
A ORIGEM INGLESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE ENGLISH ORIGIN OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Luís Barbosa Rodrigues ¹

Resumo: O presente estudo sustenta que os Direitos Fundamentais encontram em Inglaterra, e não nos Estados Unidos da América, ou em França, a respetiva origem ideológica e constitucional.

Palavras-chave: D'Ockham; Locke; *Magna Charta Libertatum*; Revoluções Inglesas; Direito subjetivo; Direitos Fundamentais.

Abstract: The present study sustains that Fundamental Rights find in England, not in the United States of America, or in France, their origin, both ideological and constitutional.

Keywords: D' Ockham; Locke; *Magna Charta Libertatum*; English Revolutions; right; Fundamental Rights.

Sumário: Prólogo. 1. Ideias políticas. 1.1. Idade Média. 1.2. Idade Moderna. 2. Positivização Constitucional. 2.1. *Magna Charta Libertatum*. 2.2. Revoluções Inglesas. Epílogo. Referências.

Prólogo.

Revela-se frequente situar as raízes ideológicas dos Direitos Fundamentais no pensamento francófono da *Encyclopédie* (1751-1772), editada por Diderot (1713-1784), com as contribuições de dezenas de outros filósofos, como Montesquieu (1689-1755), Voltaire (1694-1778), ou mesmo, Rousseau (1712-1778).

Torna-se comum, igualmente, sedar a positivização constitucional desses Direitos Fundamentais nos últimos anos do século XVIII, com a Revolução

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor Associado das Faculdades de Direito das Universidades Lusíada de Lisboa e do Porto.

Americana (1776) e, quase simultaneamente, com a Revolução Francesa (1789).

Frequente e comum, mas, sobretudo, inexato, considerando que os Direitos Fundamentais emergem, em qualquer desses dois planos, como uma exclusiva, e muito anterior, criação inglesa.

No ideológico, porque o liberalismo é, seminalmente, John Locke (1632-1704), e o seu antecessor, no decurso da Idade Média, William d'Ockham (1285-1347).

No constitucional, porque esses Direitos Fundamentais se anunciam, logo no século XIII, na *Magna Charta Libertatum* (1215), e se afirmam, mais tarde, nas Revoluções Inglesas do século XVII, designadamente, na Revolução Gloriosa (1688-1689).

1. Ideias políticas.

1.1. Idade Média.

I - A Idade Média recorta-se como um período histórico menor no que tange à construção dos Direitos Fundamentais.

Assistindo-se, apenas, a uma consolidação² do modelo vislumbrável no período anterior, sobretudo, no que tange à fundamentação jusnaturalista religiosa do poder³ e do próprio indivíduo⁴.

Entre os seus principais filósofos, destaca-se, manifestamente, São Tomás de Aquino (1225-1274).

Que sustenta a tripartição do Direito em *lex divina*, *lex natura* e *lex positiva*, com a supremacia das duas primeiras sobre a última⁵, e admite, inclusive, a resistência individual, em caso de violação muito grave da lei natural pela lei positiva⁶.

Porém, o tomismo não concebe, ainda, a ideia de direitos subjetivos, e, muito menos, de Direitos Fundamentais, configurando, em rigor, a mera existência de deveres individuais.

Mais especificamente, a existência de deveres individuais de índole moral e não, sequer, de deveres de natureza intrinsecamente jurídica⁷.

² No mesmo sentido, Andrade, op. cit., p. 17: "o Cristianismo deu uma nova densidade ao conceito de dignidade humana, sobretudo durante a Idade Média".

³ No mesmo sentido, Albuquerque, Albuquerque, op. cit., p. 324: "na Idade Média, a ideia básica é a de que todo o poder vem de Deus".

⁴ Idem, p. 61: "o Direito Natural medievo aparece hoje muitas vezes denominado de Direito Natural teológico".

⁵ No mesmo sentido, Luño, op. cit. p. 30: "do pensamento tomista desprende-se a exigência de submeter o Direito positivo aos preceitos do Direito Natural, expressão da natureza racional humana".

⁶ Idem: "o dever de obediência ao Direito positivo pressuporá a sua conformidade com o Direito Natural, gerando-se, em caso de conflito, um direito de resistência frente ao arbítrio dos que governam".

⁷ Em sentido próximo, Homem, op. cit., p. 75: "a estrutura deste pensamento jusnaturalista

II – O mesmo não acontece, em Inglaterra, escassos anos mais tarde, com o franciscano William d’Ockham (1285-1347), o *Doctor Invincibilis*, nomeadamente, na sua obra estrutural - no domínio examinando - *Opus Nanaginta Dierum* (1328).

De facto, este autor é um dos principais expoentes - embora não o iniciador⁸ - do nominalismo.

Escola filosófica que defende que as coisas e os objetos da experiência se apresentam enquanto simples *nomina*, não possuindo, portanto, realidade intrínseca fora da própria linguagem que as descreve.

E, igualmente, que o universal inexistente por si, que é um nome dotado de um significado geral, mas sem conteúdo concreto, só encontrando essa realidade no particular e no individual.

Assim, para a formulação nominalista, o real é composto, exclusivamente, pelos próprios indivíduos, o que implica uma recentragem nestes últimos, ao tempo, de todo em todo, desconhecida.

III - D’ Ockham sobressalia o valor da liberdade individual, da suscetibilidade de escolha sem uma intervenção exterior⁹.

Da liberdade de um indivíduo que surge, por consequência, como titular de *potestas*, faculdades, poderes¹⁰.

Mais: de uma liberdade que se afigura determinante, inclusive, para a aceitação, ou não aceitação, da inclinação de amar a Deus.

O que significa que o indivíduo não é, racionalmente, obrigado a cumprir ordens, ou se se preferir, que é incapaz de o não fazer, mas que, se as cumprir, será abençoado pela vontade divina.

E, ao separar a vontade divina da vontade individual, ocorre a evidente superação do conceito tradicional de Direito Natural.

Logo, mesmo se não nega Deus, nem recusa, tão-pouco, o Direito Natural¹¹, d’ Ockham surge, num dos virtuais sentidos do termo, como um pré-positivista.

IV - Ao surgimento desta liberdade individual inere a necessidade de

assenta (...) na primazia dos deveres sobre os direitos, portanto, da Moral sobre o Direito”.

⁸ A controvérsia em torno da natureza das ideias inicia-se na sequência da redescoberta, parcial, do pensamento aristotélico, através da tradução e comentário de Boécio (século VI) ao *Isagoge* aristotélico de Porfírio (século III), no qual encontramos a discussão do estatuto ontológico dos universais, surgindo, a esse respeito, três posições fundamentais: o realismo - de que o tomismo é uma das vertentes - o conceitualismo e o nominalismo. Os primeiros autores nominalistas, anteriores a d’ Ockham, são Roscelin de Compiègne e Abelardo (século XII).

⁹ No mesmo sentido, Cabrita, op. cit., p. 98: “enquanto a filosofia clássica tem como fundamento a ordem cósmica, a natureza das coisas, a filosofia de d’Ockham assenta no indivíduo”.

¹⁰ Em sentido próximo, Cabrita, op. cit., p. 97: “define o direito como o poder atribuído a cada um de reivindicar os bens do mundo exterior”.

¹¹ No mesmo sentido, McGrade, op. cit., p. 175: “conciliar a orientação externa do Direito Natural com a intencionalidade do indivíduo que Ockham enfatiza como sendo o único critério válido para a moral”.

estabelecer mecanismos em ordem à respetiva defesa.

Ao tempo, sobretudo, frente ao Pontificado e à sua pretensa - e aqui contestada - infalibilidade¹², mas, mais tarde, frente a qualquer autoridade, face a qualquer outro poder.

Numa primeira formulação, assim, da moderna noção de Direito e de direito subjetivo¹³.

E, numa primeira aproximação, ideológica, ao conceito de Direitos Fundamentais.

1.2. Idade Moderna.

I - Três séculos depois emerge, na mesma Inglaterra, o liberal entre liberais, John Locke (1632-1704).

Não obstante, tal liberalismo coexistir com o entretanto surgido jusracionalismo - designadamente, de De Mariana (1536-1624), Suarez (1548-1617), ou Grócio (1583-1645).

Na verdade, para o autor, a liberdade humana encontra fundamento não apenas na razão, mas numa específica razão de matriz divina¹⁴.

II - Em Locke, a origem da sociedade centra-se na família, na relação conjugal, e na sequente relação paternal-filial¹⁵.

Essa sociedade traduz uma sociedade natural, conformando, ainda, um estado de natureza¹⁶, rigorosamente igualitário, sem poder político e sem subordinação individual¹⁷.

¹² “Embora, enquanto Deus, Cristo fosse senhor e juiz de tudo, tendo a omnímota plenitude de poder, contudo, enquanto homem passível e mortal, não teve uma plenitude nas coisas temporais a ponto de tudo poder [...] se, pois, Cristo quis abdicar da plenitude de poder durante o tempo que veio servir e não ser servido, segue-se que não concedeu a plenitude de poder a seu vigário, o Papa”; d’Ockham, cit. in Boehner, op. cit., p. 59.

¹³ Em sentido diverso, Villey, op. cit., p. 287: “os direitos subjetivos dos indivíduos preencheram o vazio resultante da perda do Direito Natural. A ordem social aparece agora constituída, não por uma rede de proporções entre os objetos partilhados entre as pessoas, mas por um sistema, por um lado, de poderes subordinados uns aos outros e, por outro, de leis provenientes dos poderes”.

¹⁴ Locke, op. cit., p. 80: “a lei que governou Adão foi a mesma que governou toda a posteridade, a lei da razão”.

¹⁵ Idem, p. 99: “a primeira sociedade foi aquela que se estabeleceu entre marido e mulher, a qual, por sua vez, deu origem à de pais e filhos”.

¹⁶ Idem, p. 35 e 51: “temos de considerar aquela condição em que todos os homens naturalmente se encontram. E que é um estado de liberdade perfeita de ordenarem as suas ações e disporem como entenderem, seja das suas propriedades, seja das suas pessoas, sem necessitarem da permissão ou dependerem da vontade de qualquer outro homem, dentro dos limites da lei da natureza”; “a liberdade natural de um homem consiste em não estar submetido, na terra, à vontade ou à autoridade legislativa de outros homens, não seguindo outra regra para além daquela que lhe prescreve a lei da natureza”.

¹⁷ Idem, p. 35: “um estado de igualdade. Nele, todo o poder e toda a jurisdição são recíprocos,

A superação do estado espontâneo, bem como a emersão de um subsequente estado contratualizado, decorrem das exigências de segurança¹⁸, quer do próprio indivíduo, quer da sua família¹⁹.

A essa segurança corresponde, por seu turno, a renúncia do indivíduo a parte da liberdade.

Renúncia, que, entretanto, deve ser sempre consentida²⁰, deve apresentar-se sempre tão circunscrita quanto o necessário e, no quadro da qual, o Estado deve recortar-se sempre tão minimalista quanto possível²¹.

Mais: admite-se mesmo a denúncia dessa contratualidade, por via do direito de resistência, embora apenas em circunstancialismos excepcionais²².

Quando o poder político incumpra os seus compromissos de Direito Natural, quando incumpra o contrato original de cidadania²³.

III - O liberalismo, e, por maioria de razão, o liberalismo em Locke, postula, acima de tudo, a liberdade individual.

Não obstante, semelhante liberdade individual é indissociável da

e nenhum homem os possui mais do que os outros. Pelo facto de todas as criaturas de uma mesma espécie e estatuto gozarem instintivamente das mesmas vantagens da natureza e das mesmas faculdades, todas são iguais, umas entre as demais, e nenhuma delas se encontra numa posição de subordinação ou de sujeição em relação a quem quer que seja”.

¹⁸ No mesmo sentido, Andrade, op. cit., p. 53: a segurança “constitui o pressuposto da liberdade (...). A segurança pública constitui uma (e a principal, embora não a única) prestação que se exige do Estado”.

¹⁹ Locke, op. cit., p. 143: “se no estado de natureza o homem é tão livre como se afirmou (...) então por que razão renunciará à sua liberdade? Por que razão cederá o seu império e se submeterá ao domínio e ao controlo de outro poder qualquer? A resposta a estas questões é óbvia. No estado de natureza o homem possui, de facto, um tal direito, contudo o seu exercício é extremamente incerto, uma vez que está constantemente exposto à invasão dos outros. Todos são reis, tanto quanto ele, e cada homem é o seu igual. Ora, a verdade é que, na sua maioria, os homens não são exatamente cumpridores escrupulosos da equidade e da justiça”.

²⁰ Idem, p. 51: “a liberdade de um homem em sociedade decorre, em primeiro lugar, da condição de não se encontrar sujeito a qualquer outro poder legislativo, para além daquele que tenha sido estabelecido na comunidade com o seu consentimento e, em segundo lugar, da condição de não se encontrar sob o domínio de qualquer outra vontade ou lei, a não ser daquelas que vierem a ser adotadas pelo poder legislativo por ele estabelecido e de acordo com a confiança que lhe foi atribuída”.

²¹ No mesmo sentido, Velarde, op. cit., p. 36: “a liberdade como bem básico a proteger. Só pode ser limitada em razão da organização necessária na ordem social, que há-se ser (...) a mínima indispensável”; “a autoridade deve justificar cada uma das suas ações quando limitam a liberdade individual”.

²² Locke, op. cit. p. 321: “o refúgio comum que Deus concedeu a todos os homens contra a força e a violência”.

²³ No mesmo sentido, Haarscher, op. cit., p. 24 e 25: “não é necessário perguntar se os indivíduos têm o direito de se revoltarem contra uma autoridade tirânica, pois foi esta última a primeira a revoltar-se contra a ordem instituída pelo contrato”; e Peces-Barba, op. cit., p. 92: “pode gerar um direito dos membros da sociedade derivado do pacto de revogar esse poder, com o que configura então um direito de resistência frente à opressão”.

propriedade individual²⁴.

Uma sociedade de homens livres é, necessariamente, uma sociedade de proprietários²⁵.

E, indeclinavelmente, uma sociedade de direitos, uma sociedade de Direitos Fundamentais.

2. Positivção Constitucional.

2.1. Magna Charta Libertatum.

I - Entretanto, no domínio constitucional, é assinada a *Magna Charta Libertatum* (1215).

Que se afirma, em múltiplas dimensões, como um texto constitucional quase-moderno e antecipa, dessarte, as - igualmente precoces - Revoluções Inglesas do século XVII, bem como as - muito mais tardias - Revoluções Americana e Francesa do século XVIII²⁶.

A *Magna Charta* ergue-se como o primeiro e, durante quatro centúrias, singular, texto de Direitos Fundamentais.

Nela é reconhecido, expressamente, um conjunto de posições jurídicas ativas individuais frente ao poder político régio, operando-se, assim, uma limitação²⁷ desse poder, até ao momento, absoluto²⁸.

E, se não é possível, com inteiro rigor, utilizar-se a locução Estado, existe já, certamente, Coroa²⁹, do mesmo modo que, e, em sentido a partir de agora mais próximo do hodierno, Povo.

²⁴ No mesmo sentido, Andrade, op. cit., p. 52: “mais do que o conteúdo de um direito fundamental, uma condição objetiva e uma garantia da liberdade”.

²⁵ No mesmo sentido, Barreto, op. cit., p. 6: “para Locke (...) o cerne dos direitos civis e políticos encontrava-se no direito de propriedade, que iria sedimentar, proteger e assegurar o produto do exercício da autonomia, da liberdade e do trabalho humano”; e Canotilho, Direito Constitucional..., p. 384: “esta conceção do individualismo possessivo influenciará (...) a teoria liberal dos Direitos Fundamentais, que os considerará sempre como direitos de defesa do cidadão perante o Estado, devendo este abster-se da invasão da autonomia privada”.

²⁶ Em sentido próximo, Luño, op. cit., p. 34: “decisivo papel no desenvolvimento das liberdades inglesas, e valor de um símbolo no processo de positivização dos Direitos Fundamentais”.

²⁷ Em sentido próximo, Silva, Susana Tavares da, op. cit., p. 18: “o contributo inovador dos documentos pactícios do constitucionalismo medieval britânico para a emergência dos Direitos Fundamentais radica sobretudo na manifestação primitiva de uma “limitação do poder” revelado no “reconhecimento convencional de direitos a determinadas classes sociais”.

²⁸ Em sentido próximo, Alexandrino, Direitos Fundamentais..., p. 15: “nas vestes de garantias jurídicas concretas de limitação do poder, os precedentes mais claros dos direitos individuais de liberdade dirigidos contra o Estado”.

²⁹ Em sentido oposto, Alexandrino, Direitos Fundamentais..., p. 14: “no plano jurídico, não se pode falar em Direitos Fundamentais antes dos séculos XVI-XVII (...) porque, sem a prévia personalização do Estado não poderia ser concebida uma figura (...) que pressupunha precisamente um relacionamento entre duas entidades jurídicas: uma pessoa individual e o Estado”.

II - Em primeiro lugar, a *Magna Charta* assume um âmbito nacional, não obstante o quadro tipicamente pluralista medieval em que se inscreve, diferentemente do que ocorre com os forais e outros instrumentos similares³⁰.

Prescrevendo, com efeito, que “a cidade de Londres gozará de todas as suas antigas liberdades e usos próprios, tanto por terra como por mar. Da mesma forma, desejamos e concedemos que as restantes cidades, burgos, povoações e portos, gozem de todas as suas liberdades e usos próprios” (art. 13º).

III - Em segundo lugar, não se apresenta, tão-somente, como uma limitação do poder régio, mas como uma reestruturação, mais compreensiva e profunda, da então existente organização do Reino de Inglaterra.

Como decorre, imediatamente, do respetivo Preâmbulo: “sabei todos que, perante Deus, para bem da nossa alma e das almas dos nossos antepassados e herdeiros, em louvor a Deus e para maior glória da Santa Igreja, e para melhor ordenação do nosso Reino” (Parágrafo 2º).

IV - Em terceiro lugar, a *Magna Charta* afirma uma dimensão institucional e não pessoal.

Desenha-se, certamente, como um instrumento de origem pactícia, como um acordo entre, de um lado, o Monarca, o Rei João Sem Terra, e, de outro lado, membros de certos grupos sociais, concretamente, do alto clero e da alta nobreza.

Porém, não vincula, apenas, esse específico Rei, nem, apenas, aqueles que, com tal Rei, assinam o documento examinando.

Pelo contrário, beneficia de uma confirmação, expressa, por parte de todos os Monarcas subsequentes, até se operar a sua conversão em verdadeiro Direito consuetudinário de natureza geral³¹.

Em linha, aliás, com o tradicional procedimento de criação normativa do sistema jurídico inglês, que, com frequência, patenteia uma natureza originariamente concreta, só supervenientemente ocorrendo a abstração.

Mais: esse pactismo desenha-se, inclusive, como um antecedente efetivo - senão mesmo, como o principal inspirador - de toda uma posterior construção contratualista liberal.

Sendo, ainda, que, um número não despreciando de Constituições ora vigentes e, por consequência, de sistemas de Direitos Fundamentais inclusos, ostenta essa mesma natureza genética pactuada.

V - Em quarto lugar, reveste, em parte significativa do seu texto, carácter geral e abstrato.

³⁰ Em sentido oposto, Luño, op. cit., p. 33: “não faltam documentos nos quais o Monarca, cujo poder é teoricamente ilimitado, reconhece alguns limites ao seu exercício a favor da Igreja, dos senhores feudais, ou das comunidades locais”.

³¹ No mesmo sentido, Andrade, op. cit., p. 20: “foi confirmada pelo Rei Eduardo I (*Confirmatio Cartarum*, de 1297) e por outros reis, sucessivamente, transformando-se em uma “Lei Fundamental” inglesa”.

Na verdade, apesar da forma de acordo, não se esgota, de nenhum modo, em meras prestações e contraprestações das partes, assumindo um verdadeiro sentido normativo³².

Assim: “não lançaremos taxas militares ou tributos do nosso Reino sem o consentimento geral” (art. 12º).

E: “para obter o consentimento geral para o estabelecimento de um tributo (...), convocaremos individualmente e por carta os arcebispos, bispos, abades, duques e barões principais” (art. 14º).

Mais: “todos os direitos e liberdades que concedemos serão respeitados no nosso Reino nas nossas relações com os nossos súbditos. Que todos os homens do nosso Reino, sejam clérigos ou leigos, as respeitem de igual modo nas suas relações com os seus próprios vassallos” (art. 61º).

Por fim: “é nosso real desejo e nossa real ordem que (...) que todos os homens do nosso Reino tenham e respeitem todas essas liberdades, direitos e concessões legítima e pacificamente, na sua totalidade, para si mesmos e para os seus herdeiros, em quaisquer assuntos e locais, e para sempre” (art. 63º).

VI - Em quinto lugar, a *Magna Charta* atribuí direitos a indivíduos e não aos grupos sociais - clero e nobreza - nos quais aqueles se inscrevem³³.

“A todos os homens livres do nosso Reino concedemos da mesma forma, por Nós e pelos nossos herdeiros para todo o sempre, todas as liberdades que a seguir se enunciam, para que as tenham e possuam de Nós e de nossos herdeiros para eles e para os seus” (art. 1º).

VII - Em sexto lugar, estende a universalidade de uma forma, até ao momento, desconhecida³⁴.

De facto, os direitos previstos não são atribuídos, exclusivamente, aos membros da nobreza e do clero, mas a todos os homens livres.

“A todos os homens livres do nosso Reino concedemos da mesma forma (...) todas as liberdades que a seguir se enunciam, para que as tenham e possuam de Nós e de nossos herdeiros para eles e para os seus” (art. 1º).

³² Em sentido próximo, Andrade, op. cit., p. 20: “o Rei, a par de compromissos concretos, obrigava-se a respeitar para sempre um conjunto vasto de “direitos” e “liberdades”, como os direitos à vida, à herança, à administração da justiça, garantias de processo criminal, liberdade de circulação e de comércio, etc.”

³³ Em sentido oposto, Canotilho, Direito Constitucional..., p. 382: “a finalidade da Magna Carta era (...) o estabelecimento de um *modus vivendi* entre o Rei e os barões, que consistia fundamentalmente no reconhecimento de certos direitos de supremacia ao Rei em troca de certos direitos de liberdade estamentais consagrados nas cartas de franquia”.

³⁴ Em sentido diverso, Andrade, op. cit., p. 20: “o seu carácter era determinado pela concessão ou reconhecimento de liberdades-privilégios aos estamentos sociais (direitos e regalias da nobreza, liberdades e prerrogativas da Igreja, liberdades e costumes municipais, direitos corporativos”; e Cabrita, op. cit., p. 85: “os direitos e liberdades individuais reconhecidos pelo direito britânico desde o início do século XIII também não eram universais, mas exclusivos de certos grupos sociais”.

Sendo certo que a própria noção de homem livre conhece, supervenientemente, gradativa evolução e conseqüente alargamento³⁵.

Aliás, uma mesma restrição da universalidade se observa, vários séculos mais tarde, nas Revoluções Inglesas, e, necessariamente, nas Revoluções Americana e Francesa.

Considerando que, quer os liberais ingleses, quer os liberais americanos, quer os liberais franceses, pertencem a uma única classe social, a burguesia, com a conseqüente exclusão de todas as remanescentes- nomeadamente, no que tange ao gozo dos direitos políticos.

VIII - Em sétimo lugar, a *Magna Charta* procede à positivação destes direitos, superando o anterior paradigma dos Direitos do Homem.

O que significa que as realidades em exame abandonam, definitivamente, o quadro estrito das ideias políticas, ou da filosofia política, para se converterem em direitos subjetivos e em direitos constitucionais³⁶.

IX - Em oitavo lugar, opera uma tipificação desses direitos, não se limitando a uma referência, ou a uma alusão, indeterminadas e inespecíficas.

Na verdade, se bem que o catálogo se apresente, ainda, embrionário, lacunoso, circunscrito, e tecnicamente imperfeito, nem por isso deixa de configurar, já, um verdadeiro catálogo de Direitos Fundamentais.

X - Em nono lugar, desenha-se como um texto vinculativo, não como uma mera proclamação de direitos, nem, sequer, como uma simples declaração de direitos.

Adstringindo o Monarca, face aos signatários e a todos os remanescentes destinatários do texto, mas, obrigando, outrossim, esses signatários relativamente a terceiros não signatários.

É *hard law*, não *soft law*.

Assim: “todos os direitos e liberdades que concedemos serão respeitados no nosso Reino nas nossas relações com os nossos súbditos. Que todos os homens do nosso Reino, sejam clérigos ou leigos, as respeitem de igual modo nas suas relações com os seus próprios vassalos” (art. 61^o).

XI - E, em décimo lugar, a *Magna Charta* consagra, explicitamente, um

³⁵ No mesmo sentido, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 383: “embora este preceito (art. 39^o) começasse por aproveitar apenas a certos estratos sociais – os cidadãos *optimo jure* – acabou por ter uma dimensão mais geral quando o conceito de homem livre se tornou extensivo a todos os ingleses”.

³⁶ Em sentido oposto, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 73: “não se pode falar propriamente de Direitos Fundamentais até á Modernidade (...). Antes existia a ideia de dignidade, de liberdade ou de igualdade, que encontramos dispersas em autores clássicos como Platão, Aristóteles ou São Tomás, mas estas não se unificam nesse conceito”.

mecanismo de tutela jurídica e, inclusive, de auto-tutela, de tutela não-estadual.

“Damos e concedemos aos barões a seguinte garantia: os barões elegerão vinte e cinco entre eles, para que conservem e façam cumprir, com todo o poder que tenham, a paz e as liberdades concedidas e confirmadas para eles pela presente Carta” (art. 61º).

XII – Na especialidade, o objeto jusfundamental mais relevante da *Magna Charta* prende-se com as garantias pessoais e, sobretudo, com as garantias do foro criminal e processual criminal³⁷.

Assim: “nenhum homem livre poderá ser detido ou encarcerado, ou privado dos seus direitos ou dos seus bens, nem considerado fora da lei, nem desterrado ou privado da sua posição de qualquer outra forma, nem usaremos de força contra ele nem ordenaremos a outros que o faça, a não ser em virtude de sentença judicial dos seus pares e de acordo com a lei do Reino” (art. 39º).

E: “por falta simples, um homem livre será multado unicamente em proporção com a gravidade da infração e de modo proporcional por infrações mais graves, mas não de forma tão gravosa que o prive do seu meio de subsistência” (art. 20º)³⁸.

2.2. Revoluções Inglesas.

I – Com as Revoluções Inglesas do século XVII, que têm por principais marcos a Revolução Puritana (1640) e a Revolução Gloriosa (1688-1689), opera-se a definitiva positivação, tipificação e jurisdicionalização dos Direitos Fundamentais³⁹.

Sem embargo de uma inequívoca linha de continuidade com o procedimento inaugurado, séculos antes, com a *Magna Charta*⁴⁰.

Especificamente, através dos textos, de natureza constitucional, *Petition of*

³⁷ No mesmo sentido, Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 492: “as origens do *due process of law* costumam reconduzir-se aos esquemas garantísticos da Magna Carta, designadamente ao artigo 39º deste documento”.

³⁸ Em tempo histórico próximo, no reinado de D. Afonso II, nas Cortes de Coimbra (1211), surge o primeiro corpo legislativo português. Contudo, na generalidade dos casos, prevê apenas a existência de deveres, e não de direitos, face, ou, quiçá, contra, o poder. Assim, em sede do que se designaria por Direitos Fundamentais, os dois únicos atos relevantes serão a Lei da ira régia, estabelecendo que, em caso de sentença de morte, a execução desta não é imediata, mas diferida até vinte dias, e a Lei sobre a liberdade matrimonial, impedindo o Rei, ou os seus sucessores, de constranger alguém a contrair casamento contra a respetiva vontade; sobre ambas, Nogueira, *op. cit.*, p. 431 e 432).

³⁹ Em sentido oposto, Andrade, *op. cit.*, p. 51: “os Direitos Fundamentais triunfaram politicamente nos fins do século XVIII com as revoluções liberais”.

⁴⁰ No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 95 e 96: “o modelo inglês está vinculado à história e arranca de uma evolução do constitucionalismo medieval e do velho e bom direito dos ingleses (...); direitos dos ingleses, que arrancam dos velhos privilégios medievais, a partir da Magna Carta em diante, através de uma dupla ação parlamentar e judicial”.

Rights, de 1628, *Habeas Corpus Act*, de 1679, e, sobretudo, *Bill of Rights*, de 1689⁴¹, a que se agrega, mais tarde - e em plano algo distinto - o *Riot Act*, de 1714.

II – Os Direitos Fundamentais ingleses têm como destinatários, diretos e imediatos, os próprios ingleses.

Sendo, nesta sede, indispensável compreender - e aceitar - a profunda incompatibilidade entre o empirismo ou o pragmatismo ingleses e as generalizações ou as abstrações de matriz continental.

Este conjunto de textos normativos não assume, pois, nem pretende assumir, uma natureza universalista.

Mas mais: nem deveriam, nunca, assumi-la, porque a noção de Direitos Fundamentais corresponde ao Direito Interno, ao Direito Constitucional, e não ao Direito Internacional, não aos Direitos Humanos^{42 43}.

E porque, numa ótica jusfundamentalista adequada, exigível é a universalidade, não o universalismo.

Os supramencionados atos significam, cumulativamente, a positivação e a tipificação dos Direitos Fundamentais.

Mas, sobretudo, traduzem, uma efetiva justicialização desses Direitos Fundamentais, sem a qual semelhante positivação ou tipificação se revelam, de todo, estéreis.

III – Em sede de Direitos Fundamentais, o único entorse relevante é o constituído pela liberdade religiosa.

De um lado, porque o Chefe de Estado inglês é, também, o Chefe da Igreja de Inglaterra.

De outro, porque, se assiste, em território inglês, até a um momento muito tardio, à discriminação, e, inclusive, à perseguição violenta, dos indivíduos de fé católica⁴⁴.

IV – A *Petition of Rights* invoca, sobretudo, direitos existentes em anteriores textos legislativos, promulgados no decurso dos reinados de Eduardo I e de

⁴¹ No mesmo sentido, Luño, *op. cit.*, p. 34: “o artigo 39º da *Magna Carta* (...), seria, quatro séculos mais tarde, o ponto de partida da *Petition of Rights*, de 1628, e também do *Habeas Corpus Act* de 1679 (...). Dez anos depois o *Bill of Rights* (...) encerra este ciclo de documentos ingleses de positivação que arranca com a *Magna Carta*”.

⁴² No mesmo sentido, Correia, *op. cit.*, p. 67: “em Inglaterra (...) a doutrina dos direitos naturais inspirou a *Glorious Revolution* de 1688. Sob essa influência histórica, os direitos humanos (*rights*) têm uma raiz individual, subjetivam posições jurídicas”.

⁴³ Em sentido oposto, Cabrita, *op. cit.*, p. 120: “o *Bill of Rights*, apesar de proteger direitos subjetivos individuais contra o poder do Estado, não concebe esses direitos como direitos naturais dos indivíduos, mas como direitos dos ingleses”. Ou seja, o *Bill of Rights* pretendia apenas proteger os direitos e liberdades dos cidadãos ingleses numa certa época”.

⁴⁴ “No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, p. 96: “a liberdade religiosa não faz parte dos direitos dos ingleses, e inclusivamente os católicos, papistas, serão perseguidos”.

Eduardo II (Preâmbulo), reafirmando-os, nuns casos, e alargando-os, noutros.

Designadamente, no que tange, em sede de impostos, ao respetivo consentimento popular e parlamentar.

“Foi declarado e decretado por lei, promulgada no reinado de Eduardo I, e conhecida pelo nome de *lei tallagio non concedendo*, que o Rei ou os seus herdeiros não lançariam ou cobrariam qualquer imposto ou taxa neste reino sem o consentimento dos arcebispos, bispos, condes, barões, cavaleiros, burgueses e outro homens livres dos municípios deste Reino” (...). Que (...) os vossos súbditos herdaram essa liberdade de não poderem ser obrigados a contribuir para qualquer taxa, derrama, tributo ou qualquer outro imposto sem o consentimento geral da comunidade, através do Parlamento” (Preâmbulo).

E, outrossim, no que concerne às garantias processuais, essencialmente penais, mas não apenas penais.

“Também se declarou e estabeleceu, por autoridade do Parlamento, no vigésimo oitavo ano do reinado de Eduardo III, que nenhuma pessoa, fosse qual fosse a sua posição social ou condição, poderia ser expulsa das suas terras, nem detida, encarcerada, privada do direito de transmitir os seus bens por sucessão ou apresentada à justiça, sem lhe ter sido dada a possibilidade de se defender num processo regular” (Preâmbulo).

A *Petition of Rights*, traduz-se, dessa forma, numa solicitação – ou, quiçá, numa exigência – ao Monarca, da observância, ou do desenvolvimento, desses Direitos Fundamentais.

“Que ninguém seja obrigado, doravante, a fazer dádivas, emprestar dinheiro ou fazer uma contribuição voluntária, nem a pagar imposto ou taxa alguma, exceto com o consentimento de todos, concedido por Lei do Parlamento; que ninguém seja chamado para julgamento nem obrigado a prestar juramento, nem chamado para realizar serviços, nem detido, inquietado ou molestado por causa destes tributos ou da recusa de os pagar; que nenhum homem livre seja detido ou encarcerado da forma atrás indicada” (art. 10º).

V – O *Habeas Corpus Act*, apesar do seu circunscrito objeto, não se afirma menos relevante.

Atendendo a que consubstancia uma garantia das mais essenciais, de proteção de um dos mais elementares direitos pessoais, o próprio direito à liberdade física⁴⁵.

Assim: “quando alguém for portador de um *habeas corpus*, dirigido a um alguazil, carcereiro ou qualquer outro funcionário, em nome de um indivíduo colocado sob sua custódia, e o referido *habeas corpus* for apresentado a esses funcionários ou deixado para eles no cárcere, ficam estes obrigados a manifestar

⁴⁵ Em sentido próximo, Andrade, op. cit., p. 52: “o aspeto primeiro e mais relevante na história dos Direitos Fundamentais parece ter sido o da proteção contra a detenção e incriminação arbitrárias, muitas vezes determinadas por razões de ordem confessional: o *habeas corpus* é, neste sentido, uma espécie de direito fundamental originário”.

a causa da detenção no prazo de três dias a contar da apresentação” (art. I).

E mais: “nenhuma pessoa posta em liberdade em virtude de um *habeas corpus* pode ser detida outra vez pelo mesmo delito, a não ser por ordem e decisão do tribunal onde aquela ou aquelas forem obrigadas a comparecer, ou de qualquer outro que seja competente para a causa em questão” (art. V).

VI – O *Bill of Rights* emana, diretamente, da *Glorious Revolution* (1688-1689), pondo termo a um breve período histórico, com Jaime II, de regresso ao absolutismo⁴⁶, visando, uma vez mais, restabelecer os Direitos Fundamentais dos ingleses anteriormente existentes⁴⁷.

Logo, nos seus termos, “as eleições para os Deputados do Parlamento devem ser livres” (art. VIII), “é ilegal o pretendido poder de suspender as leis e a aplicação das mesmas, em virtude da autoridade real e sem o consentimento do Parlamento” (art. I), e “as liberdades de expressão, discussão e atuação no Parlamento não podem ser julgadas nem investigadas por outro Tribunal senão o Parlamento” (art. IX).

Igualmente, “é ilegal a cobrança de impostos em benefício da Coroa ou para seu uso, sob o pretexto de prerrogativa real, sem o consentimento do Parlamento, por um período maior ou de forma diferente da que foi autorizada” (art. IV).

E, finalmente, “é direito dos súbditos apresentar petições ao Rei, sendo ilegal qualquer prisão ou processamento dos peticionários” (art. V), e “não se devem exigir fianças exageradas, impor multas excessivas, ou aplicar castigos cruéis ou desusados” (art. X).

VII – É em Inglaterra, ainda, que são juridicamente regulados, pela primeira vez, no *Riot Act*, o estado de exceção e a correspondente suspensão de Direitos Fundamentais.

O *Riot Act* estabelece, em relação a quaisquer grupos de mais de uma dezena de pessoas, que se encontrem ilicitamente, revoltosamente, e tumultuosamente reunidos, a prévia leitura, pelas autoridades, de uma proclamação (Preâmbulo).

Desta proclamação resulta um dever de dispersar, no período de uma hora, sob cominação de morte, extensiva a quem impeça a leitura da mesma, ou mesmo a quem danifique edifícios durante o motim.

Prevendo-se, cumulativamente, a inimizabilidade penal para os aplicadores deste ato que violem, quer o direito à vida, quer o direito à integridade pessoal, desses manifestantes.

⁴⁶ No mesmo sentido, Cabrita, op. cit., p. 120: “restaurar o anterior sistema de monarquia limitada, tendo vindo o *Bill of Rights* (1869) condenar as ações do Rei católico Jaime II e afirmar o que descreve como certos antigos direitos e liberdades”.

⁴⁷ Em sentido diverso, Andrade, op. cit., p. 21: “a diferença entre a *Magna Carta* e o *Bill of Rights* resulta da destruição do sistema medieval pelo absolutismo moderno, que afastou o Rei do Povo e provocou a desnecessidade de proteção das liberdades individuais”.

Epílogo.

A história dos Direitos Fundamentais é a história dos Direitos Fundamentais dos ingleses.

É a história do nominalismo de William d'Ockham e a história do liberalismo de John Locke.

É a história da *Magna Charta Libertatum* inglesa e a história das Revoluções liberais inglesas.

As supostas grandes Revoluções do século XVIII, a Revolução Americana (1776) e, sobretudo, a Revolução Francesa (1789), limitam-se, pois, neste domínio, como em múltiplos outros do Direito Constitucional – senão mesmo em quase todos – à invenção do inventado.

Referências.

ALBUQUERQUE, RUY DE; ALBUQUERQUE, MARTIM DE - *História do Direito português*, Pedro Ferreira Editor, 10ª edição, Lisboa, 1989.

ALEXANDRINO, JOSÉ DE MELO - *Direitos Fundamentais. Introdução Geral*, 2ª edição, Lisboa, Principia, 2015; e *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, Vol. I e II, Coimbra, Almedina, 2006.

ALEXY, ROBERT - *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2001.

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE - *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, 5ª edição, Coimbra, Almedina, 2012.

ASCENÇÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA - *O “Fundamento do Direito”: entre o Direito Natural e a dignidade da pessoa*. In: *Do Direito Natural aos Direitos Humanos* (org. António Pedro Barbas Homem / Cláudio Brandão), Coimbra, Almedina, 2015.

BARRETO, VICENTE DE PAULO - *Reflexões sobre os direitos sociais*. Separata do Boletim de Ciências Económicas, Coimbra, V. 46, 2003.

BOEHNER, PHILOTHEUS - *William de Ockham*, - In: *Os Pensadores*, Vol. VIII, Abril, São Paulo, 1973.

CABRITA, ISABEL - *Direitos Humanos. Um conceito em movimento*, Coimbra, Almedina, 2010.

CANOTILHO, J.J. GOMES - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Coimbra, Almedina, 2012.

CORREIA, JOSÉ MANUEL SÉRVULO - *Direitos Fundamentais. Sumários*, AAFDL, Lisboa, 2001-2002.

HAARSCHER, GUY - *A Filosofia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Edições Piaget, 1997

HOMEM, ANTÓNIO PEDRO BARBAS - *Do Direito Natural aos Direitos do Homem*. In: *Do Direito Natural aos Direitos Humanos* (org. António Pedro Barbas Homem / Cláudio Brandão), Coimbra, Almedina, 2015.

LOCKE, JOHN - *Segundo tratado do governo: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil*, Gulbenkian, Lisboa, 2007.

LUÑO, ANTONIO PEREZ - *Los Derechos Fundamentales*, 6ª edição, Madrid, Tecnos, 1995

MCGRADE, ARTHUR - *The political thought of William of Ockham: personal and institutional principles*, Cambridge, Cambridge University Press, 1974.

NOGUEIRA, JOSÉ ANES DUARTE - *Lei e Poder Régio, I – As Leis de Afonso II*, Lisboa, AAFDL, 2006.

PECES-BARBA, GREGORIO - *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004.

RAWLS, JOHN - *O liberalismo político*, Presença, Lisboa, 1996.

SILVA, SUSANA TAVARES DA - *Direitos Fundamentais na arena global*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 2011.

VELARDE, CARIDAD - *Universalismo de Derechos Humanos. Análisis a la luz del debate anglosajón*, Madrid, Civitas. 2003.

VILEY, MICHEL - *A formação do pensamento jurídico moderno*, São Paulo, Martins Fontes, 2005.