

O processo de formação do ideal dos Direitos Fundamentais: alguns aspectos destacados da gênese do conceito*.

Marcos Leite Garcia**

Um dos principais temas de interesse no debate jurídico contemporâneo, sem nenhuma dúvida, é o relacionado aos direitos fundamentais ou direitos humanos¹. Se percorrermos as principais revistas especializadas e outros meios de difusão da cultura jurídica procurando avaliar o interesse dedicado ao tema, perceberemos já em um primeiro olhar não só sua extrema atualidade, como também sua riqueza, diversidade e imponência. Os direitos fundamentais são objeto de um sem fim de elucidações da teoria jurídica contemporânea; e a importância do seu debate necessita de um grande número de especialistas pesquisadores dos mais diversos ramos do saber para abarcar os seus infinitos desdobramentos.

Em nosso país, ainda que quantitativamente são muitos os estudos no tema dos direitos fundamentais, pensamos que não é devidamente dada a importância que tem o assunto, principalmente devido à relevância da matéria para o desenvolvimento de determinados valores em nossa sociedade – infelizmente desprezados – e à riqueza do texto constitucional de 1988 no que se refere aos direitos². É evidente a distância entre a prática e a teoria com relação à realidade dos direitos fundamentais em nossa sociedade. Da mesma maneira é de fácil constatação, por qualquer cidadão minimamente instruído, que existe uma enorme discrepância, um *abismo*, entre a realidade social e os textos positivos referentes aos direitos fundamentais em nossa nação. Esse *abismo* existente, certamente devido a muitos fatores, deveria ser considerado um dos mais urgente objeto de estudo em nossa universidade.

E em 1987 em uma conferência no Instituto de Direitos Humanos da Universidade Complutense de Madrid, o jusfilósofo italiano Norberto Bobbio expôs que:

* O presente trabalho é resultado parcial de um projeto de pesquisa vinculado ao Grupo de Pesquisa Hermenêutica e Neoconstitucionalismo, do Curso de Curso de Pós-Graduação *Strito Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí-UNIVALI.

** Doutor em Direito pela Universidade Complutense de Madrid, Espanha (título revalidado nacionalmente); Doutorado realizado no Instituto de Direitos Humanos da Universidade Complutense de

Refletindo sobre o tema dos direitos do homem, pareceu-me poder dizer que ele indica um sinal de progresso moral da humanidade. Mas é esse o único sentido? Quando reflito sobre outros aspectos de nosso tempo – por exemplo, sobre a vertiginosa corrida armamentista, que põe em perigo a própria vida na terra –, sinto-me obrigado a dar uma resposta completamente diversa. (...) O progresso para Kant, não era necessário. Era apenas possível. Ele criticava os “políticos” por não terem confiança na virtude e na força da motivação moral, bem como por viverem repetindo que “o mundo foi sempre assim como vemos hoje”. Kant comentava que, com essa atitude, tais “políticos” faziam com que o objeto de sua previsão – ou seja, a imobilidade e a monótona repetitividade da história – se realizasse efetivamente. Desse modo, retardavam propositalmente os meios que poderiam assegurar o progresso para melhor. Com relação às grandes aspirações dos homens de boa vontade, já estamos demasiadamente atrasados. Busquemos não aumentar esse atraso com nossa incredulidade, com nossa indolência, com nosso ceticismo. Não temos muito tempo a perder³.

Madrid; Professor do Curso de Pós-Graduação *Strito Sensu* em Ciência Jurídica e dos cursos de graduação em Direito e em Ciência Política da Universidade do Vale do Itajaí-UNIVALI. E-mail: mleitegarcia@terra.com.br

¹ Uma das primeiras dificuldades que apresenta o tema é quanto a sua terminologia. Dessa maneira, faz-se necessário um esclarecimento sobre a terminologia mais correta usada com referência ao fenômeno em questão. Diversas expressões foram utilizadas através dos tempos para designar o fenômeno dos direitos humanos, e diversas também foram suas justificações. Na nossa opinião três são expressões as corretas para serem usadas atualmente: *direitos humanos*, *direitos fundamentais* e *direitos do homem*. Respalamos nossa opinião no consenso geral existente na doutrina especializada no sentido de que os termos *direitos humanos* e *direitos do homem* se utilizam quando fazemos referência àqueles direitos positivados nas declarações e convenções internacionais, e o termo *direitos fundamentais* para aqueles direitos que aparecem positivados ou garantidos no ordenamento jurídico de um Estado. Da mesma forma que os distintos autores quando se referem à história ou à filosofia dos direitos humanos, usam, de acordo com suas preferências, indistintamente os aludidos termos. Então, para efeitos do presente trabalho as expressões *direitos fundamentais* e *direitos humanos* são sinônimas. Neste sentido, entre outros: PEREZ LUÑO, Antonio. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. p. 31; BARRANCO, Maria del Carmen, **El discurso de los derechos**. p. 20; e SARLET, Ingo W. **Eficácia dos direitos fundamentais**, p. 33.

² Encontramos um atualíssimo, e por este motivo interessante, catálogo de Direitos Fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nossa “constituição cidadã” nas palavras de Ulisses Guimarães. Como bem salienta Ingo Wolfgang Sarlet, “traçando um paralelo entre a Constituição de 1988 e o direito constitucional positivo anterior, constata-se, já numa primeira leitura, a existência de algumas inovações de significativa importância na seara dos direitos fundamentais”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 67. Da mesma maneira encontramos alguns importantes documentos em nossa legislação infraconstitucional referentes aos direitos fundamentais. Como exemplo mais significativo podemos citar a Lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Se compararmos o texto do ECA com a realidade da maioria das crianças de nosso país, chegaríamos a conclusões terrivelmente absurdas. Da mesma forma se analisarmos a legislação internacional sobre os Direitos Humanos, Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, Pactos de 1966, Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, e muitos outros, chegaríamos também a terríveis conclusões vendo a realidade de miséria, fome, guerras e injustiças pela que passam boa parte da população mundial.

³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 64.

Aqui claramente Bobbio faz alusão a que devemos fundamentar os direitos fundamentais, que a história não é uma repetição de fatos como querem alguns e que o homem pode transformar sua realidade através do respeito dos direitos fundamentais. Também dito texto de Bobbio nos remete ao que o professor Nicolás López Calera sempre insistiu, tanto em sala de aula com em sua obra, que o índice de respeito aos direitos humanos servem de parâmetro, de *medidor*, da evolução de um povo, do real desenvolvimento de uma nação.⁴ Fato tão esquecido ou deixado de lado em nossa atualidade e que também na opinião do professor de Granada deveria ser um dos temas centrais do debate universitário.⁵

Dessa maneira, uma grande variedade de temas é relevante para que se possa entender a distância entre o Direito positivo e a realidade social em que se encontram os direitos fundamentais em nosso país. Seguramente podemos constatar três eixos temáticos importantes que estão na base da questão: conhecer a origem dos direitos fundamentais, delimitar o conceito dos mesmos, assim como conhecer a formação de nossa sociedade. Conhecer, aqui dito, no sentido de fazer um estudo aprofundado dos temas, não para impor como verdade absoluta, mas sim com o intuito de dar elementos para que o cidadão possa optar ou não pelos valores dos direitos fundamentais. O presente trabalho tem como objeto o estudo das origens da formação do conceito dos direitos fundamentais, ou seja, um estudo preliminar dos dois primeiros eixos temáticos.

Em nossa opinião as origens e a fundamentação dos direitos humanos se confundem. Devem-se estudar as origens dos direitos humanos exatamente para fundamentá-los. Estudando suas origens históricas estamos fundamentando e vice-versa. Isso porque os direitos humanos podem ser considerados através de seus processos de evolução, como veremos, suas linhas de evolução que vão gerar três, quatro ou cinco gerações-dimensões de Direitos⁶.

⁴ LOPEZ CALERA, Nicolás. **Filosofía del derecho** (I). p. 206.

⁵ LOPEZ CALERA, Nicolás. **La crisis de las Facultades de Derechos**: una cuestión ideológica. p. 40.

⁶ As gerações ou dimensões, dependendo do autor podem ser três, quatro ou cinco. Nossa preferência é pela divisão mais tradicional que em principio está exposta em três gerações, mas que aceita mais uma ou duas gerações. Seriam elas as seguintes: primeira geração-dimensão: direitos civis e políticos – direitos de liberdade; segunda geração-dimensão: direitos econômicos, sociais e culturais – direitos de igualdade; terceira geração-dimensão: direitos difusos – direitos de solidariedade; e admitimos uma quarta geração-dimensão: referentes à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética. Em nossa opinião,

No cenário das origens dos direitos fundamentais, nos parece de extrema importância os estudos do professor espanhol Gregório Peces-Barba para o auxílio de questões fundamentais referentes ao nosso tema proposto. Para o professor espanhol, de quem nos declaramos publicamente como seu discípulo – seguindo assim uma tradição da academia espanhola –, os direitos fundamentais são um conceito histórico do mundo moderno que surge progressivamente a partir do *trânsito à modernidade*.

Dentre as linhas de evolução dos direitos fundamentais desenvolvidas pelo professor Gregorio Peces-Barba estariam os processos de positivação, de generalização, de internacionalização e de especificação⁷. Antes, porém, do início do processo de positivação, ou melhor, do primeiro processo de positivação levado a cabo com as revoluções burguesas do século XVIII, nos parece acertado e didático falar em um anterior processo de evolução que seria o qual chamamos de processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. Esse processo de evolução estaria diretamente relacionado com a fundamental pergunta da filosofia dos direitos fundamentais que seria: qual deve ser seu conteúdo? Essa seria, em nossa opinião, a terceira pergunta fundamental relativa aos direitos, uma vez que a primeira e segunda respectivamente seriam: o por quê (?) e o para quê (?) dos direitos fundamentais⁸.

Na opinião do professor Gregorio Peces-Barba as duas mais importantes perguntas da Filosofia dos Direitos Fundamentais são a do *por quê* e do *para quê* dos

como defendem alguns autores, uma possível quinta geração advinda das tecnologias de informação, do ciberespaço e da realidade virtual, ainda não tem os elementos para serem classificadas como direitos fundamentais. Sobre o tema, veja-se: WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma Teoria Geral dos “novos” Direitos. In: _____; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Os “novos” Direitos no Brasil: natureza e perspectiva**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1-30.

⁷ Um das sugestivas contribuições do professor Gregorio Peces-Barba à teoria dos direitos fundamentais, entre tantas outras, consiste no estudo das chamadas linhas de evolução dos direitos em questão que são relatadas nos seguintes processos, entre os quais incluímos didaticamente um anterior por nós chamado *processo de formação do ideal dos direitos fundamentais*. Resumidamente estes são: a. *processo de positivação*: a passagem da discussão filosófica ao Direito positivo (primeira geração, direitos de liberdade); b. *processo de generalização*: significa a extensão do reconhecimento e proteção dos direitos de uma classe a todos os membros de uma comunidade como consequência da luta pela igualdade real (direitos sociais ou de segunda geração); c. *processo de internacionalização*: ainda em fase embrionária, de difícil realização prática e que implica na tentativa de internacionalizar os direitos humanos e que ele esteja por cima das fronteiras e abarque toda a Comunidade Internacional (tentativa de universalização dos direitos humanos). d. *processo de especificação*: pelo qual se considera a pessoa em situação concreta para atribuir-lhe direitos seja como titular de direitos como criança, idoso, como mulher, como consumidor, etc, ou como alvo de direitos como o de um meio ambiente saudável ou à paz (direitos difusos ou de terceira geração). Entre outros trabalhos do professor espanhol, ver: PECES-BARBA, Gregorio. *Las líneas de evolución de los derechos fundamentales*. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 146-198.

⁸ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 101-112.

direitos humanos, da existência dos direitos humanos⁹. Em nossa opinião deve-se incluir uma terceira pergunta: *qual deve ser seu conteúdo?* Essa então seria a terceira pergunta importante. As respostas: Quanto à segunda pergunta do *para quê* dos Direitos Fundamentais encontramos resposta na leitura dos documentos de Direitos Humanos, seja a Declaração Universal de Direitos Humanos, ou de Direitos Fundamentais, seja a Constituição da República Federal do Brasil de 1988 ou qualquer outra constituição dos países democráticos do ocidente. Quanto à terceira pergunta, *qual de ser seu conteúdo?*, também pode ser respondida com a leitura dos documentos de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, fazendo-se a ressalva de que os Direitos Humanos podem modificar-se através dos tempos como podemos ver com o advento de novas necessidades e com o fenômeno dos novos direitos. Veremos em seguida essa questão com o estudo do Processo de formação do ideal ou da idéia dos Direitos Fundamentais, é um processo que existe desde o início e que jamais deixará de existir uma vez que os Direitos Fundamentais não são um conceito estático, imutável ou absoluto e muito pelo contrário trata-se de um fenômeno que acompanha a evolução da sociedade e das novas tecnologias, e as novas necessidades de positividade para proteger a dignidade humana, a liberdade, a igualdade e fazer da solidariedade uma realidade entre todos.

A grande pergunta, e mais difícil de responder, da Filosofia dos Direitos Fundamentais é a do *por quê* dos Direitos Fundamentais. *Por que* devem ser respeitados os Direitos Fundamentais? Essa resposta é o conteúdo da própria fundamentação dos Direitos Fundamentais, ela vai unida ao conhecimento de sua história, sua evolução, seus processos de evolução e do seu conceito. Diz o professor Peces-Barba que se cruamente não fundamentamos, não justificamos moralmente os Direitos Fundamentais, os mesmos seriam *uma força sem moral*; e os Direitos Fundamentais somente como *moral*, como querem entre outros os atuais seguidores de um Direito Natural contemporâneo, seria *uma moral sem força*¹⁰.

Esse *processo de formação do ideal dos direitos fundamentais*, essencial para a fundamentação dos direitos, é iniciado na época que o professor Peces-Barba chama de *trânsito à modernidade*¹¹. Para o autor espanhol, como foi visto, os direitos fundamentais

⁹ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 101-112.

¹⁰ PECES-BARBA, Gregório. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 104-105.

¹¹ Justifica o professor Peces-Barba sua utilização da expressão, devido à “(...) ambigüidade do termo *Renascimento* preferimos falar do termo, muito menos comprometedor, *trânsito à modernidade*. Não

são um conceito do mundo moderno resultantes exatamente das condições que surgem justamente nessa época de trânsito da Idade Média para Idade Moderna. 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.

No *trânsito à modernidade* as estruturas do mundo medieval serão progressivamente substituídas por umas novas, ainda que algumas permanecerão até as revoluções liberais do século XVIII. Ao longo do período em questão é quando se formará a filosofia dos direitos fundamentais, assim chamada pelo professor Peces-Barba, como aproximação moderna da dignidade humana, em meio das feições características das mudanças que se influem e se entrelaçam. Estas se dariam resumidamente nos campos da economia, da política e da mudança de mentalidade. A profunda mudança na situação econômica com o surgimento e progressivo amadurecimento do capitalismo e com o crescente protagonismo da burguesia, favorecerá a mentalidade individualista diante da visão do homem em estamentos¹².

No campo político o pluralismo do poder será substituído pelo Estado como forma de poder racional centralizado e burocratizado. O Estado é soberano, na construção doutrinal que se inicia com Jean Bodin, ou seja, o Estado não reconhece superior e tem o monopólio no uso da força legítima. Seu crescente poder como Estado absoluto, a

podemos nos subtrair, como é lógico, a tomar posições respeito a teorias extremas, a de ruptura e a da continuidade, que dependem, em parte, da localização dos respectivos períodos, isso é descrever onde se situa o fim da Idade Média e onde se localiza o início do Renascimento”. Segue o professor espanhol, “(...) Como entendemos que há um entrecruzamento no tempo entre esses dois momentos, o que já supõe tomar uma posição intermediária entre as duas posições extremas, consideramos mais adequado, mais compreensivo, utilizar o termo *trânsito à modernidade*”. Conclui: “Na análise concreta destas grandes linhas caracterizadoras do trânsito à modernidade se perfilará nossas posições, que adiantamos: o trânsito à modernidade é um momento revolucionário, de profunda ruptura, mas ao mesmo tempo importantes elementos de sua realidade já anunciavam na Idade Média, e outros elementos tipicamente Medievais sobreviveram ao fim da Idade Média, neste trânsito à modernidade e até o século XVIII, aparecerá a filosofia dos direitos fundamentais, que como tal, é uma novidade histórica do mundo moderno, que tem sua gênese no trânsito à modernidade, e que, por conseguinte, participa de todos os componentes desse trânsito já sinalizados, ainda que sejam os novos, os especificamente modernos, os que lhe dão seu pleno sentido”. PECES-BARBA, Gregório. **Trânsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales**. p. 2-4 (tradução livre do autor).

¹² PECES-BARBA, Gregório. **Trânsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales**. p. 5-6 e 10-24.

utilização do Direito como *instrumentum regni*, exigirão como antítese, para garantir ao indivíduo um espaço pessoal, a reclamação de uns direitos. Mas, o Estado absoluto é uma etapa imprescindível. Seu esforço de centralização, de robustecimento de uma soberania unitária e indivisível, sua consideração do indivíduo abstrato, o *homo juridicus* como destinatário das normas, criará as condições necessárias para o aparecimento dos direitos fundamentais positivados exatamente com as revoluções liberais contrárias ao Estado absoluto¹³.

Uma nova mentalidade, impulsionada pelo humanismo e pela Reforma, se caracterizará pelo individualismo, o racionalismo e o processo de secularização. Em concreto, a Reforma protestante, com a ruptura da unidade eclesial, gerará o pluralismo religioso e a necessidade de uma fórmula jurídica que evite as guerras por motivos religiosos. Neste espaço a tolerância, precursora da liberdade religiosa, será o primeiro direito fundamental¹⁴.

Todos estes elementos citados, e com o fim do domínio intelectual da teologia, o auge da nova ciência e a exaltação do naturalismo, em suas influências complexas, desembocaram em uma importância extrema do individualismo e de sua capacidade de iniciativa. O conceito de contrato social¹⁵ e do Direito que surge se orientará também para explicar o aparecimento dos direitos fundamentais¹⁶.

O iusnaturalismo racionalista representa, segundo o professor Eusébio Fernández, “(...) no âmbito da história do pensamento filosófico-jurídico, a consecução de um marco muito importante dentro do amplo, complexo e nada homogêneo movimento de

¹³

□ PECES-BARBA, Gregório. **Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales**. p. 7 e 25-52.

¹⁴

□ PECES-BARBA, Gregório. **Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales**. p.7-8 e 53-122.

¹⁵

□ “Las teorías contractualistas vendrán a dar solución a la búsqueda de un nuevo principio de legitimidad democrática en los siglos XVII y XVIII, que explique el origen y fundamento de la sociedad civil y política. Este tipo de legitimidad, encarnado en la teorías del contrato social, será el principio de la legitimidad democrática, ya que explica el origen de la sociedad en un pacto de individuos libres e iguales y fundamenta la legitimidad de los gobiernos en el consentimiento de los gobernados”. FERNÁNDEZ, Eusebio. **El contractualismo clásico (Siglos XVII y XVIII) y los derechos naturales**. p. 147.

¹⁶

□ Evidentemente que o aludido *processo de formação do ideal dos direitos fundamentais* não ocorre somente na época denominada *tránsito à modernidade*, é um processo em constante transformação, e que segue seu curso até os dias atuais. Alguns direitos fundamentais que não eram considerados em épocas anteriores, agora são e o contrario também ocorre, os exemplos são muitos.

secularização do mundo moderno¹⁷”. Dito processo de secularização¹⁸ se delimita exatamente por uma nova concepção do antigo problema da lei natural, e os autores do Direito Natural Racionalista serão fundamentais na construção dessa nova mentalidade. Como diz em seus ensinamentos, o professor Elías Díaz: “Precisamente a ruptura do monolitismo e a uniformidade religiosa por obra da Reforma protestante, levaria coerentemente à necessidade histórica de um iusnaturalismo não fundado de modo iniludível na lei eterna (...)”¹⁹”. No mesmo sentido que o professor Peces-Barba, continua o mestre de toda uma geração de jusfilósofos espanhóis, com o intuito de encontrar

(...) um conceito unitário de Direito natural, aceito por todos os homens, sejam quais forem suas idéias religiosas, fez-se necessário tornar independente aquele de estas. No novo clima de incipiente racionalismo (séculos XVI e XVII) de afirmação da autonomia e independência da razão humana diante da razão teológica, reflete-se que a base e o fundamento desse Direito Natural não pode ser mais a lei natural, senão que a mesmíssima natureza racional do homem, que corresponde e pertence de igual maneira a todo o gênero humano: a razão, diz-se, é o comum a todo homem. Sobre ela se pode construir um autêntico e novo Direito Natural²⁰.

Exatamente a partir desse contexto de mudanças na sociedade, evidentemente que no ocidente, é que começa a aparecer e delinear-se o conceito dos direitos fundamentais entendidos em seu início como direitos naturais, graças à contribuição do iusnaturalismo racionalista. Como sinalizou o professor Antonio Enrique Pérez Luño: “O conceito dos direitos humanos tem como antecedente imediato a noção dos direitos naturais em sua elaboração doutrinal pelo iusracionalismo naturalista”²¹.

17

□ FERNÁNDEZ, Eusebio. **El iusnaturalismo racionalista hasta finales del siglo XVII**. p. 575 (tradução livre do autor).

18

□ “A secularização se produz diante das características da sociedade medieval, e suporá a mundanização da cultura, que contrapõe a progressiva soberania da razão e o protagonismo do homem orientado na direção de um tipo de vida puramente terrenal, à ordem da revelação e da fé, baseado na autoridade da Igreja. É conseqüência da ruptura da unidade religiosa, e abarcará a todas os seguimentos da vida, desde a arte, a pintura, a literatura, a nova ciência e a política a partir da obra de Maquiavel. Os temas religiosos são substituídos pelos problemas humanos. (...) Em todo esse processo os direitos fundamentais realizarão progressivamente uma tarefa de substituição da ordem medieval, desde o momento em que supõe uma garantia de segurança que o edifício medieval, culminado por Deus, já não podia proporcionar; e que havia que encontrar nos homens mesmos. (...) Na sociedade, progressivamente secularizada se poderá dar releve as necessidades da burguesia para a procura de uma nova ordem baseada na razão e na natureza humana; é a ordem do individualismo e dos direitos naturais”. PECES-BARBA, Gregório. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. p. 81-82 (tradução livre do autor).

19 DÍAZ, Elías. **Sociología y Filosofía del Derecho**. Madrid: Taurus, 1980. p. 270 (tradução livre do autor).

20

□ DÍAZ, Elías. **Sociología y Filosofía del Derecho**. Madrid: Taurus, 1980. p. 270-271 (tradução livre do autor).

21

Na passagem de uma teoria do direito natural a uma teoria dos direitos naturais concretos, que irá desembocar nas declarações de direitos do século XVIII, será de fundamental importância um novo significado que define o iusnaturalismo racionalista e que o diferencia substancialmente de todas as teorias iusnaturalistas anteriores. Como aponta Alessandro Passerin D'Entreves: “A moderna teoria do Direito natural não era, falando com propriedade, uma teoria do Direito objetivo, senão uma teoria de Direitos subjetivos. Produziu-se uma mudança importante baixo o invólucro das mesmas expressões verbais. O *ius naturales* do filósofo moderno já não é a *lex naturalis* do moralista moderno nem o *ius naturales* do jurista romano”²². Na formulação do direito natural racionalista será fundamental a separação das questões relativas à Moral do Direito, em outras palavras, a secularização do Direito natural será basilar para o aparecimento dos direitos fundamentais, e isso somente ocorre graças à mudança da mentalidade. Exatamente por esse motivo sinaliza Jürgen Habermas que “(...) a apelação ao direito natural clássico não era revolucionária” (...), enquanto que “(...) a apelação ao moderno (direito natural) chegou a sê-lo”²³.

Na mudança de mentalidade que vai propiciar a luta e a positivação dos primeiros direitos fundamentais, então direitos do homem e do cidadão, alguns autores serão fundamentais para seu aparecimento. Serviram como fundamento e base dos mesmos. Estes serão os autores do iusnaturalismo racionalista. Entre eles podemos citar o primeiro período dos pensadores iusnaturalistas da época moderna, que o historiador do Direito Franz Wieacker classifica como precursores e fundadores do iusracionalismo, entre os quais encontram-se Johann Oldendorp, os autores da escolástica tardia espanhola,

□ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Delimitación conceptual de los derechos humanos**. p. 17. Da mesma forma como recorda o próprio professor Pérez Luño não se pode esquecer a importante contribuição ao tema da chamada escolástica tardia, dos teólogos e juristas espanhóis dos séculos XVI e XVII. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Delimitación conceptual de los derechos humanos**. p. 33-34. Sobre o mesmo assunto: MARAVAL, J. A. *La idea de tolerancia en España: siglos XVI y XVII*. In: _____. **La oposición política bajo los austrias**. Barcelona: Ariel, 1974. p. 93-105; ABELLÁN, José Luis. **Historia crítica del pensamiento español**: La Edad de Oro (siglo XVI). Tomo II. Madrid: Espasa Calpe, 1979. p. 349-589. Da mesma maneira é interessante o que diz professor Eusebio Fernández: “Sin Duda, no debe minusvalorarse la influencia de la Escuela española de Derecho Natural – Neoescolástica o Segunda Escolástica – en la elaboración de las teorías del derecho natural racionalista, pero tampoco este punto debe ser exagerado, pues las innovaciones del iusnaturalismo racionalista tienen una valía importante por méritos propios y por lo que representan en la historia de la reflexión sobre el Derecho Natural”. FERNÁNDEZ, Eusebio. **El iusnaturalismo racionalista hasta finales del siglo XVII**. p. 578.

²² D'ENTREVES, Alessandro Passerin. **Derecho natural**. p. 75.

²³ HABERMAS, Jürgen. **Teoría y praxis**. p. 88.

Johannes Althusius e o fundador por excelência do iusracionalismo Hugo Grotius²⁴. Também são dignos de menção os iusnaturalistas racionalistas (ou iusracionalistas) Thomas Hobbes, Baruch de Espinosa, Samuel Pufendorf que Wieacker classifica como a segunda geração²⁵ de autores dessa corrente tão fundamental à formação do ideal dos futuros direitos humanos. Wieacker classificará Christian Thomasius como pertencente a uma terceira geração dos iusracionalistas, juntamente com Christian Wolf, que servirá de elo entre o iusracionalismo e o Iluminismo²⁶. A segunda metade do século XVIII, como sabemos, constitui por muitos aspectos um período decisivo para a formação do pensamento filosófico e jurídico contemporâneo e esta será a época do Iluminismo e os filósofos deste movimento irão completar as mudanças que desembocaram na separação das questões de ética pública reguladas pelo Direito das questões de ética privada, então reguladas pelos moralistas religiosos. A necessidade de incrementar a tolerância religiosa, separar a teologia da filosofia, e a crítica das instituições punitivas do antigo regime, da tortura como procedimento penal, todos temas fundamentais na elaboração posterior de um Direito Penal sobre novos fundamentos, serão inicialmente os capítulos principais da luta ideológica a ser travada como prova da mudança de mentalidade que se fazia necessária para a positivação dos direitos fundamentais no final do século em questão.

²⁴ WIEACKER, Franz. **História do Direito privado moderno**. p. 303, 304 e 315 e seguintes.

²⁵ WIEACKER, Franz. **História do Direito privado moderno**. p. 304 e 340 e seguintes.

²⁶ WIEACKER, Franz. **História do Direito privado moderno**. p. 353 e seguintes.

REFERÊNCIAS

BARRANCO, Maria del Carmen, **El discurso de los derechos. El discurso de los derechos.** Del problema terminológico al debate conceptual. Madrid: Instituto Bartolomé de las Casas/Dykinson, 1992.

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

D'ENTREVES, Alessandro Passerin. Derecho natural. *In: _____* (et alii). **Crítica del Derecho natural.** Traducción de Elías Díaz. Madrid: Taurus, 1966. p. 73-199.

DÍAZ, Elías. **Sociología y Filosofía del Derecho.** Madrid: Taurus, 1980.

FERNÁNDEZ GARCIA, Eusebio. El contractualismo clásico (Siglos XVII y XVIII) y los derechos naturales. *In: _____.* **Teoría de la Justicia y Derechos Humanos.** Madrid: Debate, 1984. p.127-173.

FERNÁNDEZ GARCIA, Eusebio. **El iusnaturalismo racionalista hasta finales del siglo XVII.** *In: _____;* PECES-BARBA, Gregorio (org.). **Historia de los Derechos Fundamentales.** Tomo I: Tránsito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII. Madrid: Dykinson/Universidad Carlos III, 1998. p. 571-599.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría y praxis:** estudios de filosofía social. Tradução espanhola de Salvador Mas Torres e Carlos Moya Espí. Madrid: Tecnos, 1997. Título original: Theorie und Praxis.

LOPEZ CALERA, Nicolás. **Filosofía del derecho** (I). Granada: Colmares, 1997.

LOPEZ CALERA, Nicolás. **La crisis de las Facultades de Derechos:** una cuestión ideológica. Anales de la Cátedra de Francisco Suarez, Granada, p. 39-46, n. 20-21, 1980-1981.

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

PECES-BARBA, Gregorio. **La dignidad de la persona y la filosofía del derecho.** Madrid: Dykinson, 2004.

PECES-BARBA, Gregório. **Lecciones de Derechos Fundamentales.** Madrid: Dykinson, 2005.

PECES-BARBA, Gregório. **Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales.** Madrid: Mezquita, 1982.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Delimitación conceptual de los derechos humanos. *In: _____* (et alii). **Los derechos humanos:** Significación, estatuto jurídico y sistema. Sevilla: Publicaciones Universidad de Sevilla, 1979. p. 16-45.

PEREZ LUÑO, Antonio. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución.** 2. ed. Madrid: Tecnos, 1986.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução de A.M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. Título original: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter Besonderer Berücksichtigung der Deutschen Entwicklung*.

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma Teoria Geral dos “novos” Direitos. *In*: _____; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Os “novos” Direitos no Brasil**: natureza e perspectiva. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1-30.