tenha mantido um conteúdo incólume ao longo do processo civilizador. O próprio direito de propriedade elucida com aptidão essa conclusão.

O conceito de propriedade não é unívoco, Macpherson, em obra dedicada ao tema, traça quatro mudanças significativas que o conceito de propriedade sofreu até tomar as feições hodiernas no Estado Democrático (MACPHERSON, 1979, *passim*).

A primeira é de caráter lexicográfico da acepção “propriedade”. No século XVII, os autores empregavam o termo num sentido extremamente abrangente. John Locke, por exemplo, asseverava que a vida, a liberdade e os bens dos indivíduos eram considerados sua propriedade. Tanto a pessoa quanto as faculdades e os direitos de cada um eram considerados propriedade individual. À medida que as sociedades se tornaram mercantis, perdeu-se o sentido amplo de propriedade, adquirindo o termo o sentido mais estreito que geralmente tem hoje: a propriedade de rendas ou coisas materiais. Isso ocorreu em razão do fato de que, com o predomínio do mercado, o indivíduo ficava dependente de suas posses materiais para exercer e desenvolver as próprias faculdades.

A segunda mudança no conceito de propriedade, que ocorreu nessa mesma época, foi o estreitamento do próprio conceito de propriedade material. Desde Aristóteles até o século XVII, o conceito de propriedade abarcava dois tipos de direitos individuais. O direito de excluir outrem do uso ou gozo de alguma coisa, e o de não ser excluído do uso ou gozo das coisas que a sociedade declara como sendo de uso comum (estradas, parques etc.). Esses dois direitos individuais eram direitos do particular, ambos foram criados pelo Estado e por ele mantidos, portanto, ambos eram propriedade individual. Do século XVII em diante, a noção

de propriedade foi restringindo-se cada vez mais ao direito de excluir outrem. Essa assertiva torna-se evidente uma vez que, por exemplo, nossa sociedade não mais considera o direito que tem todo o cidadão de usar um parque nacional como parte da propriedade individual de todo cidadão.

A terceira mudança descrita por Macpherson configura mais um estreitamento da propriedade como direito exclusivo de usar e gozar alguma coisa, passamos à propriedade como o exclusivo direito de usar e dispor da coisa, o direito de vendê-la ou aliená-la a outrem. Esse direito está tão arraigado em nossa sociedade de mercado que parece estranho caracterizá-lo como uma mudança ocorrida alguns séculos atrás.

A quarta mudança é novamente um estreitamento contemporâneo ao período da terceira mudança. Consiste na passagem da propriedade como direito a uma renda para a propriedade como direito a coisas, inclusive coisas que produzem rendas.

Diante dessas mudanças, o moderno conceito de propriedade pode ser sintetizado como o direito individual exclusivo de usar e dispor de coisas materiais (MACPHERSON, 1991, p. 103-106).

Em nosso Estado Constitucional, é a Constituição que fundamenta o regime jurídico da propriedade. E a nossa atual Carta Magna assegura o direito de propriedade (CF 5.º XXII), uma vez que cumpra sua função social (CF 5.º XXIII).

Não se pode fugir ao sentido de que apenas se garante o direito de propriedade que atenda sua função social. Na realidade, propriedade e função social não podem ser dissociadas.

De fato, o primeiro equívoco da dogmática jurídica tradicional, ao examinar a matéria, é analisar a propriedade (ente) enquanto propriedade, mergulhando no pensamento metafísico, negligenciando o velamento do ser, pois ao jurista “importa pensar o ser velando-se sempre e não propriamente expô-lo à luz da objetivação, o que seria confundir-lo com o ente” (HEIDEGGER, 2005, p. 18). Privilegiar o estudo da matéria direcionando o enfoque sobre a propriedade enquanto ente, e esquecer que o ser se vela no próprio ente, acarretará que a razão se instrumentalize inteiramente, e, assim, acabe por perder a visão do todo, vez que “em qualquer lugar e em qualquer amplitude em que a pesquisa explore o ente, em parte alguma, encontra ela o ser” (HEIDEGGER, 2005, p. 69).

Ignorando essa proposição que grande parte da dogmática nacional, ao discorrer sobre a propriedade, estuda apenas como ente, como se a subjetividade do jurista fundasse os objetos no mundo, visão presa à relação sujeito-objeto, na qual a linguagem tem função secundária, não levando em conta que, para uma investigação autêntica (constitucionalmente

legítima) do ente propriedade, antes de tudo, faz-se necessário desvelarmos seu ser, pois desvelamento do ser é o que primeiramente possibilita o grau de revelação do ente (HEIDEGGER, 2005, p. 118).

Por isso, para Heidegger (2005, p. 83), existência não significa apenas ser real, porque afirmar que somente o homem existe de nenhum modo significa apenas que o homem é um ente real, e que todos os entes restantes são irreais e apenas uma aparência ou representação do homem. O que Heidegger se propõe é esclarecer que as pedras, Deus e também a propriedade, não têm existência no sentido do termo; somente interpretando-se os seres existem.

Diante do exposto, podemos concluir com o filósofo que da mesma forma que as pedras, anjos e deuses, a propriedade é, mas não existe, no sentido heideggeriano do termo. Pois, se a existência é um poder ser, no qual as coisas (propriedade) são utilizadas como instrumento, e apenas se revelam ao homem no momento em que este descobre para que elas servem, consideramos possível então asseverar que não há que se falar em propriedade cumpridora de uma função ou propriedade que descumpra função, pois propriedade sem função é algo que não existe, propriedade é função, a única verdade do ser do ente da propriedade que pode revelar-se ao jurista é no momento em que este descobre qual a utilidade desta ou daquela propriedade, qual sua função. Ou melhor, qual propriedade.

Daí ser possível afirmar que, em nosso modelo constitucional, propriedade é função e sua funcionalização precisa ser consentânea com a principiologia constitucional. Sem nunca perder de vista, que o sistema constitucional adotado, é o do liberalismo regido pela livre iniciativa e alicerçado no direito de propriedade enquanto direito fundamental do indivíduo. Aliás, inexistente constitucionalismo sem liberalismo (CAENEGEM, 2009, p. 27). Logo, qualquer projeto que pretenda suplantar livre iniciativa ou a propriedade privada deve ser considerado inconstitucional, seja porque viola texto constitucional expresso, ou porque contraria todo o movimento liberal do próprio constitucionalismo.

Epílogo

A correta compreensão acerca dos direitos fundamentais demanda um exame em que esse conceito é correlacionado com o processo civilizador. Isso porque os direitos do homem não são dádiva divina ou fruto da invenção teórica de um único pensador. Eles são fruto de um tecido básico, resultante de muitos planos e ações isoladas, pode dar origem a mudanças e modelos que nenhuma pessoa isolada planejou ou criou.

Os direitos fundamentais constituem primordialmente uma reserva de direitos que não pode ser atingida pelo Estado [Poder Público] ou pelos próprios particulares.

Os direitos fundamentais apresentam dupla função constituem prerrogativas que asseguram diversas posições jurídicas ao cidadão, ao mesmo tempo em que constituem limites e restrições à atuação do Estado [Poder Público].

No modelo historicista, as liberdades civis (negativas, patrimoniais e civis) ocupam posição extremamente privilegiada. Elas ocupam posição de destaque, inclusive em relação às liberdades políticas. Nesse sistema, as liberdades políticas são acessórias em relação às civis. O modelo historicista [inglês] confere especial importância às liberdades civis (direitos fundamentais), tendo sido seu principal elemento diferenciador – a jurisprudência – a responsável pela construção e proteção desses direitos.

Os direitos fundamentais, a partir do momento em que são positivados no texto constitucional, passam a ser considerados direitos vigentes, adquirindo caráter estatal-normativo, por consequência, seu respeito significa respeitar o próprio direito positivo vigente, o que em última instância significa afirmar que possuem total normatividade.

O modelo individualista e o historicista concordam que o primeiro dever do constitucionalismo é realizar o controle e a limitação do poder em nome das liberdades e dos direitos fundamentais que o precedem. Por sua vez, no modelo estatalista os direitos fundamentais são a sua maneira concessões do poder público anteriormente constituído. Em outros termos, para o estatalismo não há direito fundamental conquistado historicamente anterior à existência do próprio Estado enquanto Poder Público legalmente estruturado e constituído.

A preservação dos direitos fundamentais não deve ocorrer tão somente porque, atualmente, eles gozam de *status* constitucional, mas sim porque eles constituem conquista histórica da formação política e jurídica dos Estados cuja observância é obrigatória pelo Poder Público e pelos demais particulares. Ou seja, eles nascem de uma espécie de *tecido básico* que sustenta o universo humano da cultura e que aponta para sua configuração enquanto verdadeiras conquistas civilizatórias. Desse modo, a atual positivação dos direitos fundamentais no texto constitucional lhes garante, de maneira incontestada, plena normatividade, o que é distinto de se afirmar que a sua existência está atrelada tão somente à sua positivação.

Exemplo marcante da evolução imposta por esse tecido básico é o direito de propriedade que teve sua concepção notadamente influenciada e modificada pela história até

culminar na consolidação de sua função social, hodiernamente, positivada como direito fundamental.

Referências

- AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2008.
- CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução história ao direito constitucional ocidental*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Estado adjetivado e Teoria da Constituição*. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, n. 3, 2003.
- ELIAS, Norbert. *O Processo Civilizador. Formação do Estado e Civilização*. v. 2. Rio de Janeiro: Zahar, 1993.
- ELSTER, Jon. *Ulisses Liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. São Paulo: Unesp, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y Futuro del Estado de Derecho* in Miguel CARBONELL (org.). *Neoconstitucionalismo(s)* 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 5. ed., Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- _____. *Constitución de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- FLEINER, Thomas; MISIC, Alexandre; TÖPPERWIEN, Nicole. *Swiss Constitutional Law*. Berne: Kluwer Law International, 2005.
- GUCHET, Yves. *Histoire Constitutionnelle de la France – 1789-1974*, 3. ed., Paris: Economica, 1993.
- HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Buenos Aires, Editorial Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007.
- _____. *La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed., v. I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- _____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed., v. II, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HAZELTINE, Harold Dexter. *Selden as legal historian a comment in criticism and appreciation* in *Festschrift Heinrich Brunner zum Siebzigsten Geburtstag dargebracht von Schülern und Verehrern*. Weimar: Hermann Böhlau Nachfolger, 1910.
- HEIDEGGER, Martin. *Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 2005.
- HERRERA, Miguel Angel Garcia. Poder judicial y Estado social: legalidad y resistencia constitucional in IBÁÑEZ, Perfecto Andrés (org.). *Corrupción y Estado de Derecho – El papel de la jurisdicción*. Madrid: Editorial Trotta, 1996.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998
- LYOTARD, Jean François. *A Fenomenologia*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1967.
- MACPHERSON, Crawford. *Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios: o papel do Estado, das classes e da propriedade na democracia do século XX*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- _____. *A Teoria política do individualismo possessivo. De Hobbes a Locke*, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

- MARSHALL, John. *Judicial review e stato federale*. Milano: Giuffrè, 1998.
- MATTEUCCI, Nicola. *Breve Storia del Costituzionalismo*, Brescia: Morcelliana, 2010.
- _____. *Organización del Poder y Libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Editorial Trotta, 1998.
- MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- MÜLLER, Friedrich. *Teoria e interpretação dos direitos humanos nacionais e internacionais – especialmente na ótica da teoria estruturante do direito* in CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET Ingo Wolfgang; PAGLIARINI Alexandre Coutinho (org.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- PINKER, Steven. *Os Anjos Bons da Nossa Natureza: Por que a violência diminuiu*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.
- SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Madrid: Alianza Universidad Textos, 2006.
- SHAPIRO, Ian. *Os fundamentos morais da política*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- SOARES, António Goucha. *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia: a protecção dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- STEIN, Ernildo. *Racionalidade e Existência*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2008.
- THOMAS, John Henry; FRASER, John Farquhar (org.). *The Reports of Sir Edward Coke in thirteen parties*. v. IV. London: Joseph Butterworth and Son, 1826.
- WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

Notas

¹ Sobre a permanente suspensão dos direitos fundamentais merece destaque a seguinte passagem: “Quando se é livre – escreveu Améry, pensando em Heidegger – é possível pensar na morte sem forçosamente pensar no morrer, sem estar angustiado pelo morrer. No campo, isso é impossível. E não é porque – como parece sugerir Améry – o pensamento sobre os modos de morrer (por injeção de fenol, por gás ou por golpes) tornasse supérfluo o pensamento sobre a morte como tal. Mas sim porque onde o pensamento da morte foi materialmente realizado, onde a morte era trivial, burocrática e cotidiana, tanto a morte como o morrer, tanto o morrer como seus modos, tanto a morte como a fabricação de cadáveres se tornam indiscerníveis”. (AGAMBEN, 2008, p. 82).

² Cf. Sobre o tema, ver ainda: (LYOTARD, 1967, p. 121 *et seq*).

Artigo recebido em 22/11/2014. Aprovado em 30/04/2015.