

FUNDAÇÃO DE ENSINO EURÍPIDES SOARES DA ROCHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA
MESTRADO EM DIREITO

NORTON MALDONADO DIAS

**DA CRISE DAS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM
FACE AOS SUJEITOS E AOS CONTEÚDOS JURIDICAMENTE
PROTEGIDOS**

MARÍLIA
2016

FUNDAÇÃO DE ENSINO EURÍPIDES SOARES DA ROCHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA
MESTRADO EM DIREITO

NORTON MALDONADO DIAS

**DA CRISE DAS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM
FACE AOS SUJEITOS E AOS CONTEÚDOS JURIDICAMENTE
PROTEGIDOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado da Fundação de Ensino “Eurípedes de Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípedes de Soares da Rocha, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Teoria do Direito e do Estado. Linha de Pesquisa: Crítica à Dogmática Jurídica.

Orientador

Prof. Dr. EDINILSON DONISETTE MACHADO

MARÍLIA
2016

DIAS, Norton Maldonado.

Da Crise das Dimensões de Direitos em face aos Sujeitos e ao Conteúdo Juridicamente Protegido/ Norton Maldonado Dias; orientador: Edinilson Donisete Machado. Marília, SP: [s.n.], 2015.
341.2.

Dissertação (Mestrado em Teoria do Direito e do Estado) – Mestrado em Teoria do Direito e do Estado do Centro Universitário “Eurípides Soares da Rocha” mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília. Marília, 2016

1. Gerações e Dimensões de Direitos.
2. Direitos Fundamentais.
3. Efetividade.CDD 341.2



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

Aprovado e recomendado pela CAPES em 29 de junho de 2000
Avaliação trienal - Reconhecido pela Portaria MEC nº 1.077, de 13 de setembro de 2012

ATA DA DEFESA PÚBLICA DE DISSERTAÇÃO

Mestrando: Norton Maldonado Dias

Título: "DA CRISE DAS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM FACE AOS SUJEITOS E AOS CONTEÚDOS JURIDICAMENTE PROTEGIDOS".

Linha de Pesquisa: Crítica aos fundamentos da dogmática jurídica.

Aos treze dias do mês de maio de dois mil e dezesseis, com início às 10h00, realizou-se, nas dependências do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, a Defesa Pública da Dissertação de Mestrado. A Banca Examinadora, constituída pelos Professores Dr. Edinilson Donisete Machado - orientador (docente do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM), Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior (docente do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM) e Dr. Fernando de Brito Alves (Universidade Estadual do Norte do Paraná - Jacarezinho/PR - UENP), arguiu o candidato, tendo o examinado sido Aprovado, com nota 10,0 (10). Encerradas as atividades, foi lavrada a presente ata que, posteriormente, segue assinada pelos membros da Banca Examinadora.

Observações:

BANCA EXAMINADORA:

PROF. DR. EDINILSON DONISETE MACHADO (Orientador) _____
(Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM)

PROF. DR. TEÓFILO MARCELO DE ARÊA LEÃO JÚNIOR _____
(Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM)

PROF. DR. FERNANDO DE BRITO ALVES _____
(Universidade Estadual do Norte do Paraná - Jacarezinho/PR - UENP)

MESTRANDO: NORTON MALDONADO DIAS _____

Marília, 13 de maio de 2016.

Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior
Vice-Coordenador do Programa de Mestrado
UNIVEM

DIAS, Norton Maldonado. **Da Crise das Dimensões de Direitos Fundamentais em face aos Sujeitos e aos Conteúdos Juridicamente Protegidos**. 107 f Dissertação (Mestrado em Teoria do Direito e do Estado) – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino Eurípedes de Soares da Rocha, Marília, 2015.

RESUMO

O objeto de revisão desta pesquisa são as fases de proteção e positivação jurídica como forma determinante no processo de surgimento e conformação de direitos compreendidos como fundamentais, revendo o pensamento das dimensões de direitos como principal proposta. Desenvolve o histórico de proteções proposta pelo 9ideário das dimensões de direitos, elaborada por Karel Vasak até as versões mais atuais, dentre as quais, na correção terminológica da nomenclatura intitadora das fases de proteção de direitos que, deixando de ser “geração”, passou a ser intitulada como “dimensões” de direitos. Bem como os acréscimos de novas dimensões de direitos não verificáveis na versão original que, foi inaugurada com apenas três fases de proteção, aludindo às três expressões Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Opondo-se, assim, ao critério da proteção e formalização jurídica como fator determinante no processo de determinação e surgimento dos direitos, responsável pelos problemas e desvios da proposta cronológica de Karel Vasak que, acaba adentrando em crise quando se verifica o aspecto cronológico das proteções em Tratados e Convenções Internacionais que inauguraram o âmbito de suas respectivas positivações, não com os direitos civis e políticos como pretendeu a proposta de Vasak, mas sim com os direitos atinentes ao trabalho, uma vez advinda a Convenção da OIT – Organização Internacional do Trabalho em 1919. O trabalho se utiliza da metodologia dedutiva e bibliográfica. Ao final da investigação foi possível a confirmação de que a proteção jurídica não é um fator absoluto na definição do surgimento e conformação dos direitos fundamentais, pois o surgimento e determinação desses direitos decorrem de vários fatores, reduzindo a proteção e positivação jurídica a uma dentre as várias influências no processo de seu surgimento. Em conclusão, propõe-se a crise das gerações de direitos sob duas diferentes perspectivas: uma primeira na perspectiva dos conteúdos, afirmando que a classificação de direitos fundamentais em diferentes dimensões estanques e autônomas confronta diretamente características básicas reconhecidas para essas prerrogativas. E, por fim, uma segunda perspectiva quanto ao critério dos sujeitos que analisou, redefinindo o significado de proteção e positivação de direitos.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Gerações e Dimensões de Direitos. Karel Vasak. Norberto Bobbio. Direitos do Homem. Direitos Humanos. Convenção da Organização Internacional do Trabalho de 1919.

DIAS, Norton Maldonado. **The Crisis of Dimensions of Fundamental Rights before Subjects and Legally Protected Contents**. 107 Dissertation (Master Degree in Theory of Law and State) – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino Eurípedes de Soares da Rocha - UNIVEM, Marília, 2015.

ABSTRACT

The object of review in this research is the phases of protection and legal positivation as a determining form in the process of emergence and conformation of rights seen as fundamental, reviewing the thought of dimensions of rights as the main proposal. It develops the history of protections proposed by the ideology of dimensions of rights, elaborated by Karel Vasak until the latest versions, when the terminological correction of the title addressing the phases of protection of rights happens. It stops being titled as “generation” and starts being addressed as “dimensions” of rights. Furthermore, there is an increase of new dimensions of rights which were not verifiable in the original version, starting with only three phases of protection, alluding to the three expressions: Liberty, Equality and Fraternity. Thus, opposing the criterion of protection and legal formalization as a determining factor in the process of determination and emergence of rights, responsible for the problems and diversions of the chronological proposal of Karel Vasak, which ends up in a crisis after verifying the chronological aspect of protections in Treaties and International Conventions which inaugurated the scope of the respective positivations, not with the civil and political rights as intended in the proposal of Vasak, but with the rights concerning the labor, as occurred in the Convention of IOW – International Organization of Work in 1919. The labor makes use of deductive, bibliographical and historical methodology. In the end of the investigation, it was possible to confirm that the legal protection is not an absolute factor in the definition of appearance and conformation of fundamental rights, once the appearance and determination of these rights derive from several factors, reducing the protection and legal positivation to one among several influences in the emerging process. In conclusion, the crisis of generations of rights is proposed under two different perspectives: the first one in the perspective of contents, affirming that the classification of fundamental rights in different stagnant and autonomous dimensions directly faces the basic traits acknowledged in these prerogatives. Finally, a second perspective concerning the criterion of subjects analyzed, redefining the meaning of protection and positivation of rights.

Key Words: Fundamental Rights. Generations and Dimensions of Rights. Karel Vasak. Norberto Bobbio. Human Rights. International Organization of Work of 1919.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DA EVOLUÇÃO TEÓRICA CLÁSSICA DAS FASES DE PROTEÇÃO	11
1.1 Da primeira geração de direitos fundamentais e a origem histórica da proposta de fases de proteção dos direitos	14
1.2 Da segunda geração dos direitos fundamentais	24
1.3 Da terceira geração dos direitos fundamentais	27
1.4 Da produção de novas gerações de direitos fundamentais	31
2. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DOS PONTOS TEÓRICOS DESFAVORÁVEIS ÀS DIMENSÕES DE DIREITOS	36
2.1 Da falha terminológica na nomenclatura intitadora das fases de proteção	36
2.2 Do desvio cronológico e sequencial na ordem de proteção em face aos tratados e convenções internacionais	38
2.3 Da ruptura da proposta das fases de proteção de direitos no histórico de proteção no constitucionalismo brasileiro.....	41
2.4. Das dimensões de direitos no discurso da cidadania em Marshall	46
3. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DA CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A PERSPECTIVA DA SUBJETIVIDADE E DOS CONTEÚDOS JURIDICAMENTE PROTEGIDOS	52
3.1. Da perspectiva subjetiva para a primeira dimensão	54
3.2. Da perspectiva subjetiva para a segunda dimensão.....	59
3.3. Da perspectiva subjetiva para a terceira dimensão.....	63
3.4. Dos excluídos da efetividade na perspectiva dos sujeitos	71
3.5. Direitos fundamentais: perspectiva dos conteúdos protegidos.....	75
3.6. Da proposta de solução na proteção dos direitos fundamentais	83
CONSIDERAÇÕES FINAIS	93
REFERÊNCIAS	98

INTRODUÇÃO

No estudo dos direitos fundamentais, dentre as várias vertentes que buscam explicar o histórico de seu surgimento e proteção, há uma relevante e repercutida classificação que sistematiza o histórico de proteção dos direitos compreendidos como fundamentais em diferentes momentos de proteção que foram intitulados originalmente por Karel Vasak como a “gerações de direitos”.

A proposta teórica original de Karel Vasak restringe-se a três fases de proteção no processo de determinação dos direitos compreendidos como fundamentais: um primeiro momento voltado para os direitos civis e políticos; posteriormente a previsão de uma segunda fase de proteção, destinada a prever os direitos sociais e econômicos; e, por fim, o terceiro momento de proteção de direitos voltado às prerrogativas ligadas à fraternidade, abrangendo os bens coletivos, desde recursos hídricos, o meio ambiente de um modo geral, ou ainda, patrimônio histórico ou os bens da humanidade e tantos outros atrelados ao valor fraternidade (encerrando o lema francês da Revolução de 1789: Liberdade, Igualdade e Fraternidade).

O problema que o trabalho propõe enfrentar está atrelado ao reconhecimento de desvios na proposta de Karel Vasak, uma vez que se verifica que a proposta cronológica de proteção de direitos verificável no constitucionalismo não acompanhou a ordem sequencial de proteção no âmbito dos Tratados e Convenções Internacionais que iniciaram seu processo de proteção de direitos pelas prerrogativas atinentes ao trabalho (Convenções da OIT – Organização Internacional do Trabalho de 1919) e não com os direitos civis e políticos como é apresentada pela classificação teórica das dimensões de direitos.

O próprio histórico das Constituições brasileiras com advento da Constituição de 1937 (Polaca), instituindo do Estado Novo, significando a ruptura da proposta sequencial de Vasak, que deveria seguir a Constituição Brasileira de 1934, compreendida como o documento de proteção dos direitos sociais.

Ocorre que o pensamento das dimensões de direitos tem como base em sua construção apontar o surgimento de direitos fundamentais a partir do momento da respectiva proteção, por razões de certa tradição positivista, por isso o trabalho parte da hipótese de que os problemas e desvios apontados na proposta teórica de Karel Vasak estão atrelados ao real significado dos momentos de proteção jurídica dentro processo de determinação de direitos fundamentais, objetivando buscar qual o real significado deste momento de proteção e posituação de direitos no seu respectivo processo de surgimento e conformação.

Ainda, o trabalho buscará transcrever, de forma mais integral possível, o pensamento das dimensões de direitos desde a formulação genuína de Karel Vasak, até as novas configurações que têm acrescidas e projetadas cada vez mais fases de proteção de direitos fundamentais e a retratação da vertente crítica ao pensamento de Karel Vasak, começando pela correção terminológica que evoluiu e desenvolveu as intitulações de “gerações” para “dimensões” de direitos.

O trabalho irá desenvolver e relatar a vertente crítica ao pensamento das dimensões de direitos a partir das razões internacionalistas que demonstram um descompasso na cronologia de proteção quando vislumbrados do ponto de vista dos Tratados e Convenções Internacionais; bem como a ruptura desta mesma cronologia de proteção quando comparada com o histórico do constitucionalismo brasileiro e a respectiva ruptura com o advento da Constituição de 1937.

Buscará, no desenvolvimento dos pontos críticos, a confirmação ou não da hipótese de que os desvios e problemas que levaram a incompatibilidade da proposta de Karel Vasak, não corresponderem com a ordem verificável na sequência de previsão jurídica ocorrida nos Tratados e Convenções Internacionais e na ruptura verificada no constitucionalismo brasileiro com a Constituição de 1937.

Também será desenvolvida a postura assumida por Bobbio no seu trabalho intitulado “A Era dos Direitos”, onde assume uma pontual divergência em face à obra “Sobre a Questão Judaica” de Karl Marx, onde afirmará que a declaração não referenciou o homem universal, mas sim o homem burguês, gerando uma análise subjetiva que, uma vez feita por Marx em um dos mais relevantes documentos inseridos na primeira fase de proteção, buscará estendê-la para as outras fases de proteção de direitos (segunda e terceira dimensão dentro da proposta genuína de Karel Vasak que se manteve adstrita ao lema da Revolução de 1789: Liberdade, Igualdade e Fraternidade).

Para tais objetivos, o trabalho será desenvolvido predominantemente através da metodologia dedutiva e bibliográfica, enfatizando a verificação e análise de documentos como a Constituições Brasileira de 1937, também a Constituição de 1934, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América de 1776, Convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) de 1919 (primeira dentre as seis Convenções, datada de 1919), incluindo análise de vídeos como o filme: DAENS – Um Grito de Justiça de direção de Stijn Coninx (Bélgica-França-Holanda, 1992) e a palestra de Paulo Bonavides na abertura do X Seminário Militar realizado pelo Superior Tribunal Militar e proferida no dia 28 nov. 2011.

O trabalho foi desenvolvido em três capítulos: um primeiro buscando transcrever o pensamento das dimensões de direitos desde a proposta inaugural de Karel Vasak até a aceção atual acerca dos consequentes acréscimos e mudanças na versão original; uma segunda parte onde serão desenvolvidas vertentes críticas ao pensamento das dimensões de direitos, dentre as quais, as razões que levaram à correção terminológica das “gerações” para as “dimensões” de direitos, a crítica internacionalista e no histórico do constitucionalismo brasileiro com advento da Constituição de 1937.

Aproveitando a parte que enfatiza o aspecto contrário e crítico ao pensamento das dimensões de direitos, foi desenvolvido outro pensamento, bem reconhecido e aceito, paralelamente à proposta de Vasak, tratando-se da vertente de Thomas Humphrey Marshall no trabalho intitulado “Cidadania, Classe Social e Status” que também vislumbrou a ideia de determinação de direitos, porém de maneira diversa, ou seja, à luz da aceção de cidadania, valendo o respectivo aprofundamento como um ideário também reconhecido e bastante repercutido cientificamente, principalmente, na esfera sociológica.

Assim, o terceiro e último capítulo pode ser vislumbrado em duas perspectivas: a perspectiva subjetiva ou dos sujeitos que buscaram um novo significado e a redefinição do critério positivista da proteção jurídica que, diante da crise no pensamento de Karel Vasak, não foi suprimido, mas sim reapreciado como um dos fatores a serem considerados no processo de determinação dos direitos e não como um critério único e exclusivo neste processo e, por fim, a perspectiva dos conteúdos ou direitos juridicamente protegidos que buscou responder a solução da crise das dimensões de direitos através da abordagem principiológica dos direitos fundamentais que desconsideram as diferentes fases geracionais e autônomas das dimensões para uma aplicação imediata e uníssona pelo viés do postulado da ponderação de interesses usados nas aplicações de normas-princípio.

Dessa maneira, a crise das dimensões de direitos é abordada em duas subdivisões bastante trabalhadas, uma se tratando da crise na perspectiva dos sujeitos e outra diversa, retratando a crise na perspectiva dos conteúdos juridicamente protegidos.

O trabalho será confeccionado enveredando pelas searas não só do Direito Constitucional, mas também da Filosofia do direito, enfatizando uma significativa e pontual celeuma entre dois significativos trabalhos: “A Era dos Direitos” de Norberto Bobbio e “Sobre a Questão Judaica” de Karl Marx; também inserindo na parte crítica ao pensamento de Vasak a abordagem da proposta de Thomas Humphrey Marshall para a proposta de determinação de prerrogativas; e, não podendo esquecer que será retratada a História do Direito, com a relação entre a Constituição Brasileira de 1937 (Polaca) em detrimento à

Constituição precedente, de 1934, para fins de transcrever a ruptura na proposta cronológica de proteção de Vasak; ainda será aprofundada a vertente do Direito Internacional responsável pela crise das dimensões de direitos na perspectiva dos conteúdos.

Ao final, pretende-se demonstrar os equívocos de um ideário insuficiente na proposta de definir a fonte de determinação e de surgimento dos direitos fundamentais, de modo a redefinir a compreensão protetiva dos direitos fundamentais, rediscutindo o real significado do momento de proteção ou positivação de prerrogativas no processo de determinação dos direitos compreendidos como fundamentais, completando da forma mais integral possível as perspectivas que ressaltam a crise das dimensões dos direitos.

1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DA EVOLUÇÃO TEÓRICA CLÁSSICA DAS FASES DE PROTEÇÃO

No estudo dos direitos fundamentais, o pensamento que mais é reconhecido acerca das fases de surgimentos e determinação desses direitos, de modo a compreender o processo de proteção dessas prerrogativas, consiste nas aclamadas dimensões de direitos fundamentais.

A autoria do pensamento das dimensões de direitos, que originariamente foram denominadas de gerações, é atribuída ao jurista Karel Vasak que, apesar de nascido na Tchecoslováquia, recebeu as influências da França, berço da Revolução de 1789, onde desenvolveu seus estudos e chegou a se naturalizar, relevando as primeiras ideias que culminaram no atrelamento das fases de determinação dos direitos fundamentais ao lema revolucionário francês do século XVIII: Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

As significativas influências da França para desenvolvimento da origem desses pensamentos são imprescindíveis, pois se tratou do local onde o autor dos pensamentos que repercutiram na origem e na determinação dos direitos fundamentais fixou residência após 1968, ano da invasão soviética ao seu país, adquirindo a naturalidade francesa. Fez carreira em inúmeros e relevantes cargos, dentre eles, secretário-geral do Instituto Internacional de Direitos Humanos em Estrasburgo (1969-1980), outros vários cargos no Conselho da Europa, diretor da Divisão de Direitos Humanos e Paz da UNESCO e assessor jurídico do instituto e da Organização Mundial de Turismo.

Vale ressaltar que Roberto Gonzales Alvarez, professor da Faculdade de Direito na *Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco* no seu trabalho intitulado “*Aproximaciones a los Derechos Humanos de Cuarta Generación*”, reconheceu que já haviam ideias de relacionar as três expressões do lema revolucionário de 1789 (liberdade, igualdade e fraternidade) com o histórico constitucionalista de se prever estas prerrogativas, favorecendo assim o surgimento de tais pensamentos por volta de 1979.

Porém, o significativo registro de uma teoria que atrelou as fases de surgimento dos direitos fundamentais às três expressões do lema revolucionário francês de 1789 aponta a aula inaugural dos cursos promovidos pelo Instituto dos Direitos Humanos de Estrasburgo, datado no ano de 1979, proferida pelo jurista Karel Vasak, que fala destes pensamentos utilizando a expressão “gerações” como forma de se referir às fases de determinação dos direitos fundamentais (BONAVIDES, 2006, p. 563):

[...] o jurista tcheco Karel Vasak formulou, em aula inaugural do Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, baseando-se na bandeira francesa que simboliza a liberdade, a igualdade e a fraternidade

teorizou sobre “as gerações – evolução – dos direitos fundamentais”, da seguinte forma: a) primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*), que tiveram origem com as revoluções burguesas; b) a segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados; c) por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. (MARMELSTEIN, 2008, p. 42).

Assim, a ideia que atualmente se atribui às dimensões de direitos fundamentais e que se desenvolve afirmando através de mais de cinco fases, ou momentos, em que os direitos fundamentais foram determinados e que outrora apareceram em uma aula inaugural de cursos promovidos pelo Instituto dos Direitos Humanos de Estrasburgo com a nomenclatura “gerações”, subdivididas em apenas três diferentes fases, justamente referenciando que as três expressões do lema revolucionário francês estão baseadas, em suma, em um primeiro momento de proteção de direitos voltado aos direitos civis e políticos; em um segundo momento de proteção de prerrogativas se referindo aos direitos sociais e econômicos e, por fim, a terceira e última fase na vertente original, referindo-se à determinação dos direitos e prerrogativas ligadas à fraternidade.

Nesse sentido é que as ideias de afirmação de direitos fundamentais, a partir de fases de sua proteção, surgem em uma já mencionada aula proferida por Karel Vasak e que valem o aprofundamento no intento de abordar o objeto da ministração ainda não discutida, mas com total relação na oficialização deste pensamento tão reiterado na busca pelo momento em que tais direitos foram determinados.

A determinação de direitos fundamentais, a partir da perspectiva de proteções, em fases diversas, alinha-se ao lema revolucionário francês de 1789, pois a investigação levanta o dado de que o objeto da aula foi justamente os direitos do homem da terceira geração e os direitos de solidariedade, bastando para esta conclusão verificar o próprio título da aula inaugural: *Pour les droits de l’homme de la troisième génération: les droits de solidarité*¹; bem como a relevância desta aula no intento de compreender a repercussão atualmente existente acerca deste pensamento (SOUZA FALCÃO, 2013, p. 228).

A aula inaugural promovida pelo Instituto Internacional dos Direitos Humanos, em Estrasburgo, não era uma simples aula, pois o palestrante, Karel Vasak, era o Diretor da

¹ Pelos direitos do homem da terceira geração: os direitos da solidariedade (Tradução nossa)

Divisão de Direitos do Homem e da Paz da UNESCO, agendada para abrir os cursos de inauguração da própria instituição (SOUZA FALCÃO, 2013).

Porém, no propósito de compreender o fator que mais influenciou a atual projeção deste pensamento se encontra a repercussão de um trabalho intitulado “A Era dos Direitos” do autor Norberto Bobbio, quando afirma categoricamente que o “desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases”, explicando que “num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade.” (BOBBIO, 2004, p. 32)

O pensamento das dimensões de direitos, atualmente, alcança uma relevante posição cominada à enorme aceitação da doutrina constitucionalista e da influência do pensamento na própria estrutura topográfica da Constituição Federal de 1988 (República Federativa do Brasil), haja vista que os direitos ditos de primeira geração inserem-se no Capítulo I (Direitos e deveres individuais e coletivos) e os direitos de segunda geração, exatamente no capítulo subsequente (Capítulo II – Dos direitos sociais), ambos do mesmo Título I – Dos direitos fundamentais.

Não se pode deixar de explicitar que, com o fenômeno da constitucionalização dos Direitos, o pensamento voltado à compreensão dos direitos fundamentais a partir das proteções no histórico constitucionalista passou a irradiar tais ideias para as mais diversas ramificações das ciências jurídicas, incluindo o reconhecimento da jurisprudência suprema que, expressamente, consagrou o pensamento em seus julgados, dentre os quais, no Mandado de Segurança:

[...] enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade (BRASIL, 1995)

Portanto, mantendo-se a perspectiva original de Karel Vasak, foram três as primeiras dimensões dos direitos fundamentais, e a primeira dessas fases foi orientada pela ideia de determinação e afirmação dos direitos fundamentais compreendidos, precipuamente, como direitos civis e políticos; uma segunda fase de proteção relativa aos direitos sociais e

econômicos; e, por fim, encerrando o lema francês, a fase de proteção de direitos atinentes ao valor fraternidade.

1.1 Da primeira geração de direitos fundamentais e a origem histórica da proposta de fases de proteção dos direitos

Dentro do pensamento vigente dos direitos fundamentais é bastante repercutida e aceita, não só entre os constitucionalistas, mas nas mais diversas ramificações jurídicas, o pensamento das aclamadas gerações de direitos.

Consistente em um pensamento, dependente da análise investigativa da positivação de direitos e garantias, vale ressaltar um dos primeiros documentos que salvaguardou direitos compreendidos como humanos correspondente à “*Magna Charta Libertatum Concordiam inter regem Johannem at barones pro concessione libertatum ecclesiar et Regni Angliae*” (Carta Magna das Liberdades, ou Concórdia entre o Rei João e os Barões para a outorga das liberdades da Igreja e o do Rei Inglês – tradução nossa), conhecida historicamente com a epítome intitulada, Magna Carta de 1215.

Existiram previsões bastante significativas neste documento, pois quando o Rei João Sem Terra da Inglaterra foi forçado a assinar, sob a coerção dos barões que ameaçavam liderar uma revolta camponesa na Inglaterra, houveram relevadas previsões e positivações de conteúdos, dentre as quais, o artigo 39 que diz:

Nenhum homem livre será preso, encarcerado ou privado de uma propriedade, ou torturado fora da lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra (INGLATERRA, 2015) - tradução nossa².

Na perspectiva exclusivamente histórica, o valor liberdade (afastando-se, também, de uma concepção mais positivista) que compreendida pela proposta de Karel Vasak como de primeira geração já cumula uma significativa crítica quanto à historicidade da textualização da Magna Carta de 1215, antecipando, desde logo, a primeira crítica a este pensamento.

Não se pode perder de vista que as gerações de direitos possuem como pressuposto a o surgimento e conformação dos direitos compreendidos como direitos fundamentais, valendo inclusive pacífica distinção doutrinária que diferencia direitos humanos em detrimento aos

² *Aucun homme libre ne sera arrêté, ni emprisonné ou dépossédé de ses biens, ou déclaré hors-la-loi, ou exilé, ou lésé de quelque manière que ce soit, pas plus que nous n'emploierons la force contre lui, ou enverrons d'autres pour le faire, sans un jugement légal de ses pairs ou selon les lois du pays.*(INGLATERRA, 2015)

direitos fundamentais, antes mesmo de compreender os propósitos de classificação e proteção das prerrogativas de acordo com os momentos de suas previsões jurídicas:

Em que pese, sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem o ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional e que, portanto, aspiram a validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional) (SARLET, 2008, p. 35).

Nesse mesmo sentido os documentos apontados como inseridos e pertencentes ao que ficou compreendido como de primeira dimensão de direitos, reiterando a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e Declaração de Independência dos Estados Unidos da América de 1776 não deixam de ser outros documentos além da Magna Carta de 1215 que em um contexto diverso que enfatiza o valor liberdade, porém levando consigo as críticas intrínsecas dos interesses burgueses que cercaram a positivação desses direitos nesses períodos.

Existem muitas críticas às Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão, porém antes mesmo de adentrar a crítica de Karl Marx no trabalho intitulado “Sobre a Questão Judaica”, vale o aprofundamento em uma abordagem de Pérez Luño, quando trata de outra crítica de autoria de Jeremy Bentham em trabalho denominado *Anarchial Fallacies: being and examination pf the Declarations of Rights issued during the French Revolution*:

O trabalho dedicado especialmente à crítica da declaração dos direitos do homem, contem interessantes observações sobre a significação geral destes direitos. Assim, na análise de Bentham, pode-se destacar: 1º a importância que reveste no plano jurídico-político no emprego que a linguagem rigorosa fornece [...] 2º Um exemplo claro desta forma imprecisa e enganosa de utilizar a expressão “direitos humanos” em declarações e na linguagem vulgar é, segundo Bentham, a confusão entre realidade e desejo [...] A falácia mais comum na linguagem dos direitos humanos consiste na confusão entre os níveis descritivo e prescritivo. O artigo primeiro da Declaração Francesa de 1789, proclamando que “Les hommes naissent et demeurent libres et égaux em droits”, incorria neste vício. Claramente, para Bentham, a contradição entre a realidade prática e estas supostas faculdades de liberdade e igualdade que aparecem formuladas em termos descritivos, como um fato, quando contem mais que objetivos situados no plano do “dever ser”. Esta confusão que nasce da formulação de direitos humanos em termo descritivos, mas com funções prescritivas, em uma constante da crítica de Bentham a linguagem das declarações. 3º No pensamento contemporâneo

os analistas distinguem o estudo lógico das relações das palavras entre si (sintaxe) e das palavras com os objetos que designam (semântica) e o comportamento dos indivíduos que são influenciados por elas (pragmáticas). Antecipando-os, Bentham estava bem ciente dos efeitos práticos que o mau uso da linguagem pode trazer em matéria de direitos humanos. (PEREZ LUÑO, 2005, p. 29-30) – tradução nossa³.

No propósito de ressaltar a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, enfatiza-se a origem histórica da expressão “direitos fundamentais” que o aprofundamento e a presente investigação encontrada na França de 1770, uma significativa abrangência que evoluiu e ampliou alcançando outros países.

Ainda sobre o histórico da expressão “direitos fundamentais”, vale lembrar que foi enfatizada dentro do movimento político que coadunou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, assim não se pode deixar de destacar o significativo atrelamento com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789:

O termo “direitos fundamentais”, *droits fondamentaux*, aparece na França em 1770 em um movimento político e cultural que levou à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. O termo desde então tem alcançado uma importância particular na Alemanha, onde, sob o título de *Grundrecht* articulou o sistema de relações entre indivíduos e o Estado, como base de toda ordem jurídico-política. Este é o seu sentimento em Bonn e a Lei Básica de 1949. (PEREZ LUÑO, 2005, p. 32)⁴ – tradução nossa.

O ponto significativo na origem histórica dos aclamados “direitos fundamentais” consiste no título de *Grundrecht* que articulou, na Alemanha, as relações entre indivíduos e o

³ *El trabajo, dedicado especialmente a la crítica de las declaraciones de derechos del hombre, contiene interesantes observaciones sobre la significación general de estos derechos. Así, en el análisis de Bentham, se pone de relieve: 1.º La importancia que reviste en el plano jurídico-político el empleo de lenguaje riguroso [...] 2.º Um claro ejemplo de esta forma imprecisa y equívoca de utilizar la expresión. “derechos humanos” en las declaraciones y en el lenguaje vulgar es, a juicio de Bentham, la confusión entre realidad y deseo [...] La falacia más común en lenguaje de los derechos humanos consiste en la confusión entre los niveles descriptivo y prescriptivo. El artículo primero de Declaración francesa de 1789, al proclamar que “Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits”, incurria en este vicio. Resulta evidente, para Bentham, la contradicción que existe entre la realidad práctica y esas supuestas facultades de libertad e igualdad que aparecen formuladas en término nos descriptivos, con un hecho, cuando no constituyen más que objetivos situados en el plano del “deber ser”. Esta confusión que nace de la formulación de los derechos humanos en términos descriptivos, pero con función prescriptiva, en una constante en la crítica de Bentham al lenguaje de las declaraciones. 3.º En el pensamiento contemporáneo los analistas del lenguaje distinguen el estudio lógico de las relaciones de las palabras entre sí (sintáctica), del de las palabras con los objetos que designan (semántica), y del de la conducta de los sujetos que las emplean o se ven influidos por ellas (pragmática). Anticipándose a ellos, Bentham tenía bien presentes los efectos prácticos que el deficiente uso del lenguaje puede acarrear en el ámbito de los derechos humanos. (PEREZ LUÑO, 2005, p. 29-30)*

⁴ *El término “derechos fundamentales”, *droits fondamentaux*, aparece en Francia hacia 1770 em el movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. La expresión há alcanzado luego especial relieve em Alemania, donde bajo el título de los *Grundrechte* se há articulado el sistema de relaciones entre individuo y el Estado, em cuanto fundamento de todo el orden jurídico-político. Éste es su sentido em la *Grundgesetz* de Bonn de 1949. (PEREZ LUÑO, 2005, p. 32)*

Estado, contribuindo para que a intitulação terminológica “direitos fundamentais” tivessem intrinsecamente ligadas a ideia de prerrogativas positivadas dentro das constituições estatais.

No tocante à averiguação de uma noção mais conceitual e menos terminológica dos “direitos fundamentais”, vale salientar que grande parte da doutrina compreende direitos fundamentais como aqueles direitos humanos positivados pelas constituições estatais:

Por isso grande parte da doutrina entende que os direitos fundamentais são direitos humanos apresentados positivamente nessas constituições dos Estados. Além disso, para alguns autores os direitos fundamentais seriam esses princípios que resumem a concepção de mundo (*Weltanschauung*) e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico. Recentemente, dentro da doutrina alemã, pretende-se conceber os direitos fundamentais como síntese das garantias individuais contidas na tradição dos direitos políticos subjectivos e demandas sociais decorrentes da concepção institucional de direito. (PEREZ LUÑO, 2005, p. 33)⁵ – tradução nossa.

Há significativa influência histórica na utilização das expressões direitos humanos em relação aos direitos fundamentais, haja vista que um considerado nas constitucionalizações internas da sociedade política e o outro mais voltado a esfera internacional e nas relações entre diferentes Estados.

Não se pode ignorar a tendência natural de referenciar as prerrogativas compreendidas como “direitos fundamentais” como os direitos humanos, porém a distinção deve ser observada como pressuposto de estudar os pensamentos que tentam explicar o respectivo surgimento e a sua afirmação, sendo positivados em âmbito interno, enquanto a fórmula direitos humanos àquelas prerrogativas abordadas nos Tratados e Convenções Internacionais:

Confrontando com estas caracterizações de direitos fundamentais correspondendo em situar o nível de positividade estrita onde não faltam postulações de natureza ambivalente. Assim, eles são vistos como resultante das exigências da filosofia dos direitos humanos com as suas regras normativas do direito positivo. Os próprios direitos legais não representam uma contribuição decisiva ao fixar com precisão o conceito de direitos fundamentais. Tomemos por exemplo a Convenção Europeia para Proteção de Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950, cuja declaração parece que se deve destacar certa diferenciação entre as duas categorias no texto articulado. Porém, o mesmo exame não possui critério válido que permita distinguir com precisão, ambas as expressões que acabam

⁵ *De ahí que gran parte de la doctrina entienda que los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivados en las constituciones estatales. Es más, para algún autor los derechos fundamentales serían aquellos principios que resumen la concepción de mundo (Weltanschauung) y que informan la ideología política de cada ordenamento jurídico. Recientemente en el seno de la doctrina alemana se há querido concebir los derechos fundamentales como la síntese de las garantías individuales contenidas en la tradición de los derechos políticos subjetivos y las exigências sociales derivadas de la concepción institucional del derecho.* (PEREZ LUNO, 2005, p. 33)

não sendo deduzidas. Em qualquer caso, você pode notar certa tendência, não absoluta como evidenciado pela declaração da referida Convenção Europeia, para reservar o termo “direitos fundamentais” para designar direitos humanos positivamente apresentados internamente, ambas com a fórmula (direitos humanos) sendo o projeto piloto mais comum e usual nas declarações e convenções internacionais. (PEREZ LUÑO, 2005, p. 33)⁶ – tradução nossa.

Vale inclusive dentro da perspectiva crítica desta investigação que irá comparar a cronologia de surgimento dessas prerrogativas no âmbito interno em detrimento ao âmbito internacional com os Tratados e Convenções Internacionais.

Porém, respeitando o momento que se restringe a abordagem da respectiva distinção quanto à definição de direitos fundamentais e de direitos humanos, pode-se considerar todo o conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam valores como dignidade, liberdade, igualdade humana, reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional:

A partir destas precisões pode delinear uma definição de direitos humanos em termos explicativos, ou seja, encaminhada para destacar como ele deve ser usado essa expressão na teoria jurídica e política do nosso tempo para conseguir o máximo de clareza e rigor a partir dos usos mais representativos do termo. A rigor, os direitos humanos aparecem como um conjunto de poderes e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humana, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional. (PEREZ LUÑO, 2005, p. 50)⁷ - tradução nossa.

⁶ *Frente a estas caracterizaciones de los derechos fundamentales que coinciden en situarlos em el plano de la estricta positividad, no há faltado quien postulara su naturaliza ambivalente. De este modo se los considera como resultante de las exigências de la filosofia de los derechos humanos com su plasmación normativa em el derecho positivo Los próprios textos normativos no suponen una ayuda decisiva a la hora de fijar com precisión el concepto de los derechos fundamentales. Valga como ejemplo la Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 1950, de cuyo enunciado parece que debiera desprenderse una certa diferenciación entre ambas categorias em el texto articulado. Sin embarg, del examen del mismo no se deduce ningún critério válido que permita distinguir com precisión ambas expresiones. Em todo caso, se puede advertir una certa tendência, no absoluta como lo prueba el enunciado de la mencionada Convención Europea, a reservar la denominación “derechos fundamentales” para designar los derechos humanos positivados a nível interno, em tanto la fórmula <derechos humanos> es la más usual em el plano de las declaraciones y convenciones internacionales. (PEREZ LUÑO, 2005, p. 33)*

⁷ *A partir de estas precisiones puede esbozarse una definición de los derechos humanos em términos explicativos, esto es, encaminhada a poner de relieve como debe ser empleada esta expresión em la teoria jurídica e política de nuestro tempo para conseguir la máxima claridade y rigor a partir de los usos más representativos del término. A tenor de ella los derechos humanos aparecen como um conjunto de facultades e instituciones que, em cada momento histórico, concrean las exigências de la dignidade, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional. (PEREZ LUÑO, 2005, p. 50)*

O pensamento de Karel Vasak acerca das gerações de direitos tem como escopo primordial o surgimento e determinação dessas prerrogativas, porém interessa a compreensão da crise nesses pensamentos, a compreensão da definição e da significativa distinção que evoluiu historicamente entre direitos humanos e fundamentais.

Logicamente que por mais trabalhada que seja a tentativa de conceituar de modo preciso direitos fundamentais, elucida-se, de modo bastante claro, que a noção genérica e bastante ampla de direitos fundamentais acaba não sendo satisfatória, de modo a orientar, pelo menos, por uma proposta de definição que considere as exigências jusnaturalistas e sua fundamentação, as técnicas de positivação e as proteções que dão a medida para seu exercício:

A definição da proposta visa combinar as duas principais dimensões que integram a noção geral de direitos humanos, ou seja, as exigências da lei natural em relação à sua lógica e técnicas de positivação e de proteção que medem o seu exercício. Sendo evidente que com esta proposta de definição não se pretende haver dado uma resposta satisfatória a toda a série de problemas que, como se tem observado, trata-se de qualquer tentativa de definir respostas aos direitos humanos. Mas através da análise dos principais usos linguísticos do termo, pretende-se ir limpando a área em que ele pode ser usado com sentido; pelo menos nesse propósito de ser guiado pelas reflexões anteriores. (PEREZ LUÑO, 2005, p. 53)⁸ – tradução nossa.

Há uma reconhecida relação entre direitos fundamentais com a Constituição de um Estado, no caso dentro da ideia de se retirar de valores e princípios mais amplos, tais como, a própria dignidade da pessoa humana e da liberdade.

Assim, esta relação entre direitos fundamentais e a Constituição dos Estados possuem um ponto de coincidência verificável no fato de terem recebido da Constituição um grau mais elevado de garantia e segurança, porém, declinando mais para essencial dos direitos fundamentais, percebe-se uma ligação com os valores de liberdade e dignidade humana:

Com relação aos direitos fundamentais, Carl Schmitt estabeleceu dois critérios formais de caracterização. Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados por instrumento constitucional. Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia e segurança: ou são imutáveis (*unabänderliche*) ou pelo menos de mudança dificultada (*erchwert*), a saber, direitos unicamente

⁸ *La definición propuesta pretende conjugar las dos grandes dimensiones que integran la noción general de los derechos humanos, esto es, la exigencia iusnaturalista respecto a su fundamentación y las técnicas de positividad y protección que dan la medida de su ejercicio. Es evidente que con esta propuesta de definición no se pretende haber dado una respuesta satisfactoria a toda la serie de problemas que, como se ha tenido ocasión de comprobar, comporta cualquier intento definitorio de los derechos humanos. Pero, a través del análisis de los principales usos lingüísticos de la expresión, se ha pretendido ir aclarando el ámbito en el que la misma puede ser empleada con sentido; al menos esse propósito ha guiado las reflexiones que anteceden.* (PEREZ LUÑO, 2005, p. 53)

alteáveis mediante lei de emenda à Constituição [...] A vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos de ideal da pessoa humana. A universalidade se manifestou pela primeira vez, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789. (BONAVIDES, 2008, p. 361-362).

Na análise dos direitos fundamentais, surgem questionamentos acerca do surgimento e determinação dos direitos compreendidos como fundamentais como prerrogativas que foram afirmadas com a respectiva proteção jurídica na linha do histórico do constitucionalismo.

Vale lembrar que as pessoas da época não utilizavam a expressão direitos humanos, de modo que antes de 1789, Jefferson falava com muita frequência dos direitos naturais e começou a usar com maior recorrência “direitos do homem”. Somente após o ano de 1789, de modo que a expressão direitos humanos tinha carga menos política e mais passiva do que aquilo que se pretendia dizer quando se pronunciasse “direitos do homem” ou “direitos naturais”:

Uma breve incursão na história dos termos ajudará a fixar o momento do surgimento dos direitos humanos. As pessoas do século XVII não usavam frequentemente a expressão “direitos humanos” e, quando o faziam, em geral queriam dizer algo diferente do significado que hoje lhe atribuímos. Antes de 1789, Jefferson, por exemplo, falava com muita frequência de direitos naturais. Começou a usar o termo “direitos do homem” somente depois de 1789. Quando empregava “direitos humanos”, queria dizer algo mais passivo e menos político do que direitos naturais ou direitos do homem. (HUNT, 2009, p. 20).

O propósito essencial das aclamadas gerações de direitos implica na própria existência das prerrogativas, pois o pensamento de Karel Vasak e de Norberto Bobbio acerca desse ideário está, precisamente, na compreensão do surgimento e determinação dos direitos, por isso o destaque ao aspecto histórico e na proposta cronológica de surgimento e afirmação dessas prerrogativas atinentes à pessoa humana.

Porém, atrelado ao propósito de seu reconhecimento, o papel imprescindível do ideário das gerações de direitos está justamente na característica da historicidade:

Os direitos do homem, [...] são direitos históricos, [...] caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (BOBBIO, 1992, p. 5)

Percebe-se que se tem afastada a ideia de fonte concomitante e imediata de todos os direitos, de modo a considerar uma cronologia no surgimento que, porém, não necessariamente estaria atrelada ao critério formal positivista que vislumbrou o pensamento

de Vasak com as gerações de direitos que se voltam ao ordenamento jurídico e no histórico do constitucionalismo para fins de verificar o respectivo surgimento e determinação dessas prerrogativas.

Ainda Celso Lafer complementa que, desde o século XVIII até os dias atuais, o rol que foi contemplando os direitos do homem tem uma ligação bastante reconhecida com as peculiaridades dos diferentes momentos históricos:

[...] do século XVIII até os nossos dias, o elenco de direitos do homem contemplados nas constituições e nos instrumentos internacionais foram-se alterando com a mudança das condições históricas. (LAFER, 1988, p. 124)

Deve-se, portanto, reconhecer o aspecto histórico que justifica a relevância de uma ordem de acontecimentos no processo de proteção de prerrogativas, de modo que o propósito consiste, justamente, na compreensão maior dos direitos fundamentais pelo viés classificatório das fases no seu desenvolvimento.

A ideia de reconhecer a historicidade dos direitos contribuiu para a necessidade de se compreender o histórico de proteção das prerrogativas humanas e, portanto, subdividir ou classificar o respectivo processo de previsão em momentos de acordo com as peculiaridades do contexto que se assentou direitos no processo de proteção, haja vista que tais prerrogativas não surgem de uma vez simultaneamente, de modo que seu reconhecimento político depende de uma circunstância de poder:

[...] os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem [...] ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências. (BOBBIO, 1992, p. 6)

Não se pode deixar de perceber o romantismo do lema revolucionário setecentista de nítida influência do liberalismo clássico como fator contagiante no pensamento que classifica os momentos de acordo com a profundidade das expressões do lema revolucionário liberdade, igualdade e fraternidade, assim reconhecendo fatores contagiantes que também contribuíram para a aceitação do pensamento vasakiano (SOUZA FALCÃO, 2013).

O pensamento originário das gerações dos direitos se restringiu apenas à primeira, segunda e terceira gerações que na sua elaboração era intitulada, justamente, com a nomenclatura “gerações”, porém muitas foram às alterações e os acréscimos ao ideário genuíno, dentre os quais, destaca-se o cúmulo de mais uma quarta e uma quinta fase ou momento de proteção (quarta e quinta geração de direitos).

Esse acréscimo teve como influência do principal defensor do pensamento no Brasil, o jurista Paulo Bonavides que acresceu significativas abordagens ao pensamento originário, em que pese também tem significativas abordagens acerca das gerações já trabalhadas, no caso da primeira geração, o jurista explica que os direitos fundamentais de primeira dimensão representam exatamente os direitos civis e políticos, que correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, mas que continuam a integrar os catálogos das Constituições atuais (apesar de contar com alguma variação de conteúdo), o que demonstra a cumulatividade das dimensões. (BONAVIDES, 2006).

A doutrina é pacífica na aceitação de que o valor liberdade foi o escopo das prerrogativas positivadas no momento ou fase de proteção que ficou conhecido como primeira geração de direitos e, também, quanto ao aspecto que preponderou para a postura estatal, sendo uma postura marcada pela abstenção decorrente do Estado de Direito em sua forma liberal.

Verifica-se que dentre os documentos que representam significativamente as prerrogativas de primeira geração, atenta-se para Declaração da Virgínia e a Declaração Francesa de 1789, sendo, inclusive, nesse sentido que Celso Lafer (1988, p. 126) reafirma atrelando com inspirações essencialmente individualistas, daí a proximidade existente com as prerrogativas aclamadas de direitos individuais:

Os direitos humanos da Declaração de Virgínia e da Declaração Francesa de 1789 são neste sentido, direitos humanos de primeira geração, que se baseiam numa clara demarcação entre Estado e não Estado, fundamentada no contratualismo de inspiração individualista. São vistos como direitos inerentes ao indivíduo e tidos como direitos naturais, uma vez que precedem o contrato social. Por isso, são direitos individuais: (I) quanto ao modo de exercício – é individualmente que se afirma, por exemplo, a liberdade de opinião; (II) quanto ao sujeito passivo do direito – pois o titular do direito individual pode afirmá-lo em relação a todos os demais indivíduos, já que esses direitos têm como limite o reconhecimento do direito de outro [...].

Vale o aprofundamento de que as ideias de interferência estatal foram afastadas, de modo a delinear fortemente a divisão entre a esfera pública e a esfera privada:

Eles demarcavam um campo no qual era vedada a interferência estatal, estabelecendo, dessa forma, uma rígida fronteira entre o espaço da sociedade civil e do Estado, entre a esfera privada e a pública, entre o ‘jardim e a praça’. Nesta dicotomia público/privado, a supremacia recaía sobre o segundo elemento do par, o que decorria da afirmação da superioridade do indivíduo sobre o grupo e sobre o Estado. Conforme afirmou Canotilho, no liberalismo clássico, o ‘homem civil’ precederia o ‘homem político’ e o ‘burguês’ estaria antes do ‘cidadão’. (...) No âmbito do Direito Público,

vigoravam os direitos fundamentais, erigindo rígidos limites à atuação estatal, com o fito de proteção do indivíduo, enquanto no plano do Direito Privado, que disciplinava relações entre sujeitos formalmente iguais, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade (SARMENTO, 2006, p. 12-13).

O artigo 39 da Magna *Charta Libertatum* de 1215, documento considerado pioneiro histórico da positivação de direitos fundamentais, em que pese tenha previsto prerrogativas estamentais, possui já um início de positivação acerca de direitos que atualmente são considerados como fundamentais, dentre os quais, a ampla defesa e o contraditório:

Mas a Magna Charta, embora contivesse fundamentalmente direitos estamentais, fornecia já aberturas para a transformação dos direitos corporativos em direitos do homem. O seu vigor irradiante no sentido da individualização dos privilégios estamentais detecta-se na interpretação que passou a ser dada do célebre art. 39º, onde se preceituava que ‘Nenhum home libre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procedemos, nem mandaremos proceder contra ele, senão em julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país’. Embora este preceito começasse por aproveitar apenas a certos estratos sociais – os cidadãos *optimo jure* – acabou por ter uma dimensão mais geral quando o conceito de home livre se tornou extensivo a todos os ingleses. (CANOTILHO, 2003, p. 382-383).

O inglês John Locke deixa bastante claro a preocupação com o valor liberdade que se vislumbra no momento histórico que a doutrina reconhece para os direitos de primeira dimensão, reconhecendo o valor liberdade em sua época como um direito nascido com o humano e que as aceitas relativizações exigidas na constituição da sociedade civil declinavam sempre para os propósitos de conforto, segurança e, não se pode deixar de mencionar, significativas preocupações do autor inglês com as noções de propriedade e gozo das suas posses:

Os homens são por sua natureza livres, iguais e independentes, e por isso ninguém pode ser expulso de sua propriedade e submetido ao poder político de outrem sem dar seu consentimento. O único modo legítimo pelo qual alguém abre mão de sua liberdade natural e assume os laços da sociedade civil consiste no acordo com outras pessoas para se juntar e unir-se em comunidade, para viverem com segurança, conforto e paz umas com as outras, com a garantia de gozar de suas posses, e de maior proteção contra quem não faça parte dela. (LOCKE, 2003, p. 76).

Analisando os documentos que referenciam estes primeiros momentos de previsão, dentre os quais, podemos apontar alguns dispositivos da Declaração de Direitos do Bom Povo

de Virgínia, de 1776, onde é reconhecido o propósito de positivizar direitos tidos como inatos e inalienáveis:

É importante assinalar que os dois primeiros parágrafos da Declaração de Virgínia expressam com nitidez os fundamentos do regime democrático: o reconhecimento de “direitos inatos” de toda pessoa humana, os quais não podem ser alienados ou suprimidos por uma decisão política (parágrafo 1), e o princípio de que todo poder emana do povo, sendo os governantes a estes subordinados. (COMPARATO, 2003, p. 112)

Lynn Hunt no trabalho intitulado “A invenção dos direitos humanos” destaca a especial atenção à universalidade das afirmações feitas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789:

[...] Atribuía a soberania à nação, e não ao rei, e declarava que todos são iguais perante a lei, abrindo posições para o talento e o mérito e eliminando implicitamente todo o privilégio baseado no nascimento. Mais extraordinariamente que qualquer garantia particular, entretanto, era a universalidade das afirmações feitas. As referências a “homens”, “todo homem”, todos os “homens”, / “todos os cidadãos”, “cada cidadão”, “sociedade” e “toda sociedade” eclipsavam a única referência ao povo francês. (HUNT, 2009, p. 14).

A Declaração de Independência de 1776 contribuído por Jefferson após 86 alterações feitas por ele mesmo e submetida ao denominado Comitê dos Cinco, em que pese tais documentos não possuírem força constitucional:

O Committee of Five, formado por Thomas Jefferson, John Adams, Benjamin Franklin, Robert Livingston e Roger Sherman, foi designado pelo Congresso americano em 11 de junho de 1776 para esboçar a Declaração da Independência americana. (HUNT, 2009, p. 16).

O documento da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 deixa bastante claro em seus artigos 2º e 3º que a finalidade da associação política consiste na conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem, arrolando também uma série de prerrogativas:

Art. 2. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Tais direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência a opressão. Art. 3. O princípio de toda soberania reside essencialmente na Nação. Nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer a autoridade que dela não emane expressamente. (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, 2007)

Portanto, ao trazer algumas menções de prerrogativas arroladas pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, tais como, liberdade, propriedade e segurança; percebe-se a medida de propósitos burgueses e liberais que não ficaram adstritos as afirmações de John Locke, de modo que, no âmbito das primeiras Constituições escritas, pode-se afirmar o cunho individualista que valorou a liberdade das prerrogativas decorrente da primeira geração de direitos:

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar, do pensamento liberal-burguês do século XVIII de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (SARLET, 2008, p. 53-54)

Assevera-se acerca da possibilidade do mesmo Thomas Jefferson que escreveu a Declaração de Independência de 1776, ter contribuído na elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789:

Treze anos mais tarde, Jefferson estava em Paris quando os franceses começaram a pensar em redigir uma declaração de seus direitos. Em janeiro de 1789 – vários meses antes da queda da Bastilha-, o marquês de Lafayette, amigo de Jefferson e veterano da Guerra da Independência americana, delineou uma declaração francesa, muito provavelmente com ajuda de Jefferson. Quando a Bastilha caiu, em 14 de julho, e a Revolução Francesa começou para valer, a necessidade de uma declaração oficial ganhou impulso. Apesar dos melhores esforços de Lafayette, o documento não foi forjado por uma única mão, como Jefferson fizera para o Congresso americano. Em 20 de agosto, a nova Assembleia Nacional começou a discussão de 24 artigos rascunhados por um comitê desajeitado de quarenta deputados. Depois de seis dias de debate tumultuado e infindável emendas, os deputados franceses só tinham aprovados dezessete artigos. Exaustos pela disputa prolongada e precisando tratar de outras questões prementes, os deputados votaram, em 27 de agosto de 1789, por suspender a discussão do rascunho e adotar provisoriamente os artigos já aprovados como sua Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. (HUNT, 2009, p. 14).

Também, pode-se incluir no rol de documentos que referenciam este primeiro momento liberal de centralização do valor liberdade, os seguintes documentos: Lei de Habeas Corpus, Inglaterra (1679), Bill of Rights, Inglaterra (1689), Constituição dos Estados Unidos da América (1787) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, de modo

que vale salientar que as ideias do liberalismo foram positivadas em declarações que são relevados neste primeiro momento de positivação de conteúdos.

Valendo lembrar a crítica de existir significativos e reconhecidos instrumentos protetores dos mesmos direitos de primeira geração e que estão radicalmente fora e descontextualizados do momento referenciados no final do século XVIII e início do século XIX, dentre os quais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos tomada pela resolução da Assembleia da ONU em 10 de dezembro de 1948 e que não deixou de ser reconhecida como um dos principais instrumentos de proteção dessas prerrogativas de primeira geração, valendo, já, uma pontuação que a vertente internacionalista irá retomar para respectiva desconstrução teórica do pensamento de Karel Vasak.

1.2 Da Segunda Geração dos Direitos Fundamentais

O contexto histórico da aclamada segunda geração dos direitos releva o fato da Revolução Industrial como principal fator na produção em grande escala, na ascensão do crescimento econômico do século XIX e, concomitantemente, na exploração do trabalho humano neste período.

Vale a lembrança de George Marmelstein Lima que assevera que a jornada de trabalho era de quinze horas, incluindo as mulheres e crianças: “salário mínimo, férias, nem mesmo descanso regular (...) trabalho infantil era aceito e as crianças erma submetidas a trabalhos braçais como se adultos fossem.” (MARMELSTEIN, p. 42), de modo que se pode afirmar que a liberdade que existia aos trabalhadores para à época era “tão-somente a liberdade de morrer de fome” (BONAVIDES, 2006, p. 31).

Na Inglaterra, em Nottingham, operários liderados por Ned Ludd destruíram uma oficina têxtil, sendo copiados em várias cidades, formando o que ficou conhecido como “ludistas”, movimento trabalhista que destruiu fábricas e máquinas e, em resposta, em 1812 houve uma lei decretando a pena de morte para aqueles que atentassem contra oficinas industriais, ressaltando que sanções nesse sentido não tiveram efetivo significado, pois não conseguiram impedir o surgimento das primeiras organizações de trabalhadores que foram chamadas de *Trade-Unions* (BRAICK; MOTA, 1999, p. 275-276).

A Segunda República na França foi marcada pelo histórico “Massacre de Carvaignac”, onde as manifestações nas ruas foram multiplicadas diante da vitória dos moderados na Assembleia Constituinte, em abril de 1848, tumultuando Paris, sob comando do general Carvaignac, massacrando os revoltosos, suspendendo direitos individuais, fechando as

famosas Oficinas Nacionais, fuzilando mais de três mil pessoas e deportando mais de quinze mil para as colônias (BRAICK; MOTA, 1999, p. 365-366).

No exemplo do histórico russo, os “boiardos” que eram grandes proprietários que submetiam uma gigantesca massa camponesa, de modo que a vida urbana acabou, paulatinamente, reduzida a uma situação lastimável e o regime czarista antes da Revolução Russa ainda regia com opressão e autoridade (BRAICK; MOTA, 1999, p. 471).

Portanto, houve a necessidade de mudança na noção de igualdade proclamada no lema revolucionário setecentista, de modo a uma construção teórica que fizesse inclusões materiais em um conteúdo, de modo a reconhecer no conceito setecentista a mera literalidade:

O Estado social é enfim Estado produtor de igualdade fática. Trata-se de um conceito que deve iluminar sempre toda hermenêutica constitucional, em se tratando de estabelecer equivalência de direitos. Obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas; a promover meios, se necessários, para concretizar comandos normativos de isonomia. (BONAVIDES, 2008, p. 343)

Em razão de significativas manifestações populares movidas pela insatisfação e do forte sofrimento oriundo da grande desigualdade existente, a Constituição Francesa de 1948 passou a prever conteúdos sociais e econômicos no mesmo ano da publicação do famoso “Manifesto Comunista” de Karl Marx, onde o autor alemão convoca os trabalhadores para a tomada de poder (BRAICK; MOTA, 1999, p. 362).

A Igreja Católica, em 1891, criticou as condições de vida dos trabalhadores na famosa “Enciclíca *Rerum Novarum*”, do Papa Leão XIII, onde apoiou abertamente o reconhecimento de prerrogativas trabalhistas (MARMELSTEIN, 2008 p. 49).

O relevante fato histórico da Revolução Socialista da Rússia, que começou em 1917, vale destacar que marxistas liderados por Lavrov acreditavam que a luta de classe deveria destruir a sociedade burguesa, para depois da fase revolucionária impor-se a ditadura do proletariado (BRAICK; MOTA, 1999, p. 469).

O Partido Social Democrata foi dividido, em 1903, em: mencheviques (fiéis aos princípios marxistas) e bolcheviques que defendiam a aceleração do processo revolucionário pela ação de propagandas e greves, inclusive foram estes (bolcheviques) que foram responsáveis pelas revoluções de 1905 e 1917 (BRAICK; MOTA, 1999, p. 468).

No mesmo ano da revolução russa, a promulgação da Constituição Mexicana de 1917 com a consagração de um dos mais significativos documentos históricos de prescrição de direitos sociais existentes, que foi a primeira que colocou direitos trabalhistas na qualidade de direitos fundamentais, junto com as liberdades individuais e políticas.

A promulgação da chamada Constituição de Weimar na Alemanha em 1919, trabalhando na mesma linha de reconhecimento de direitos sociais dentro da perspectiva do país naquele momento, pautada na reestruturação após a Primeira Guerra Mundial, lavando-se em consideração o momento social degradante de significativas crises sociais.

Ainda, o ano de 1919 foi marcado pelo famoso Tratado de Versalhes que inaugurou a OIT e, não se pode deixar de fazer menção à Constituição Espanhola de 1931 e a Constituição Brasileira de 1934, que aderiram a este movimento de ideário social que a doutrina não deixou de reconhecer:

A partir da terceira década do século XX, os Estados antes liberais começaram o processo de consagração dos direitos sociais ou direitos de segunda geração, que traduzem, sem dúvida, uma franca evolução na proteção da dignidade humana. Destarte, o homem, liberto do jugo do Poder Público, reclama uma nova forma de proteção da sua dignidade, como seja, a satisfação das carências mínimas, imprescindíveis, o que outorgará sentido à sua vida. (ALARCÓN, 2004, p. 79)

Portanto, os principais documentos históricos que podemos mencionar acerca do processo de proteção social desta segunda dimensão de direitos correspondem: à Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918, Constituição Mexicana de 1917, Constituição de Weimar.

A segunda geração dos direitos é prestacional, ou seja, defende uma atuação positiva (comissiva) do Poder Público, sendo uma categoria diferenciada, pois até o respectivo momento de seu reconhecimento, as prerrogativas pertenciam a um período anterior, primeira geração de direitos que se caracterizava, sobretudo, pela abstenção estatal:

Os direitos de primeira geração tinham como finalidade, sobretudo, possibilitar a limitação do poder estatal e permitir a participação do povo nos negócios públicos. Já os direitos de segunda geração possuem um objetivo diferente. Eles impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhor qualidade de vida e um nível de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade. Nessa acepção, os direitos fundamentais de segunda geração funciona como uma alavanca ou uma catapulta capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para gozar, de forma efetiva, a tão necessária liberdade. (MARMELSTEIN, 2008, p. 51-52)

Assim, direitos de proclamação relativos às prestações sociais geram deveres estatais em detrimento da coletividade, dentre os quais, os correspondentes à saúde, educação, assistência social, trabalho etc.:

A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho “positivo” possa ser considerado como o marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais. (SARLET, 2008, p. 55)

Vale, inclusive, esclarecer o significado da expressão “social” para os direitos e garantias deste momento que ficou conhecido como segunda geração dos direitos, haja vista que a expressão atrela-se ao dever positivo por parte do Poder Público de justiça social e satisfazer as reivindicações da categoria menos favorecida:

[a] expressão “social” encontra justificativa, entre outros aspectos (...), na circunstância de que os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem às reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracteriza (e, de certa forma, ainda caracterizada) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um menor grau de poder econômico. (SARLET, 2008, p. 56).

O modelo social passou a ocupar o Estado de Direito, em que pese, não tenha suprimido absolutamente a ideologia liberal, o aclamado Estado Social passou a ter uma postura deliberativa e de intervenção, compreendendo esta intervenção do Estado como o controle de mercado, fixação de preços e salários, controle do mercado de câmbio, ou estabilização de determinados setores da indústria, dando ao Estado a capacidade para figurar como produtor de bens e serviços, correção de falhas de mercado; inclusive a expressão intervencionismo no latim imperial *ónis, interveníre* traduz-se como “estar entre”, “entremeter-se”.

Funções de destaque na intervenção operada na economia consistem na definição de tributos, na fixação de salário mínimo, tarifas de serviços públicos e de subsídios. Na lei havia uma mudança concernente à concessão de direitos sociais relativos ao trabalho, à cultura e à educação, reorganizando a função do Estado para sociedade, inclusive tornando-se empresário e instituindo empresas públicas, empresas estatais monopolistas voltadas à prestação de serviços ou exploração de atividade econômica.

Portanto, fica esclarecido que as prerrogativas que ficaram conhecidas como de segunda geração, correspondem, pois, os direitos ao trabalho, à saúde, à educação, dentre outros e, em uma análise mais subjetiva, o seu respectivo sujeito passivo corresponde ao Estado.

Nesse contexto, o Estado tem um dever na realização de prestações positivas que surgem do reconhecimento de direitos por parte de uma nova titularidade, em suma, de uma

nova categoria de titulares que se pode chamar de cidadão pelas reivindicações próprias. (LAFER, 1988, p. 127).

1.3 Da terceira geração dos direitos fundamentais

Os direitos de terceira geração, no pensamento de Karel Vasak, encerram o lema revolucionário francês setecentista, agrupando o conjunto de prerrogativas atinente à “fraternidade”. Nesse sentido, Baggio, no livro “O princípio esquecido” diz:

O fato é que a Revolução de 1789 constitui um ponto de referência histórico de grande relevância, porque, durante o seu andamento, pela primeira vez na Idade Moderna a ideia de fraternidade foi interpretada e praticada politicamente. (BAGGIO, 2008, p. 7).

A própria Constituição Federal de 1988 previu a fraternidade em sua parte preambular quando disse: “Nós, representantes do povo brasileiro, [...] como valores supremos de uma sociedade fraterna, [...]” (BRASIL, 1988), bem como a função do Direito que assevera Pierre: “O Direito tem a função de ajudar a construir os relacionamentos sociais” (PIERRE, 2013, p. 125).

Em que pese a terceira dimensão dos direitos declina para uma fraternidade voltada ao aspecto coletivo ou de alteridade, no sentido de consideração do outro e do convívio social, vale salientar a acepção individualista que o contexto da fraternidade também leva consigo, uma vez que a própria expressão carregada em um lema de conotação liberal e, sobretudo, individualista possui sim, um aspecto individual a ser considerado, com significativas proximidades com a dignidade da pessoa humana em sua conotação:

O personalismo não corre risco [...] o indivíduo deve incluir novamente entre suas opções de vida não apenas seu próprio bem, mas o bem comum; pois causando dano à comunidade, na realidade danifica o tecido de solidariedade do qual extrai a seiva vital [...]. É o nome de uma interdependência estrutural, em razão da qual o indivíduo reconhece radical e estavelmente dependente, que a solidariedade transforma em fraternidade, ou seja, numa solidariedade confiada ao próprio sujeito. (PIZZOLATO, , 2008, p. 119-120)

Os direitos compreendidos como de terceira dimensão, também possuem um contexto histórico do pós-guerra pautado em uma postura internacional que, influenciado pelas atrocidades humanitárias da guerra, cedeu para positivação de Tratados, Convenções Internacionais, Cartas, Declarações, dentre outros instrumentos disciplinadores de matérias de referência e titularidade indeterminada, tais como, meio ambiente, desenvolvimento,

descolonização, recursos hídricos, ar, atmosféricos, patrimônio histórico e da humanidade, paisagens naturais etc.

Prova desta forte influência, corresponde a celebração das quatro Convenções de 1949, que ficou conhecida por Convenção de Genebra, sendo o conjunto das quatro Convenções Internacionais: Convenção da Melhoria da Sorte dos Feridos, Enfermos e dos Exércitos em Campanha; Convenção para Melhoria da Sorte dos Feridos, Enfermos e Náufragos das Forças Armadas no Mar; Convenção para Proteção dos Prisioneiros de Guerra e Convenção de Proteção dos Civis em Tempos de Guerra que foram documentos que trataram, dentre outros, de civis em países em conflito, prisioneiros de guerra, garantia de direitos humanos e regulamentação jurídica do emprego e de violência na esfera internacional, limitando posturas estatais nos conflitos.

Nesse sentido, vale salientar que a ideia de um Direito Internacional de Direitos Humanos consiste em um fenômeno consequente ao pós-guerra, nesse sentido reitera Thomas Buergenthal:

O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse (PIOVESAN, 2003, p. 131).

Em 28 de julho de 1951, a Organização das Nações Unidas (ONU) promulgou a Convenção que trata dos Estatutos dos Refugiados com propósitos de acolhimento de pessoas que em sua terra de origem fossem perseguidas em virtude de raça, religião, nacionalidade, filiação a certo grupo social ou de suas opiniões públicas. No Brasil, inclusive, a Lei n. 9474/1997 regulamentou procedimentos nacionais relativos ao Estatuto dos Refugiados.

O próprio Direito Humanitário, como sendo uma terceira vertente dos Direitos Humanos, teve como raízes justamente, a situação mundial no pós-guerra que não só combatentes, mas a população civil foram vítimas de crueldades extremas.

Assim, mais de 21 convenções internacionais dedicadas exclusivamente às matérias de internacionalização dos direitos humanos foram assinadas pela ONU ou por organizações regionais. Já outras 114 convenções, entre os anos de 1945 a 1998, foram aprovadas no âmbito da OIT:

Ela é assinalada pelo aprofundamento e a definitiva internacionalização dos direitos humanos. Meio século após o término da 2.^a Guerra Mundial, 21 convenções internacionais, exclusivamente dedicadas à matéria, haviam sido celebradas no âmbito da Organização das Nações Unidas ou das

organizações regionais. Entre 1945 e 1998, outras 114 convenções foram aprovadas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho. Não apenas direitos individuais, de natureza civil e política, ou os direitos de conteúdo econômico e social foram assentados no plano internacional. Afirmou-se também a existência de novas espécies de direitos humanos: direitos dos povos e direitos da humanidade (COMPARATO, 2004, p. 56).

O reconhecimento de documentos que previram e positivaram conteúdos de terceira dimensão são aceitos como instrumentos desta dimensão, principalmente, a Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos de 1981 e a Carta de Paris para uma Nova Europa de 1990.

As Constituições Estatais abarcaram esses conteúdos, de modo que a própria Constituição de Federal Brasileira de 5 de outubro de 1988 previu a tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado no artigo 225 e outras temáticas pertencentes a este momento de terceira geração, tais como o artigo 4.º que rege a República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais.

Logicamente foi Karel Vasak o primeiro a reconhecer a existência de direitos que atualmente são chamados de “direitos de terceira geração” na mesma aula de abertura do Instituto Internacional dos Direitos do Homem e esta noção vem sido preenchida. Como na tentativa doutrinária que reconhece uma ontologia coletiva, difusa, referenciada dentro da lógica do lema revolucionário que foi adotado na trabalhada aula inaugural referenciada com a última expressão terminológica, que encerra o bordão da Revolução de 1789: fraternidade.

A terceira geração dos direitos, portanto, surge protegendo prerrogativas que ganham o nome de difusa e de grupos, justamente por abrirem para as previsões de direitos e matérias da coletividade, cedendo para a mudança que vinha se concentrando historicamente restrita para visão humana individualista.

Pondera-se, porém, acerca da conotação coletiva da fraternidade, que não é a única existente de modo a considerar sua inserção política em um lema liberal e, sobretudo, individualista, bem como sua veemente e reconhecida relação com a dignidade do indivíduo enquanto pessoa humana, entretanto a fraternidade no contexto invocado se refere a seu aspecto coletivo que voltou a sua atenção aos bens e direitos que não referenciavam apenas o indivíduo, mas sim a humanidade, patrimônio histórico, meio ambiente e outros valores que não especificaram determinada pessoa, mas a natureza humana como um todo, sendo o homem fraterno, enquanto vinculado em uma essência comum.

A terceira geração dos direitos é marcada pelo reconhecimento de direitos que abandonam a visão individualista tradicional trazida desde a Revolução Francesa para

referenciarem grupos, coletivos de prerrogativas difusas, por exemplo, o patrimônio histórico e cultural que tem como titular toda a humanidade:

[...] trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. [...] Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação. Cuida-se na verdade do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais. (SARLET, 2008, p.50-51)

A tutela da criança e do adolescente, bem como do consumidor, são proteções dos quais emanam privilégios e garantias que estão reconhecidamente inseridos na terceira dimensão de direitos.

O próprio defensor do pensamento no Brasil, Paulo Bonavides, quando se manifesta sobre os direitos de terceira geração, reconhece que a necessidade que coadunou na positivação de conteúdo cuja titularidade consiste no gênero humano:

Com efeito, um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. (BONAVIDES, 2006, p. 569).

Essa será a grande problemática na perspectiva subjetiva da terceira geração, haja vista que bens difusos, dentre os quais, recursos hídricos, ar atmosférico, patrimônio histórico e da humanidade, enfim, direitos sem uma titularidade determinada, começou a galgar o âmbito das proteções, em suma, bens de destinatários indeterminados começaram a inspirar às positivações neste momento de previsão jurídica.

1.4 Da produção de novas gerações de direitos fundamentais

O pensamento genuíno das gerações de direitos surgiu, em sua elaboração original, com apenas três fases referenciando as três expressões terminológicas que compunham o lema

revolucionário francês de 1789: Liberdade, referenciando a primeira geração de direitos; igualdade, referenciando a segunda geração de direitos e, por fim, a fraternidade, correspondendo à terceira geração de direitos.

Ocorre que o pensamento sofreu vários acréscimos e modificações desde a elaboração original com Karel Vasak, começando pela nomenclatura intitulatoria que deixou de serem caracterizadas por “gerações”, evoluindo para “dimensões” de direitos.

Não foram apenas as modificações em matéria de nomenclaturas que referenciaram os diferentes momentos de proteção de direitos, mas também significativos acréscimos ao pensamento original que nasceu com apenas três gerações e, atualmente, encontra-se com mais de cinco diferentes gerações de direitos.

O autor do pensamento, Karel Vasak, elaborou o pensamento com apenas três gerações e as influências e projeção que foram colaboradas pelo jurista Norberto Bobbio mantiveram apenas as três gerações quando tratou deste ideário na obra “Era dos Direitos”.

O início dos acréscimos às três primeiras dimensões começou com Paulo Bonavides que, sendo o primeiro a defender o pensamento no Brasil, cumulou na quarta e na quinta dimensão de direitos, adicionando outras duas dimensões protetivas ao pensamento genuíno, inclusive o capítulo 17 (intitulado: A quinta geração de direitos fundamentais) do trabalho de Paulo Bonavides denominado Curso de Direito Constitucional, em seu item 1, tratou da abordagem “O direito à paz, direito da quinta geração: sua transladação da terceira para a quinta geração de direitos fundamentais” (BONAVIDES, 2008, p. 579), fazendo uma nítida alusão ao direito à paz como uma prerrogativa que estava inserida na terceira dimensão dos direitos fundamentais pela vertente original elaborada por Karel Vasak, e acabou sendo trasladada para uma das duas novas fases de proteção que a elaboração de Paulo Bonavides acresceu ao pensamento original:

A concepção de paz no âmbito da normatividade jurídica configura um dos mais notáveis progressos já alcançados pela teoria dos direitos fundamentais. Karel Vasak, o admirável precursor, ao coloca-lo no rol de direitos da fraternidade – a saber, da terceira geração –, o fez, contudo, de modo incompleto, teoricamente lacunoso (BONAVIDES, 2008, p. 579).

No caso, o pensamento de Paulo Bonavides observa que a primeira vez que o direito à paz esteve previsto foi na Declaração das Nações Unidas, e somente após esta primeira positivação é que esta prerrogativa voltou a ser citada na Declaração da Conferência de Teerã sobre os Direitos Humanos de 13 de maio de 1968, que compreendeu a paz como um dos pressupostos aos direitos humanos. Por isso existe quem compreenda a paz não como uma

prerrogativa, mas, baseados nas noções de paz perpétua de Kant, uma situação de pressuposto, uma condição precedente à satisfação de alguns direitos fundamentais.

Ocorre que a discussão sobre a paz levou ao reconhecimento do acréscimo de outras gerações de direitos no pensamento originário, isso por ter defendido que a paz não pertence à terceira geração de direitos, de modo que valem os conclusivos de Paulo Bonavides que ganharam significativa aceitação doutrinária, dentre os autores, destaca-se Raquel Honesko que diz:

[...] em recentes debates científicos (IX Congresso Ibero-Americano e VII Simpósio Nacional de Direito Constitucional, realizados em Curitiba/PR, em novembro de 2006, bem como II Congresso Latino-Americano de Estudos Constitucionais, realizado em Fortaleza/CE, em abril de 2008), BONAVIDES fez expressa menção à possibilidade concreta de se falar, atualmente, em uma quinta geração de direitos fundamentais, onde, em face dos últimos acontecimentos (como, por exemplo, o atentado terrorista de “11 de Setembro”, em solo norte-americano), exsurgiria legítimo falar de um direito à paz. Embora em sua doutrina esse direito tenha sido alojado na esfera dos direitos de terceira dimensão, o ilustre jurista, frente ao insistente rumor de guerra que assola a humanidade, decidiu dar lugar de destaque à paz no âmbito da proteção dos direitos fundamentais. (HONESKO, 2008, p. 195-197)

Todavia, a aceitação dos acréscimos desenvolvidos por Paulo Bonavides nas gerações de direitos ganhou significativa projeção e o próprio autor reconhece peculiaridades no pensamento genuíno relativos à globalização política neoliberal:

A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. (...) Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. (...) A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. É direito de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. (...) os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infraestruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia. (BONAVIDES, 2006, p. 571-572).

Os direitos de quarta geração são reconhecidos como decorrentes da manipulação genética, alguns doutrinadores ainda inserem neste rol o direito de morrer com dignidade e à

mudança de sexo. Ou ainda, referente a uma geração onde estão inclusos os direitos à democracia direta, informação, pluralismo e outros (SARLET, 2008, p. 52).

Existe certa oscilação quanto à quarta geração de direitos fundamentais, que para algumas vertentes ligam-se à evolução da ciência e tecnologia (manipulação genética, clonagem e avanços tecnológico) e para outra vertente, mais aceita, atrelando a quarta geração a benefícios decorrentes do pluralismo político, democracia e aos direitos da minoria.

O direito de quinta geração atrelado à ideia de globalização, gerando os direitos transnacionais, fala sobre cosmopolitização do direito, em suma, o acréscimo de uma quarta e quinta geração estão ligados aos avanços de desenvolvimento tecnológico da humanidade, no sentido de que os direitos de quarta geração estariam ligados aos controles genéticos e manipulação do genótipo, e os direitos de quinta geração atrelados à evolução na cibernética. Sem exclusão de algumas vertentes que admitem prerrogativas decorrentes das mudanças na sociedade por razões da globalização.

Não se pode perder de vista que o precursor da ideia de uma quarta geração de direitos foi Paulo Bonavides, sustentando o atrelamento à globalização de direitos fundamentais e considerando os direitos decorrentes: direito à democracia e informação.

Sobre os acréscimos no desenvolvimento das aclamadas geração dos direitos, Boaventura de Souza Santos compreende o acesso à água potável como uma problemática da atualidade: “A desertificação e a falta de água são os problemas que mais vão afetar os países do Terceiro Mundo na próxima década. Um quinto da humanidade já não tem hoje acesso à água potável”. (SANTOS, 2001, p. 24).

Foi na linha do pensamento de Boaventura de Souza Santos que começa a se desenvolver a defesa de inserção do benefício do acesso à água potável na temática de uma sexta geração de direitos, dentre os teóricos, destacam-se Zulmar Fachin e Deise Marcelino (FACHIN; SILVA, 2010).

Releva-se salientar que o acesso à água potável, destacado da temática dos recursos hídricos e do meio ambiente ecologicamente equilibrado, que estão inseridos na terceira geração de direitos, mas que são colocados em novas gerações, invocando trechos do próprio Norberto Bobbio:

Os direitos de terceira geração, como de viver num ambiente não poluído, não poderiam ter sido sequer imaginados quando foram propostos os de segunda geração, do mesmo modo como estes últimos (por exemplo, o direito à instrução ou à assistência) não eram sequer concebíveis quando foram promulgadas as primeiras declarações setecentistas. Essas exigências nascem somente quando nascem determinados carecimentos. Novos

carecimentos nascem em função da mudança das condições sociais e quando o desenvolvimento técnico permite satisfazê-las (BOBBIO, 1992. p. 6-7)

Reconhecida a natureza histórica e evolutiva deste ideário, o próprio Zulmar Fachin (2010, p. 74), ao defender a tese da sexta geração de direitos, define água potável:

[...] aquela conveniente para o consumo humano. Isenta de quantidades apreciáveis de sais minerais ou de microorganismos nocivos, diz-se daquela que conserva seu potencial de consumo de modo a não causar prejuízos ao organismo. Potável é a quantidade da água que pode ser consumida por pessoas e animais sem riscos de adquirirem doenças por contaminação.

A ideia de acrescentar mais e mais gerações dos direitos como uma forma de reconhecer adequações as contingências sociais e novas técnicas de satisfazê-las, gera sempre uma postura intelectual de ousar descobrir tanto a geração de direitos que a atualidade está vivendo, quanto as futuras gerações que a sociedade deve conhecer, gerando discussões que especulam as afirmações de sétima e oitava gerações.

Vale ressaltar que esta tendência criacionista acerca de mais geração de direitos possui seus autores críticos, inclusive internacionalmente, dentre eles, Fernando Falcon e Tella, na obra literária intitulada: “*Challenges for human rights*” (FALCON Y TELLA, 2007).

Há ainda a possibilidade de se encontrar especulações acerca de sétimas dimensões de direitos, fazendo alusões aos problemas de lentidão do Poder Judiciário e da amenização da punição nas responsabilizações criminais; sem deixar de fazer menção a especulações de até oitavas dimensões de direitos, sugestionando a segurança pública como um contingente bastante atual. Entretanto, não se pode esquecer que tais construções doutrinárias são ainda muito tímidas e de fácil divergência, de modo que há quem controverta tal entendimento, atrelando outros direitos a estas fases, tais como, o direito à internet como de sétima geração dos direitos.

Portanto, muitos foram os acréscimos ao ideário genuíno desde a elaboração e a respectiva apresentação na famosa aula inaugural em 1979, ficando bastante clara uma provocadora tendência entre os estudiosos de estar sempre revelando novas dimensões, ou ainda, apontando qual a dimensão de direitos que a atualidade está vivenciando, tendo em vista o grande numerário legislativo que vem sendo produzido, sobre como a complexidade social que a realidade vem marcando na pós-modernidade.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DOS PONTOS TEÓRICOS DESFAVORÁVEIS ÀS GERAÇÕES E DIMENSÕES DE DIREITOS

2.1 Da falha terminológica na nomenclatura intituldora das fases de proteção dos direitos

No desenvolvimento doutrinário acerca do pensamento de Karel Vasak, os acréscimos de quarta, quinta e outras fases de proteção dos direitos fundamentais não foram as únicas modificações na proposta originária, havendo também significativas implementações na nomenclatura “gerações” utilizada para intitular os diferentes momentos de proteção (BONAVIDES, 2006, p. 563).

Ocorre que a expressão “gerações”, em seu sentido semântico e literal, possui uma ideia de sucessão, ou ainda, de substituição e corretamente a própria vertente constitucionalista e defensora corrige a nomenclatura que, se levada a cabo de seu significado acaba apontando um fenômeno em que a égide de direitos pertencentes a um momento de proteção é encerrado e sucedido pelo momento subsequente, e esta sucessão de direitos no transcorrer das diferentes fases, não consiste no que de fato ocorre: “os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e quantitativo [...]” (BONAVIDES, 2006).

Foi por isso que muitos dos constitucionalistas defensores deste pensamento reconhecerão a proposta de corrigenda terminológica da nomenclatura que intitulou as fases de positivizações de prerrogativas, que irá ser aceita no sentido de afastar a expressão “gerações” de direitos e divulgar uma evolução terminológica com a expressão “dimensões” de direitos, justamente por razões ligadas ao caráter da historicidade dos direitos fundamentais que prega o cúmulo de conteúdos de um momento de proteção para o outro e não de proteções que deixam de existir em razão do outro contexto subsequente.

Sendo, também nesse sentido que Ingo Sarlet doutrina acerca dos aspectos não só cumulativos, mas também sobre atributos complementadores, indivisíveis e, enfim, de unidade:

[...] a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para, além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno [...] (SARLET, 2008. p. 49-50).

O próprio Sarlet (2008, p. 55) explica as razões do termo “dimensões” de direitos ser usado em substituição de “gerações”, em suma, na corrigenda terminológica, reitera o

equivoco em se utilizar uma expressão terminológica que designa encerramento das proteções de diferentes momentos de proteção:

Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à ideia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno ‘Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Na vertente internacionalista, Trindade (1997, p. 30) faz significativas ponderações sobre a ideia sucessória trazida pelo significado da nomenclatura que intitulou o pensamento na elaboração:

[...] a fantasia nefasta das chamadas “gerações de direitos”, histórica e juridicamente infundada, na medida em que alimentou uma visão fragmentada ou atomizada dos direitos humanos, já se encontra devidamente desmistificada. O fenômeno de hoje testemunhamos não é o de sucessão, mas antes, de uma expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, consoante uma visão necessariamente integrada de todos os direitos humanos. As razões histórico-ideológicas da compartimentalização já há muito desapareceram. Hoje podemos ver com clareza que os avanços nas liberdades públicas em tantos países nos últimos anos devem necessariamente fazer-se acompanhar não de retrocesso – como vem ocorrendo em numerosos países – mas de avanços paralelos no domínio econômico-social.

Releva-se, assim, o aprofundamento no termo “geração” que tem sua origem etimológica do latim *generatio*, referindo-se a linhagem, genealogia, ascendência, de modo que há, realmente, indicativo de sucessório ou de sucessão.

Sucessão aparece com a ideia de substituição ou, pelo menos, de algo que se encerra em razão de outro vindouro, revelando a pluralidade de, no mínimo, dois titulares, momentos ou coisas onde uma delas está se encerrando em razão da outra que está por vir.

Portanto, a própria vertente constitucionalista e defensora do ideário irá assumir a crítica acerca da expressão “geração” e propor a evolução terminológica para “dimensões” de direitos, com objetivo de evitar o uso de uma intitulação que indique um fenômeno sucessório

que não ocorreu no transcorrer das fases de proteção, uma vez que as prerrogativas de um contexto não são encerradas em detrimento ao momento posterior de proteção, de modo que o que, de fato, ocorre está pautado na ideia de cúmulo e adição, inclusive em conformidade com a linha de historicidade da proteção desses direitos.

2.2. Do desvio cronológico e sequencial na ordem de proteção em face aos Tratados e Convenções Internacionais

Na linha de uma crescente vertente doutrinária formada, principalmente, por autores internacionalistas da literatura jurídica, releva-se uma significativa crítica acerca do desenvolvimento e da construção do ideário das dimensões de proteção dos direitos fundamentais:

A classificação tradicional, porém, tem objeto de recentes críticas, as quais apontam para a não-correspondência entre as gerações, as quais apontam e o processo histórico de nascimento e desenvolvimento dos direitos humanos. Mais além, verifica-se que a difundida noção tem acarretado confusões conceituais acerca de suas características distintivas dos direitos humanos. (WEIS, p. 40, 1999).

Ocorre que o pensamento que defende a ordem de previsão dos direitos fundamentais na linha das dimensões de direitos não se verifica quando internacionalistas se propõem a conferir o histórico de proteção jurídica desses direitos em documentos e textos de natureza diversa dos textos de essência constitucional, no caso, observou-se a ordem do histórico de proteção ocorrida em textos provenientes de Tratados e Convenções Internacionais.

Na esfera dos Tratados e Convenções Internacionais, surpreendentemente, os primeiros direitos relativos à pessoa humana não foram os civis e políticos, como propõe o ideário proposto por Karel Vasak, mas os direitos relativos ao trabalho com a Convenção da OIT datada em 1919:

O autor Antônio A. Cançado Trindade destaca o descompasso entre o direito interno dos países e o direito internacional público. Se no primeiro o reconhecimento dos direitos sociais pelas constituições foi, no geral, posterior ao dos direitos civis e políticos, no plano internacional o surgimento da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, propiciou a elaboração de diversas convenções regulamentando os direitos sociais dos trabalhadores, antes mesmo da internacionalização dos direitos civis e políticos (WEIS, p. 40-41, 1999).

No caso dos direitos civis e políticos que, segundo a vertente de autoria de Karel Vasak, no âmbito internacionalista, foram protegidos somente em 1966 com o intitulado Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, porém o que deve ser destacado em uma

crescente doutrina internacionalista consiste no reconhecimento da ruptura no histórico de proteção até então defendida de modo quase que pacífico pelos constitucionalistas; porém, de fato, a ordem cronológica proposta por Karel Vasak é quebrada quando vislumbrada na perspectiva internacionalista. As principais obras em que se pode verificar esta vertente crítica são: “Direitos Humanos Contemporâneos” (WEIS, 2010); “Classificação dos Direitos Fundamentais: do Sistema Geracional ao sistema unitário – Uma proposta de Compreensão” (SCHÄFER, 2013 p. 39); “Curso de Direito Internacional Público” (MAZZUOLLI, 2013, p. 858), onde se afirma claramente:

[...] a consagração nas Constituições dos direitos sociais foi, em geral, posterior à dos direitos civis e políticos, ao passo que no plano internacional o surgimento da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, propiciou a elaboração de diversas convenções regulamentando os direitos sociais dos trabalhadores, antes mesmo da internacionalização dos direitos civis e políticos no plano externo (MAZZUOLI, 2013, p. 858).

Portanto, a primeira vez que se positivaram direitos atinentes à pessoa humana à luz de normas de Direito Internacional, não foram os direitos civis e políticos no século XIX, mas no início do século XX, atinentes a direitos essencialmente sociais, por isso o precedente histórico explica o processo de internacionalização dos direitos humanos, assinala-se a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho, convenções pelas quais foi possível, pela primeira vez, “redefinir o *status* do indivíduo no cenário internacional, para que se tornasse verdadeiro sujeito de direito internacional” (PIOVESAN, 2003, p. 125).

Vale atenção de que o fenômeno de criação das dimensões de direitos não é um fenômeno estritamente brasileiro, sua crítica compreende os autores estrangeiros, dentre os quais destacam-se Fernando Falcon Y Tella, em sua obra intitulada “*Challenges for human rights*” (FALCON Y TELLA, 2007).

O próprio Trindade ressalta o pensamento como infundado juridicamente, referenciando a expansão dos direitos fundamentais e a devida integralidade dos direitos humanos, de modo que a compartimentalização já há muito tempo desapareceu:

[...] a fantasia nefasta das chamadas “gerações de direitos”, histórica e juridicamente infundada, na medida em que alimentou uma visão fragmentada ou atomizada dos direitos humanos, já se encontra devidamente desmistificada. O fenômeno de hoje testemunhamos não é o de sucessão, mas antes, de uma expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, consoante uma visão necessariamente integrada de todos os direitos humanos. As razões histórico-ideológicas da compartimentalização já há muito desapareceram. Hoje podemos ver com clareza que os avanços nas liberdades públicas em tantos países nos últimos

anos devem necessariamente fazer-se acompanhar não de retrocesso – como vem ocorrendo em numerosos países – mas de avanços paralelos no domínio econômico-social. (TRINDADE, 1997. p 390).

A orientação teórica desta vertente que reconhece o descompasso da cronologia das dimensões quando vislumbrados documentos e textualizações jurídicas de natureza diversa da vertente constitucionalista têm o apoio da jurista Flávia Piovesan, além dos já mencionados Valério Mazzuoli, Cançado Trindade, Jairo Schäfer e, talvez seu maior crítico, Carlos Weis. Inclusive, indagando qual a razão para o descompasso doutrinariamente reconhecido entre os vícios do ideário das dimensões de direitos?

Observando a ruptura no histórico de proteção, pode-se concluir que a classificação de Karel Vasak foi retirada de verificações estritamente voltadas aos conteúdos que estavam sendo positivados, ou seja, direitos civis e políticos, sociais e econômicos e assim por diante, de modo que o critério sobre o qual foi construído o ideário classificatório no histórico de previsão está baseado apenas nos critérios dos conteúdos que foram sendo positivados.

Tratou-se, portanto, de um critério bastante vulnerável, uma vez que a conferência doutrinária do histórico de previsão de conteúdos (direitos civis e políticos, sociais e econômicos e assim por diante) seria reduzida a uma variável quando a conferência não se verificasse a luz de outras perspectivas, arriscando toda construção teórica e classificatória assentada não em uma constante, mas na variável de um critério essencialmente formal e positivista focada nos objetos que estavam sendo positivados.

Ocorre que Cançado Trindade questionou pessoalmente Karel Vasak acerca dos métodos utilizados por ele na V Conferência Nacional de Direitos Humanos, em 25 maio de 2000, realizada em Brasília:

Essa teoria é fragmentadora, atomista e toma os direitos de maneira absolutamente dividida, o que não corresponde à realidade. Eu conversei com Karel Vasak e perguntei: ‘Por que você formulou essa tese em 1979’. Ele respondeu: “Ah, eu não tinha tempo de preparar uma exposição, então me ocorreu fazer alguma reflexão, e eu me lembrei da bandeira francesa” – ele nasceu na velha Tchecoslováquia. Ele mesmo não levou essa tese muito a sério, mas, como tudo que é palavra “chavão”, pegou (HONESKO, 2008, p. 189).

Portanto, conclui-se que a perspectiva cega de considerar apenas a análise de textos de natureza constitucional não projetou conferências críticas de textualizações jurídicas de natureza diversa daquela considerada na elaboração genuína, deixando bastante vulnerável o pensamento.

O critério restrito aos conteúdos que galgaram previsões e positivações jurídicas mostrou-se falho, haja vista não conseguir abarcar, dentro de um mesmo aspecto, todas as previsões, de modo que uma proposta de classificação cronológica tendo em vista apenas um aspecto, ou sob o ponto de vista de apenas uma perspectiva, irá abrir margem para a conferência da crítica da cronologia em outras perspectivas; por isso, a opção pela superação do critério de analisar conteúdos considerando aspectos uniformizadores e constantes; por isso faz sentido o título da obra literária de um dos autores da vertente internacionalista, Jairo Schäfer, “Classificação dos Direitos Fundamentais: do Sistema Geracional ao Sistema Unitário”, propondo, justamente, uma constante como um critério uniformizador.

2.3. Da ruptura da proposta das fases de proteção de direitos no histórico de proteção no constitucionalismo brasileiro

A admissão da ruptura da lógica das gerações de direitos verificável no histórico de proteção dos direitos fundamentais, ocorrida na conferência da previsão vislumbrada por Tratados e Convenções Internacionais acaba ensejando a necessidade pela mesma análise no histórico do constitucionalismo pátrio, de modo a, de fato, repetir a conferência da ordem de proteção proposta pelas dimensões de direitos em face ao histórico das Constituições Brasileiras.

O descompasso de proteção ocorrido em certos documentos em detrimento à ordem histórica de proteção proposta por Karel Vasak, não se encerrou apenas com os Tratados e Convenções Internacionais, pois é perfeitamente possível a mesma verificação de desconformidade quando se analisa diferentes documentos constitucionais no histórico do constitucionalismo brasileiro.

A análise emblemática, onde se verifica o mesmo descompasso correspondente à proteção que seguiu a Constituição de 1934, referente aos direitos sociais e que na proposta de Vasak deveria ter sido seguida e procedida pela sequência de proteção de direitos atinentes a fraternidade, porém o histórico de proteção marca o retrocesso com advento da Constituição de 1937 que instituiu o Estado Novo (1937 até 1945) ao invés de dar sequência à proteção na perspectiva vasakiana.

A Constituição de 1937 que ficou conhecida como “Polaca”, com 187 artigos, assinada por Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937, manteve a intitulação “Constituição dos Estados Unidos do Brasil” referenciando um Estado Federal, porém governado por interventores nomeados pelo Presidente da República, que por sua vez, nomeavam prefeitos

municipais, um enorme poder político concentrado nas mãos do chefe do Poder Executivo Federal:

Art. 9.º - O Governo federal intervirá nos Estados mediante a nomeação, pelo Presidente da República, de um interventor que assumirá no Estado as funções que, pela sua Constituição, competirem ao Poder Executivo [...]. (BRASIL, não paginado, 1937)

Ou ainda, o artigo 74 inciso “I” que diz claramente, logo após do artigo 73 que faz menção à Presidência da República como “autoridade suprema do Estado”:

Art. 74 – Compete privativamente ao Presidente da República: [...] c) dissolver a Câmara dos Deputados no caso do parágrafo único do art. 167; d) adiar, prorrogar e convocar o Parlamento; [...] I) intervir nos Estados e neles executar a intervenção, nos termos constitucionais; [...] (BRASIL, não paginado, 1937).

O sistema judiciário vinculado ao Presidente da República e a previsão da pena de morte para além dos casos previstos na legislação militar no tempo de guerra, inclusive dentro do artigo 122 que tratou dos “Direitos e Garantias Individuais”:

DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS Art. 122 – A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 13) Não haverá penas corpóreas perpétuas. As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores. Além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a pena de morte será aplicada nos seguintes crimes [...] (BRASIL, 1937).

No título “Dos Direitos e Garantias Individuais” da Constituição de 1937, que ao mesmo tempo garantem direitos de manifestar o seu pensamento dentro dos limites legais, coloca o adendo imperativo acrescido ao artigo 122 item 15:

A lei pode prescrever: a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação; b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude; c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado. (BRASIL, não paginado 1937)

O discurso de modelos imperativos mais radicais apegados à alegação de segurança nacional e reestabelecimento paz pública e ordem no propósito de suprimir direitos, além de uma liberdade enorme das polícias especiais e estaduais na sua atuação, podendo prender de forma arbitrária pessoas com base em mera suspeição.

A supressão do direito ao voto, para chefia dos Poderes Executivos, pode ser vislumbrada nos artigos 27: “O Prefeito será de livre nomeação do Governador do Estado”; o artigo 119, alínea “b” que diz: “Perdem os direitos políticos: [...] b) pela recusa, motivada por convicções religiosas, filosóficas ou políticas, de encargo, serviço ou obrigação imposta por lei aos brasileiros; [...]” (BRASIL, não paginado, 1937).

A parte preambular da Constituição de 1937 mostra cabalmente que as justificativas que foram usadas para constitucionalização de medidas absurdas, tendo em vista o próprio contexto de segunda geração dos direitos que, inclusive, ensejou a Constituição anterior, de 1934, reconhecidamente evoluída do ponto de vista social:

[...] *atendendo* ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente; *atendendo* a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança [...] (BRASIL, não paginado 1937, grifo do autor)

As eleições para Presidente da República estavam marcadas para janeiro de 1938 e, desde janeiro de 1937 vinham desenvolvendo a campanha eleitoral de 1937, até houve candidaturas, dentre as quais, de Plínio Salgado e Armando de Sales Oliveira, e para disfarçar as pretensões do golpe, o governo lançou a candidatura de José Américo de Almeida, sem desconsiderar a forte repressão policial que, por exemplo, resultou na prisão de Olga Benário Prestes que, grávida, foi presa, torturada e entregue à Gestapo Alemã acusada de judia e comunista, sem deixar de fazer menção do seu fuzilamento em 1942, no campo de concentração nazista de Ravensbrück.

No dia 30 de setembro de 1937, jornais anunciaram que o Estado Maior do Exército descobrira um plano comunista para a tomada do poder, era a famoso pseudoplano “Cohen” que era atribuído ao Komintern (Central Comunista Internacional), baseado em greves, massacre de líderes políticos, incêndio de igrejas e outras medidas; de modo que em novembro de 1937, Getúlio encabeçou o golpe, sem mortes, nem tiros, com o apoio governadores incumbidos de reprimir protestos em seus estados e uma companhia de soldados que fechou o Congresso, promulgando um documento constitucional acusado de já pronto bem antes, escrito por Francisco Campos, por fim, um pequeno discurso pelo rádio instaurou o período que ficou conhecido como Estado Novo.

O “Plano Cohen” era uma farsa para instauração do Estado Novo, historicamente, acusado de ter sido redigido pelo militar integralista Olimpo Mourão Filho que,

posteriormente, especificamente em 31 de março de 1964, encabeçaria outro golpe, com o movimento cívico-militar.

Analisando o documento de 1937, temos uma Constituição compreendida como outorgada, abolindo partidos políticos e instaurando a égide dos aclamados decretos-lei, restrições às iniciativas de projetos de lei, de modo que fica bastante patente o regresso democrático ou em termos de direitos e garantias fundamentais quando comparada com a Constituição anterior de 1934:

Na Constituição de 1934 adotou-se o princípio da divisão das funções. Todavia, a carta política de 1937 trouxe em seu texto a forma de concentração de poder na pessoa do Presidente da República, que se transformou em ditador de 1937 a 1945 (MACHADO, 2012, p. 89).

A Constituição de 1934 foi pioneira na participação política, as previsões dos votos secretos, feminino, a criação de uma Justiça Eleitoral que fiscalizasse as eleições dentro de uma Constituição promulgada por uma Assembleia Constituinte bem mais representativa do que as anteriores, incluindo a legislações trabalhistas, previdência Social, jornada de trabalho, salário mínimo, férias, aposentadoria, previsão do Mandado de Segurança, autonomia de sindicatos e representação profissional, enfim promulgada em 16 de julho de 1934, dando fim ao Governo Provisório demarcam o constitucionalismo do Estado Social:

Com a Constituição de 1934 chega-se à fase que mais de perto nos interessa, porquanto nela se insere a penetração de uma nova corrente de princípios, até então ignorados do direito constitucional positivo vigente no país. Esses princípios consagravam um pensamento diferente em matéria de direitos fundamentais da pessoa humana, a saber, faziam ressaltar o aspecto social, sem dúvida, grandemente descurado pelas Constituições precedentes. O social aí assinalava a presença e a influência do modelo de Weimar numa variação substancial de orientação e de rumos para o constitucionalismo brasileiro, (BONAVIDES, 2008, p. 366).

Há quem compreenda as inspirações sociais e valorativas de 1934 como um modelo fascinante de Estado Social com significativa inspiração alemã:

Em 1934 a inspiração do constitucionalismo weimeriano é decisiva para formulação precoce da forma de Estado Social que o constituinte brasileiro estabeleceu em bases formais, num passo criativo dos mais importantes, capaz de autenticar a significação e a autonomia doutrinária do terceiro ciclo ou época constitucional, em cujos espaços o regime ainda se move em busca de consistência, legitimidade e consolidação definitiva das instituições fundamentais. O constitucionalismo dessa terceira época fez brotar no Brasil desde 1934 o modelo fascinante de Estado Social de inspiração alemã, atado politicamente a formas democráticas, em que a Sociedade e o homem-pessoa – não-o homem indivíduo – são valores supremos. Tudo, porém, indissolúvelmente vinculado a uma concepção reabilitadora e legitimamente

do papel do Estado com referência à democracia, à liberdade e à igualdade. (BONAVIDES, 2008, p. 368).

Todavia, em que pese a abertura para uma nova fase, quando se compara à Constituição de 1934 reconhecidamente responsável pela inserção de um modelo social em detrimento à Constituição de 1937, há um patente retrocesso em termos democráticos e, sobretudo, acerca de direitos fundamentais, dentre vários exemplos, o retrocesso quanto aos direitos políticos que na proposta de Karel Vasak pertence a primeira fase de proteção.

Reitera-se salutar a ruptura da proposta cronológica e sequencial, inclusive quanto a influência do constitucionalismo weimariano que só será retomado em 1946:

Ao constitucionalismo de Weimar – substancialmente no seu teor social o mesmo da concepção ulterior de Bonn – o Estado social brasileiro deve, em termos jurídicos, as linhas de uma caracterização louvada, reconhecida e proclamada por quantos se ocuparam a fundo de nossa segunda Constituição republicana, a saber, a de 1934 [...]. Não findou aí a ressonância do social constitucionalismo brasileiro dos últimos 50 anos. Reaparece ele com toda a energia e intensidade programática do inciso IV do art. 157 da Constituição de 18 de setembro de 1946, que preceituava a participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e pela forma da lei determinar. (BONAVIDES, 2008, p. 369).

Sendo assim, se a ordem proposta pelo pensamento de Karel Vasak (liberdade, igualdade, fraternidade) fosse aplicável ao histórico brasileiro teríamos que ignorar o fato de que inúmeros direitos fundamentais, atentando-se aos direitos de primeira geração suprimidos com a instauração do Estado Novo, logo após a previsão de direitos de segunda dimensão.

Reiteram-se inúmeras previsões que retroagirão com supressão de necessidades fundamentais, até mesmo supressão de direitos inseridos na chamada primeira dimensão, tais como liberdade (de imprensa, de reunião, de associação etc.) ou políticos (de voto, de filiação partidária) e outros suprimidos pelo Estado Novo, em 1937, após a constitucionalização de direitos de segunda dimensão em 1934, rompendo com a sequência evolutiva do pensamento dimensional.

Fica assim, bastante clara a ideia sequencial de direitos fundamentais de primeira, para posterior segunda geração, é quebrada quando uma Constituição não prevê ou suprime direitos, em 1937, logo após ter previsto e positivados direitos de dimensão posterior, em 1934.

Assim, revelam-se falhas nas bases e no critério sobre o qual foi elaborado e desenvolvido o pensamento que vislumbrou o histórico de proteção dos direitos fundamentais, de modo que para verificar falhas basta conferência, análise e comparação da lógica das

dimensões de direitos em detrimento ao histórico de proteção dos mesmos direitos, porém sob as perspectivas diversas, tais como, a conferência no histórico do constitucionalismo pátrio ou mesmo na proteção ocorrida nos Tratados e Convenções Internacionais.

2.4. Das dimensões de direitos no discurso da cidadania em Marshall

Aproveitando o propósito de tratar de crises na proposta classificatória acerca dos direitos fundamentais, vale invocar o tradicional discurso de Thomas Humprey Marshall a respeito da cidadania como uma forma de demonstrar pensamentos diversos das ideias de Karel Vasak, que de nenhum modo foi o único e reconhecido pensamento teórico que classificou e abordou a determinação dos direitos fundamentais.

Pode-se dizer que transcrever sobre uma crise ou sobre situações críticas acerca de uma determinada proposta teórica, não está restrito a apontar os defeitos e vícios internos de um determinado pensamento, podendo inserir a existência de outras propostas, tão bem aceitas e até com significativo reconhecimento por parte da doutrina especializada. Assim, nesse sentido, vale tratar de outra classificação diversa também bastante reconhecida, consagrada e, também, muito bem aceita no âmbito dos direitos fundamentais.

No trabalho intitulado “Cidadania, classe social e *status*” escrito por Thomas Humprey Marshall, em 1949, o fenômeno da cidadania foi abordado como uma composição inicialmente formada pelos direitos civis; depois pelos direitos políticos e, por fim, pelos direitos sociais, compondo assim, um pensamento com significativas similaridades das denominadas dimensões de direitos:

Quando se separaram, os três elementos da cidadania romperam, por assim, dizer, toda relação. Tão completo foi o divórcio que, sem violentar demasiadamente a precisão histórica, podemos designar o período formativo de cada um a um século distinto – os direitos civis, no século XVIII; os políticos, no século XIX; e os sociais no século XX. Como é natural, estes períodos deverão ser tratados com uma razoável elasticidade, e há certo solapamento evidente, sobretudo entre os dois últimos. (MARSHALL, 1967, p. 65).

Assim, para Marshall, a cidadania parte de três elementos particulares: civil, político e social, sendo o Estado o eixo central no processo de aquisição da cidadania, pressupondo uma relação de dependência com o Estado nessa construção.

Os direitos civis teriam surgido no século XVIII, e estão relacionados às prerrogativas necessárias à liberdade individual, tais como a liberdade individual, liberdade de imprensa, pensamento, liberdade de fé e crença religiosa, acesso à justiça, propriedade

privada, direito de ir e vir, sendo direitos indispensáveis para economia de mercado, coexistindo, portanto, com o sistema capitalista (MARSHALL, 1977, p. 85).

Para Marshall o século XVIII, de fato, foi marcado como um tempo de determinação dos direitos civis:

Compreende lealdade de homens livres, imbuídos de direitos e protegidos por uma lei comum. Seu desenvolvimento é estimulado tanto pela luta para adquirir tais direitos quanto pelo gozo dos mesmos, uma vez adquiridos. Percebe-se isto claramente no século XVIII, o qual assistiu ao nascimento não apenas dos direitos civis, mas também da consciência nacional de nossos dias. (MARSHALL, 1967, p. 84).

Assim, a cidadania compreendida como civil, abarca os direitos necessários ao exercício da liberdade individual, como a liberdade de ir e vir, liberdade para firmar contratos, possuir propriedades e outros, sendo garantidos pela legalidade.

Já os direitos políticos como aqueles concebidos no século XIX, considerados como produtos secundários dos direitos civis que expressam o direito de participação no exercício do Poder Político, por meio da possibilidade de ser membro de organismo com autoridade política ou pelo direito de voto, não existindo uma igualdade política de fato, justamente, por existir preconceito de classe, expresso por meio da intimidação de classes inferiores pelas superiores, impedindo o livre exercício do direito de voto:

[...] os direitos políticos da cidadania, ao contrário dos direitos civis, estavam repletos de ameaça potencial ao sistema capitalista, embora aqueles que estavam entendendo, de modo cauteloso, tais direitos às classes menos favorecidas provavelmente não tivessem plena consciência da magnitude de tal ameaça (MARSHALL, 1977, p. 85).

Os direitos políticos, desse modo, correspondem ao direito de participar do poder político, tanto diretamente, quanto pelo governo indiretamente através do voto, fazendo parte das instituições representativas dos governos local e nacional.

E, por fim, os direitos sociais que surgiram no século XX, sendo aqueles aptos a conferir um mínimo de condição econômica, acesso aos serviços educacionais e sociais, destacando que os direitos sociais mínimos foram desligados do *status* social da cidadania, de modo que, no exemplo do beneficiário da aclamada *Poor Law*, correspondente ao auxílio financeiro garantido às famílias menos favorecidas, teriam sua condição de cidadão usurpada (MARSHALL, 1977, p. 72), como forma de reafirmação da defesa de que o reestabelecimento dos direitos sociais do século XX. Vale o trecho onde reconhece que o ponto crucial para este restabelecimento foi o desenvolvimento da educação primária pública obrigatória de antes:

Tornou-se cada vez mais notório, com o passar do século XIX, que a democracia política necessitava de um eleitorado educado e de que a produção científica se ressentia de técnicos e trabalhadores qualificados. O dever de autoaperfeiçoamento e de autocivilização é, portanto, um dever social e não somente individual, porque o bom funcionamento de uma sociedade depende da educação de seus membros. E uma comunidade que exige o cumprimento dessa obrigação começou a ter consciência de que sua cultura é uma unidade orgânica e sua civilização uma herança nacional. Depreende-se disto que o desenvolvimento da educação primária pública durante o século XIX constituiu o primeiro passo decisivo em prol do restabelecimento dos direitos sociais da cidadania no século XX. (MARSHALL, 1967, p. 74).

A cidadania compreendida como social, por sua vez, responde a necessidade básica, assegurando direito a um bem-estar econômico mínimo, relacionando primeiramente com o direito ao salário, saúde, educação, habitação, alimentação e outros, valendo observar outra diferença no contexto brasileiro, considerando que Marshall defende a educação primária obrigatória como fundamental para o desenvolvimento da cidadania.

Vale ressaltar, que Marshall observa o que os direitos sociais compreendiam como um mínimo e não faziam parte do conceito de cidadania e foi preciso que tais direitos fossem incorporados ao *status* de cidadania:

O período com o qual me ocupei até o momento se caracterizou pelo fato de o desenvolvimento da cidadania, conquanto substancial e marcante, ter exercido pouca influência direta sobre a desigualdade social. Os direitos civis deram poderes legais cujo uso foi drasticamente prejudicado por preconceito de classe e falta de oportunidade econômica. Os direitos políticos deram poder potencial cujo exercício exigia experiência, organização e uma mudança de ideias quanto às funções próprias de Governo. Foi necessário bastante tempo para que estes se desenvolvessem. Os direitos sociais compreendiam um mínimo e não faziam parte do conceito de cidadania. A finalidade comum das tentativas voluntárias e legais era diminuir o ônus da pobreza sem alterar o padrão de desigualdade do qual a pobreza era obviamente, a consequência mais desagradável. Iniciou-se um novo período no final do século XIX [...]. Essas aspirações tornaram realidade, ao menos em parte, pela incorporação dos direitos sociais ao status da cidadania. (MARSHALL, 1967, p. 88)

Valendo, inclusive, o trecho em que Marshall explica como o desenvolvimento inglês e o progresso foi resultando em maior distribuição da renda, assentando um processo evolutivo de condições sociais, relevando assim, a necessidade do desenvolvimento desta dimensão social para fins de alcançar a cidadania plena:

Assistiu ao primeiro grande avanço no campo dos direitos sociais, e isto acarretou mudanças significativas no princípio igualitário como expresso da cidadania. Mas havia outras forças operando também. Um aumento de

rendas nominais desigualmente distribuídas pelas classes sociais modificou a distância entre trabalhadores especializados e não especializados e entre trabalhadores não-manuais, ao passo que o aumento contínuo das pequenas poupanças obscureceu a distinções de classe entre o capitalista e o proletário sem bens [...] Finalmente, a produção em massa para o mercado interno e o crescente interesse da indústria pelas necessidades e gostos de massa capacitaram os menos favorecidos a gozar de uma civilização material que diferia de modo menos acentuado em qualidade daquela dos abastados do que em qualquer outra época. Os componentes de uma vida civilizada e culta, originariamente o monopólio de poucos, foram, aos poucos, postos ao alcance de muitos. A diminuição da desigualdade fortaleceu a luta pela sua abolição [...]. (MARSHALL, 1967, p. 88).

Deste modo, o desenvolvimento da cidadania em Marshall depende do desenvolvimento dos direitos civis, seguidos dos direitos políticos e dos direitos sociais, nos séculos XVIII, XIX e XX, respectivamente, introduzindo assim, o conceito de direitos sociais e a ideia de plenitude de cidadania somente quando dotada dos três tipos de direito, sendo uma condição ligada à classe social.

Marshall vislumbra a determinação dos direitos dentro da concepção de cidadania que não deixa de celebrar o indivíduo enquanto unidade política desvinculado das instituições gremiais e corporativas, cujo início ocorreu nas revoluções inglesas do século XVII, Revolução Francesa de 1789 e *Bill of Rights*, possuindo aspirações nos direitos naturais, devendo ser reconhecidos e protegidos pelo poder.

A ideia de cidadania inserida no contexto da modernidade e da estruturação do Estado-nação passa a ocupar um campo mais amplo, onde esta ideia é definida como a posse de direitos civis, políticos e sociais, sendo uma noção ainda em um processo de construção que, segundo Marshall, desenvolve-se desde o século XVII:

[...] a cidadania tem sido uma instituição em desenvolvimento na Inglaterra pelo menos desde a segunda metade do século XVII, então é claro que seu crescimento coincide com o desenvolvimento do capitalismo que é o sistema não de igualdade, mas de desigualdade. (MARSHALL, 1967, p. 76).

Não se pode perder de vista que a perspectiva de Marshall acaba ficando muito restrita ao contexto britânico, marcado pelo desenvolvimento da industrialização concomitantemente à democracia, de modo que, invocado o exemplo dos Estados Unidos, a mobilização popular ocorreu antes da industrialização.

Por isso, há significativas ponderações ao pensamento de Marshall atinente à sociedade britânica, sendo um pensamento focado nos problemas econômicos, políticos e sociais restritos ao contexto britânico, sendo apontado como uma perspectiva não tão ampla,

universal e abrangente como tenta a proposta de Karel Vasak, que possui sérias limitações quando relacionada aos problemas e às peculiaridades de outros países (MOURA, 2009).

Observa-se, por exemplo, a trajetória brasileira com significativas ponderações das diferenças em detrimento a evolução inglesa no tocante ao pensamento de Marshall:

Sob tal perspectiva, existiam duas importantes diferenças entre a trajetória inglesa e a brasileira: “a primeira refere-se a maior ênfase em um dos direitos, o social, em relação aos outros. A segunda refere-se à alteração na sequência em que os direitos foram adquiridos: entre nós o social precedeu os outros”. (CARVALHO, 2001, p. 11).

Nesse sentido, como argumenta Moura (2009, p.23):

[...]podemos afirmar que uma das maiores discrepâncias desses sistemas reside no fato do tripé que compõe a cidadania - direitos políticos, civis e sociais – foi por aquele povo conquistado e, para nós, doado, segundo os interesses particulares dos governantes de plantão.

Outra crítica bastante significativa é correspondente ao pensamento de Marshall, que assevera aos direitos sociais ter se afastado da ideia de *status* da cidadania, uma vez considerando a política do *Poor Law* e das necessidades do capitalismo (MOURA, 2009).

José Murilo de Carvalho, em um trabalho intitulado “Cidadania no Brasil: o longo caminho”, dispõe uma lógica inversa da proposta de Marshall, que, inclusive, serve para denotar ainda mais a fórmula não universal e adstrita ao contexto britânico do pensamento de Marshall, asseverando que primeiro:

[...] vieram os direitos sociais, implantados no período da supressão dos direitos políticos e de redução dos direitos civis por um ditador que se tornou popular (Getúlio Vargas). Depois vieram os direitos políticos [...] a expansão dos direitos do voto deu-se em outro período ditatorial, em que os órgãos de repressão política foram transformados em peça decorativa do regime (militar) [...] A pirâmide dos direitos no Brasil foi colocada de cabeça para baixo. (CARVALHO, 2001, p. 219-229)

Cidadania para Marshall consiste, portanto, no pertencimento pleno a uma comunidade, de modo que a expressão pertencimento implica na participação dos indivíduos na determinação das condições de sua própria associação sendo um *status* que garante aos indivíduos iguais direitos e deveres, liberdades e restrições, poderes e responsabilidades (MARSHAL, 1973, p. 70-84).

A principal ponderação ao pensamento de Marshall está em confiar, sobremaneira, nas forças do progresso, no desenvolvimento da sociedade, apesar de reconhecer que o sistema econômico funciona produzindo desigualdades, de modo a gerar pensamentos como de Anthony Giddens que, ao refletir sobre o tema, entende que as dimensões de direitos civis,

políticos e sociais foram conseguidas à custas de ações, organizadas ou não, de expressivos segmentos sociais (GIDDENS, 1987, p. 78-103).

Logicamente que não se pode perder de vista a relevância da obra de Marshall, uma vez que foi o primeiro que elaborou a distinção sociológica entre cidadania civil, política e social e, ao mesmo tempo, defendeu a interdependência entre esses três tipos de cidadania (MARSHALL, 1967, p. 78-79), com significativas proximidades com a característica da interrelacionariedade dos direitos fundamentais que confronta diretamente a proposta teórica de Karel Vasak.

Confrontando o pensamento de Marshall proposto para o contexto britânico e inserido na acepção de cidadania enquanto direito de aquisição de direitos, desenvolvido para pensar os direitos e obrigações inerentes à condição de cidadão, vale o paralelo com as ideias de Karel Vasak, onde direitos civis e políticos que Marshall concluiu como determinados, nos séculos XVIII e XIX, respectivamente, sendo os direitos compreendidos por Vasak como de primeira dimensão e, por fim, direitos sociais concluídos por Marshall no século XX como direitos compreendidos de segunda dimensão por Karel Vasak.

Portanto, o pensamento, em que pese marcado com séria abordagem e significativa construção, possui restrições quanto às peculiaridades britânicas inviabilizadoras da universalização e significativas críticas, incluindo a ausência expressa da menção dos aclamados direitos de quarta e quinta dimensão (direitos atinentes à solidariedade que transcende a esfera do individual), orientando para que o trabalho prossiga na proposta de Karel Vasak que abarca não só as prerrogativas da tutela coletiva, mas a universalização de outros países.

3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DA CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A PERSPECTIVA DA SUBJETIVIDADE E DOS CONTEÚDOS JURIDICAMENTE PROTEGIDOS

À necessidade de releituras das várias obras literárias que tiveram significativas contribuições para o pensamento das dimensões de direitos, atenta-se relevante obra literária de autoria de Norberto Bobbio intitulada “A Era dos Direitos”, onde se observa um pontual recorte em que o autor italiano reconhece uma divergência em face ao trabalho do filósofo alemão Karl Marx, intitulado “Sobre a Questão Judaica” do outono de 1843, assumindo uma divergência pontual quanto ao aspecto da universalidade desses direitos:

[...] De nenhum modo se tratava do homem abstrato, universal! O homem de que falava a declaração era, na verdade, o burguês; os direitos tutelados pela Declaração eram direitos do burguês, do homem (explicava Marx) egoísta, do homem separado dos outros homens e da comunidade, do homem enquanto ‘mônada isolada e fechada em si mesma’ [...] A acusação feita por Marx à Declaração era a de ser inspirada numa concepção individualista da sociedade. A acusação era justíssima. (BOBBIO, 2004, p. 46).

Analisando esta pontual divergência em que Norberto Bobbio em face ao trabalho de Karl Marx, percebe-se que o conclusivo do filósofo alemão, que observou um dos principais documentos pertencentes à primeira dimensão de direitos foi, na verdade, uma análise subjetiva que se afastou da perspectiva do conteúdo marcado com o aspecto da universalidade, a fim de destacar os sujeitos que foram beneficiados em um determinado contexto histórico e político com a respectiva proteção, em suma, apontando os agentes políticos que tiveram seus interesses efetivados com a proteção de direitos em tese e abstratamente universais.

A positivação de direitos e conteúdos humanos, textualizados em documentos jurídicos, para ser extensível a todos os seres humanos, acaba gerando uma universalidade meramente abstrata, pois a universalidade dos conteúdos juridicamente protegidos não transcende ou supera o âmbito das respectivas previsões, de modo que a realidade acaba sendo marcada pela realização de direitos juridicamente protegidos somente para alguns, ou certas categorias, em detrimento aos demais na efetividade daqueles direitos protegidos naquele respectivo contexto histórico e político.

Declina-se, assim, a observação para as categorias subjetivas que tiveram direitos que teoricamente seriam de todos, mas que, entretanto, somente para alguns foram efetivados, de modo a analisar o contexto histórico e político daqueles que conseguiram vislumbrar esses direitos.

A perspectiva subjetiva que coloca o ideário das dimensões de direitos em crise consiste justamente, em estender o conclusivo do filósofo alemão, feita em um dos principais documentos inseridos na primeira dimensão para as demais fases de proteção.

Reconhece-se que para analisar a possibilidade de determinados sujeitos favorecidos e beneficiados com as respectivas proteções, deve-se afastar da universalidade, haja vista que está na perspectiva do conteúdo, uma vez que não supera o âmbito das previsões para efetivação de todos.

A universalidade, portanto, não transcende o campo das suas previsões, constricta e presa na perspectiva do conteúdo, afasta-se da sua consideração para análise de uma subjetividade efetiva, em suma, sendo a universalidade abstrata, adentra-se no campo da realidade para fins das seguintes indagações: quem foram os favorecidos com as respectivas proteções jurídicas? Quem teve seus interesses efetivados e se beneficiaram com o respectivo contexto político até a proteção?

Enquanto Norberto Bobbio defendia a construção de um pensamento a partir das observações dos conteúdos que foram positivados; o filósofo alemão observou o mesmo conteúdo, porém dessa perspectiva subjetiva, procurando quem, segundo aquela realidade histórica, era de fato, a categoria interessada e realmente beneficiada com determinada previsão:

A crítica oposta – segundo a qual a Declaração, em vez de ser demasiadamente abstrata, era tão concreta e historicamente determinada que, na verdade, não era defesa do homem em geral, que teria existido sem que o autor das Noites de São Petersburgo o soubesse, mas o burguês, que existia em carne e osso e lutava pela própria emancipação de classe contra a aristocracia, sem se preocupar muito com os direitos do que seria o chamado Quarto Estado – foi feita pelo jovem Marx no artigo sobre a “Questão Judaica”, suficientemente conhecido para que não seja preciso nos ocuparmos de novo dele, e repetida depois, ritualmente, por diversas gerações marxistas. (BOBBIO, 2004, p. 46).

Observa-se que, restringindo-se ao “dever ser” e considerando a universalidade dos conteúdos que galgaram as respectivas previsões, a análise subjetiva fica afastada, pois, como já dito, se os conteúdos são universais, em tese, não deveriam existir grupos beneficiados e favorecidos em detrimento aos demais.

Portanto, pode-se compreender também, da seguinte forma: uma perspectiva interna voltada a se aprofundar nos conteúdos e respectivas características que ganharam as respectivas proteções jurídicas e uma perspectiva externa em que se verificam para quem as proteções foram, de fato, efetivadas.

A elástica feita por Bobbio rendeu elogios ao filósofo alemão, asseverando as vênias para respectiva discordância, valendo observações em alguns detalhes:

A acusação feita por Marx à Declaração era a de ser inspirada numa concepção individualista da sociedade. A acusação era justíssima. Mas é aceitável? De certo ponto de vista no qual se situa a Declaração para dar uma solução ao eterno problema das relações entre governantes e governados é o indivíduo, do indivíduo singular (BOBBIO, 2004, p. 46).

Perceba que o autor favorece a ideia do individualismo, sem negar o acusado por Marx, justificando com a valoração do indivíduo como forma de solucionar o problema entre governantes e governados, retomando a consideração do homem e da universalidade, de modo que considerar a universalidade acabaria concentrando construções teóricas na perspectiva dos conteúdos, não referenciando sujeitos, uma vez retomada a universalidade.

A proposta passa a ser a análise subjetiva dos conteúdos protegidos no ponto de vista da efetividade, de modo a verificar quem teve efetivado, de fato, os direitos universais que foram previstos. Em suma, quem foi favorecido verdadeiramente, nos respectivos contextos políticos que se beneficiaram com a proteção de prerrogativas universais.

O professor Ricardo Marcelo Fonseca da Universidade Federal do Paraná, em um trabalho intitulado “Para uma possível teoria da história dos Direitos Humanos” faz referência ao trabalho do filósofo alemão, “A Questão Judaica” de Karl Marx, ratificando justamente os propósitos idealista e classista dos direitos do homem (FONSECA, 2011).

Assim, há que se utilizar da divergência para fins de mais uma perspectiva que merece revisar as três primeiras fases de proteção de prerrogativas fundamentais (revisão subjetiva das fases de proteção), ou seja, a perspectiva que enfatiza o plano da realidade e da efetiva realização dos conteúdos que foram sendo previstos referenciando abstratamente a todos.

3.1. Da perspectiva subjetiva para a primeira dimensão de direitos

Como já visto, a primeira dimensão de direitos está atrelada terminologicamente à ideia de liberdade, em suma, correspondente à primeira expressão do lema revolucionário setecentista francês, porém a investigação tem mostrado que o idealismo romântico da expressão liberdade, na verdade teve seus reais intentos ligados à estabilização não só de um mercado de consumo livre sem o deliberativo estatal, mas também da liberdade dos trabalhadores de disporem voluntariamente sua força trabalho como mercadoria:

Para transformar dinheiro e capital, o possuidor de dinheiro precisa encontrar, portanto, o trabalhador livre no mercado de mercadorias, livre no duplo sentido de que ele dispõe, como pessoa livre, de sua força de trabalho como sua mercadoria, e que ele, por outro lado, não tem outras mercadorias para vender, solto e solteiro, livre de todas as coisas necessárias para realização da sua força de trabalho. (MARX, 1983, p. 140).

Os valores liberdade e igualdade que nivelaram todos à condição de sujeitos, que tiveram seus pretensos interesses, levando em conta a percepção histórica que nem sempre seres humanos foram considerados sujeitos, transcrevendo partes históricas de escravidão, onde homens e mulheres estavam reduzidos a objetos de direito, de modo que farta é a literatura histórica admitindo que o romântico e idealista apoio britânico na abolição da escravatura brasileira teve suas razões, principalmente, na ideia de mercado de consumo, repetindo, justamente, a conversão daquilo que outrora fora objeto para se tornar sujeito de direito, cumulando no pretense mercado de consumo com a abolição, também a disposição da força trabalho como mercadoria:

[...] toda produção é produção de um sujeito por um lado, a coisa é produzida, humanizada pelo sujeito; por outro lado, o homem não mais encontra diante de si senão a produção do homem. Noutras palavras, tal postulação produz principalmente o efeito prático seguinte: todo encontro (jurídico) entre dois indivíduos é o encontro de dois proprietários privados possuidores de mercadorias. (ELDEMAN, 1973, p. 72).

O valor liberdade é responsável pelo embasamento da primeira dimensão de direitos deve ser desmistificado de seu romantismo, de modo que a doutrina constitucional reconhece a necessidade desta desmistificação na compreensão do contexto político que favoreceu o êxito da burguesia na proteção de interesses que, em que pese universais, somente naquele momento histórico galgou a respectiva proteção:

O debate acerca do sujeito de direito é posto numa dimensão completamente outra a partir de Marx. A ruptura que a obra da maturidade de Marx, ao desvelar as contradições últimas da sociedade capitalista e ao apontar para a sua superação histórica, representa no confronto com as formas anteriores de pensamento certamente se aplica também à compreensão desta específica categoria jurídica. O idealismo e o humanismo de outrora cedem lugar à dinâmica de uma formação social concreta. O movimento puro das ideias é despido de qualquer caráter determinante e conduzido ao seu devido lugar no contraste com o movimento histórico das relações de produção. As palavras de ordem 'liberdade' e 'igualdade', a aura sagrada da personalidade jurídica, a alta conta em que o indivíduo isolado e o voluntarismo jurídico foram até então tomados, tudo desvanece diante da estrutura de uma forma histórica de sociedade. Não mais numa suposta 'natureza humana', não mais no 'Espírito' e em seu progresso, mas nas profundezas do modo de produção capitalista é agora encontrada a determinação real do portador abstrato de

direitos e deveres, as raízes da forma sujeito de direito (KASHIURA, 2012, p. 111).

Desmistificando a liberdade, a Filosofia do direito em Hegel, deixa bastante esclarecido que a expressão do sujeito de direito consiste justamente na propriedade privada e na liberdade, e que para haver ordem social era preciso que uma instituição mantivesse os interesses individuais e suas relações competitivas:

A Filosofia do direito afirma que a propriedade privada é a realidade material do sujeito livre, e é a realização da liberdade. Hegel, entretanto, desde seus primeiros escritos percebera que as relações de propriedade privada trabalham contra a ordem social verdadeiramente livre. A anarquia dos proprietários egoístas não podia produzir, pela sua mecânica, um esquema social integrado racional e universal. Ao mesmo tempo, Hegel sustentava que uma ordem social apropriada não poderia se impor pela negação do direito de propriedade privada, porque, com isto, o indivíduo seria esmagado. A tarefa de executar a necessária integração recaía, pois, sobre a instituição que pudesse manter os interesses individuais e suas relações competitivas, preservando, contudo, os bens e atividades dos indivíduos (MARCUSE, 2004, p. 176).

Na análise do objeto dessas previsões históricas dos direitos fundamentais, vale invocar um dos significativos documentos referentes à primeira dimensão dos direitos, que não se pautem somente na Declaração Universal (objeto da pontual divergência mencionada entre Marx e Bobbio), mas também observações acerca da Declaração de Independência dos Estados Unidos que foi preparada por um comitê de cinco membros, presidido por Thomas Jefferson (1743-1826).

Este documento invocado no ideário das dimensões de direitos possui inspiração dos ideais iluministas, que defendiam a liberdade individual do cidadão e criticavam a tirania dos governantes (COUTRIM, 1999, p. 45), porém o próprio Thomas Jefferson foi um dos grandes proprietários de escravos de seu tempo:

O direito à liberdade e à busca da felicidade que constava na Declaração de independência dos EUA não valia para todas as pessoas. A escravidão negra, por exemplo, foi plenamente mantida nos Estados Unidos até a Guerra da Secessão (1861-1865). Os autores da independência dos Estados Unidos não se preocuparam com mais de um milhão de negros que sofriam tortura, exploração e humilhação do trabalho escravo. Aliás, o próprio Thomas Jefferson foi um dos grandes proprietários de escravos de seu tempo, embora fosse, teoricamente, antiescravista e abolicionista [...]. (COUTRIM, 1999, p. 44).

Lynn Hunt destaca como é espantoso que homens como Jefferson, senhor de escravos, e Lafayette, um aristocrata, puderam falar em igualdade e universalidade de direitos, uma vez

que possuíam pretensões excludentes para aqueles sem propriedade, escravos, negros livres, mulheres e até minorias religiosas:

Ainda mais perturbador é que aqueles que com tanta confiança declaravam [...] que os direitos são universais vieram a demonstrar que tinham algo muito menos inclusivo em mente. Não ficamos surpresos por eles considerarem que crianças, os insanos, os prisioneiros ou estrangeiros eram incapazes ou indignos de plena participação no processo político, pois pensamos da mesma maneira. Mas eles também excluía aqueles sem propriedade, os escravos, os negros livres, em alguns casos as minorias religiosas e, sempre e por toda parte, as mulheres. Em anos recentes, essas limitações a “todos os homens” provocaram muitos comentários, e alguns estudiosos até questionaram se as declarações tinham um verdadeiro significado de emancipação. Os fundadores, os que estruturaram e os que redigiram as declarações têm sido julgados elitistas, racistas e misóginos por sua incapacidade de considerar todos verdadeiramente iguais em direitos [...] É espantoso que homens como Jefferson, um senhor de escravos, e Lafayette, um aristocrata, pudessem falar dessa forma dos direitos autoevidentes e inalienáveis de todos os homens. Se pudéssemos compreender como isso veio a acontecer, compreenderíamos melhor o que os direitos humanos significam para nós hoje em dia. (HUNT, 2009, p. 16-17).

Ainda nesse mesmo trabalho, há o tratamento de uma obra intitulada “Júlia ou A Nova Heloísa” (1761) escrita por Rousseau, um ano antes de escrever “O Contrato Social”, onde muito além de divulgar a expressão “direitos humanos” através de um romance, o autor gerou empatia entre os leitores com os personagens, tratando-se de um, dentre os romances que proliferaram ideias de igualdade e individualidade empática que não se materializavam a partir do ar rarefeito daquele século:

Os direitos humanos dependem tanto do domínio de si mesmo como do reconhecimento de que todos os outros são igualmente senhores de si. É o desenvolvimento incompleto dessa última condição que dá origem a todas as desigualdades de direitos que nos têm preocupado ao longo de toda história. A autonomia e a empatia não se materializaram a partir do ar rarefeito [...] elas tinham começado raízes profundas [...]. Com o tempo as pessoas começaram a dormir sozinhas ou apenas com um cônjuge na cama. Usavam utensílios para comer e começaram a considerar repulsivo um comportamento antes tão aceitável, como jogar comida no chão ou limpar as excreções corporais nas roupas.

E continua abaixo contextualizando uma espécie de abordagem do cotidiano da época no fito de retratar a evolução da noção de individualidade e individualismo no processo de inserção na cultura e nos hábitos da época:

A constante evolução de noções de interioridade e profundidade da psique, desde a alma cristã à consciência protestante as noções de sensibilidade [...] preenchia a individualidade [...]. O público começou a ver espetáculos teatrais ou escutar música em silêncio [...] os romances proliferaram,

tornando as histórias das vidas comuns acessível a um amplo público [...] todas essas mudanças contribuíram para uma percepção da separação e do autocontrole dos corpos individuais, junto com a possibilidade de empatia com os outros. As noções de integridade corporal e individualidade empática, investigadas nos próximos capítulos, têm histórias não dessemelhantes da dos direitos humanos, aos quais estão intimamente relacionadas. (HUNT, 2009, p. 28-29).

Assim, não sendo a realidade, as fontes dos valores de igualdade, liberdade e do individualismo que esses direitos estavam dependendo, havia uma busca por tais valores nas artes, romances, espetáculos e outras fontes como forma de centralizar o individualismo necessário para que houvesse o domínio de si e a autoafirmação da própria vontade, pressupostos através dos quais dependiam esses direitos.

No propósito de relacionar positivamente históricas com os respectivos contextos e realidades, referenciam-se também, os índios americanos que estavam submetidos às mesmas sujeições, ainda que ocorressem os avanços dos documentos de expressão de valores de liberdade e felicidade:

Os índios americanos também não tiveram o mesmo direito à liberdade e à felicidade garantidas aos proprietários burgueses. Durante todo o período colonial e depois da independência, recebeu dos brancos o massacre de suas tribos, a destruição de sua cultura e a expulsão de suas terras. Até mesmo as mulheres americanas não desfrutavam os mesmos direitos civis reservados aos homens. Naquela época, a mulher era considerada um ser inferior e, por isso, permaneceu subordinada ao poder absoluto do homem. Quem, então, exercia plenamente os direitos de cidadão assegurados na constituição americana de 1787? Em linhas gerais, a plena cidadania foi exercida pela poderosa burguesia industrial e comercial do Centro-Norte e pelos donos de fazenda do Sul. (COUTRIM, 1999, p. 44).

A reiterada análise de Marx sobre um dos documentos mais relevantes da primeira dimensão de direitos, não demonstra que esses direitos fossem inexistentes ou que não fossem efetivos, mas que tais direitos foram protegidos para serem efetivos apenas para alguns, em suma, protegeram direitos universais para efetivarem seus interesses naquele determinado momento de proteção:

Dentro deste paradigma, os direitos fundamentais acabaram concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados. Eles demarcavam um campo no qual era vedada a interferência estatal, estabelecendo, dessa forma, uma rígida fronteira entre o espaço da sociedade civil e do Estado, entre a esfera privada e a pública, entre o “jardim e a praça”. Nesta dicotomia público/privado, a supremacia recaía sobre o segundo elemento do par, o que decorria da afirmação da superioridade do indivíduo sobre o grupo e sobre o Estado. Conforme afirmou Canotilho, no liberalismo clássico, o “homem civil” precederia o “homem político” e o “burguês” estaria antes do “cidadão”. (...) No âmbito do Direito Público, vigoravam os direitos fundamentais, erigindo rígidos

limites à atuação estatal, com o fito de proteção do indivíduo, enquanto no plano do Direito Privado, que disciplinava relações entre sujeitos formalmente iguais, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade. (SARMENTO, 2006, p. 12-13)

Paulo Bonavides, maior defensor do pensamento no Brasil, ao fazer referência aos direitos de primeira dimensão conclui que a primeira fase de proteção representa os direitos civis e políticos, que correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental e sua relevância ainda atual consiste, justamente, no aspecto cumulativo que mantém essas prerrogativas nos catálogos atuais (BONAVIDES, 1993).

Por isso, reitera-se a relevância da abordagem da perspectiva subjetiva dos principais documentos deste primeiro momento de proteção, ou seja, a Declaração Francesa dos direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, que surgiram após o confronto entre governados e governantes, é dizer, da insatisfação daqueles com a realidade política, econômica e social de sua época, e que resultou nessas afirmações dos direitos de indivíduos em face do poder soberano do Estado absolutista (LAFER, 1988, p.126), ficando claro o contexto políticos e histórico em que os sujeitos protegeram direitos, em tese universais, para, na verdade, efetivarem seus interesses naquele contexto de êxito político e histórico, desmistificando, assim, os valores liberdade que embasaram este primeiro momento de proteção.

Portanto, ratifica-se que a primeira fase de proteção de direitos abstratamente universais não ocorreu para efetivar os direitos a todos, mas foram protegidos conteúdos em tese de todos para serem efetivos apenas para alguns, especificamente a categoria subjetiva que saiu vencedora na Revolução Francesa de 1789 e o valor liberdade sobre o qual se assentou este primeiro momento de proteção garantiu, justamente, a postura livre que afastou o deliberativo estatal nas relações de comércio, equiparou todos à condição de sujeito de direitos para estarem iguais nas relações contratuais de troca e, por fim, contribuiu para autonomia do mercado de consumo.

3.2. Da perspectiva Subjetiva para a Segunda Dimensão de Direitos

Aos documentos que devem passar pelo crivo da revisão desta perspectiva correspondem principalmente, o decorrente da Revolução Russa de 1918, também da Revolução Mexicana de 1917 e a Constituição da República de Weimar de 1919, bem como a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1919, nos conformes do que lista a doutrina especializada:

No meio jurídico surge o que se convencionou chamar de Constitucionalismo Social, a significar que os direitos humanos têm que cumprir uma função social, quando de seu exercício. Tais concepções inspiram os primeiros dispositivos de índole social, especialmente Constituições francesas (1848), mexicana (1917), alemã (1919) e, como, decorrência da Revolução Soviética, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado (1918) (WEIS, 1999, p. 19).

No caso da chamada segunda dimensão de direitos, alude-se a possibilidade de verificar a análise das prerrogativas e dos conteúdos das previsões e proteções jurídicas como um momento ou contexto em que a titularidade referenciada acabou sendo a categoria trabalhadora e sujeitada, por isso a ênfase ao aspecto social desses conteúdos juridicamente protegidos.

Vale, porém, um pontual cuidado em afirmar absoluta superação da concepção liberal, não perdendo de vista que, em que pese o Estado de Direito passe para uma postura deliberativa, interventiva e social; não é correto negar a ocorrência liberal em Estados Sociais que vigoraram em contextos capitalistas e não socialistas, portanto nítido é o erro na admissão de supressão absoluta da concepção liberal por advir um modelo interventor de Estado de Direito.

A própria ideia de um modelo social e deliberativo, marcado por planos de recuperação econômica, demonstra crises no Estado Liberal de Direito que explicam tais concessões inseridas no contexto capitalista afim da própria recuperação, para tal, vale a percepção da crise de 1929 com um significativo exemplo:

Desta maneira os direitos de primeira geração seriam aqueles decorrentes do jusnaturalismo racional, cujo pensamento influenciou as revoluções dos séculos XVII e XVIII, fazendo com que seu conteúdo privilegiasse as liberdades individuais, concebidas em função do ser humano abstrato, descontextualizado. De outro lado, à segunda geração corresponde outro momento histórico, o do florescimento dos movimentos de cunho dos movimentos de cunho social, preconizado a necessidade de intervenção do Estado como agente de transformação da realidade dos grandes grupos da sociedade, do que decorre a ênfase nos direitos coletivos, próprios de seres humanos concretos e situados (WEIS, 1999, p. 41).

Assim, para que conteúdos sociais fossem efetivados dentro desta nova estrutura social de Estado de Direito foi preciso apontamento que contribuísse para noções de intervenção ou deliberativos estatais caracterizadores deste tempo.

A noção de intervenção aparece com significativo protagonismo na esfera econômica, marcada por um trabalho intitulado “*General Theory of Employment, Interest and Money*” (Teoria Geral do Emprego, dos Juros e da Moeda, tradução nossa) de autoria de John

Maynard Keynes em 1936, contrariando concepções neoliberais, dentre as quais, a ideia de que o mercado é autorregulável, pois Keynes estava certo de que o papel do Estado como agente indispensável no controle da economia. (KEYNES,1992)

Especificando ainda mais a ideia de intervenção, portanto, vale a ênfase como um dos seus registros inaugurais desta postura deliberativa a política inaugural do *New Deal* (novo acordo), durante o governo de Roosevelt nos Estados Unidos (1933-1945), objetivando intervenção do Estado na economia como forma de reverter à depressão decorrente da famosa crise de 1929.

No exemplo brasileiro, a geração de serviços à população, concessão de benefícios, assistência médica gratuita, criação do salário mínimo, redução da jornada de trabalho, buscando a distribuição de renda, valendo, inclusive, menção ao caso brasileiro do governo de Getúlio Vargas (1930-1945), em que o Estado à prova de um Estado mais intervencionista pode ser vislumbrado na criação da Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) (Decreto-lei n. 3002/1941) e a Petrobrás (Lei 2004/1952).

Percebe-se o ponto crucial na referência subjetiva à classe do proletariado, consistente na ruptura do modelo liberal para o social de Estado de Direito, haja vista que, como pressuposto da perspectiva analisada que vislumbra o plano da efetividade, não bastou à positivação de conteúdos em textualizações históricas, mas referências, de fato materiais, pois não se pode esquecer que os direitos sociais são também direitos fundamentais e na perspectiva do conteúdo referenciam abstratamente a natureza humana de forma geral, de modo que o ponto que significou as transformações efetivas a favor da categoria sujeitada foi manifestamente a postura efetiva e interventora favorável a esta categoria de sujeitos, e para tal, é imprescindível a consideração da modificação no modelo de Estado de Direito que deixou de ser liberal e abstencionista para uma modelo deliberativo e, conforme a expressão utilizada por Carlos Weis, “agente de transformação da realidade” (WEIS, 1999, p. 41).

Vale a intrigante investigativa concernente a esta materialidade voltada à categoria até então sujeitada ao histórico de proteções, uma vez que a referência subjetiva não ocorreu por caridade burguesa, de modo que da mesma forma que há significativa relevância na desmistificação do valor liberdade na primeira dimensão de direitos, também há de se analisar a desmistificação deste momento social de proteção, uma vez que curiosamente muitas reivindicações sociais sob a égide do Estado Liberal foram marcadas por muita opressão, violência e morte, ficando bastante claras a necessidade e as razões que levaram a mudança para a forma de Estado de Direito intitulada Social.

A França de 1848, mais especificamente na Segunda República Francesa (1848 a 1852), foi marcada por manifestações nas ruas de Paris violentamente reprimidas com o fuzilamento de mais de três mil pessoas e com quinze mil enviadas para as colônias em um episódio de suspensão de direitos que ficou conhecido como “Massacre de Carvaignac”, e o General ficou conhecido como “Carniceiro”. Ainda na França houve outros episódios como “A Semana Sangrenta de 1871” na República de Thiers, marcada pelo cerco e bombardeio em Paris. A Rússia de 1894 também foi marcada por diversos e sangrentos conflitos, até o comissariado liderado por Lênin assumir o governo e suspender a participação de tropas na Primeira Guerra Mundial, entre outros tantos (BRAICK; MOTA, 1999, p. 365).

Lógico que as positivações e os direitos alcançados, ainda que sob o espectro de um modelo liberal de Estado de Direito podem ser vislumbrados com êxito, sem que desconsidere a perspectiva subjetiva abordada nas dimensões de direitos, atentando-se não a esfera dos conteúdos de positivação, mas para o ponto de vista da referência no plano da efetividade, para tal foi preciso que concessões materiais deliberadas por um Estado Direito que fosse interventivo na materialização de conteúdos sociais juridicamente protegidos:

Em face disso, Celso Lafer destaca que, do ponto de vista dos que estão submetidos ao poder (*ex parte Populi*), a transição dos direitos civis e políticos para os econômicos, sociais e culturais requer a adoção de técnicas jurídicas distintas a ensejar a fruição daqueles novos direitos, adequadas a promoção dos indivíduos na sociedade, através da ampliação dos serviços públicos. Em vista disso, é possível afirmar que os direitos civis e políticos extraem sua validade fática pelo simples ato de serem positivados, sendo eficazes diante da simples omissão estatal. A eficácia das normas de direitos sociais, de outra forma depende da ação estatal, geralmente complexa e que requer ações coordenadas, dando-se de forma progressiva e limitada pelas possibilidades materiais (WEIS, p. 52, 1999).

A crise econômica de 1929 é um dos exemplos dos problemas do liberalismo nessas décadas iniciais do século XX e a *New Deal* foi não só o plano escrito, mas também efetivas atuações interventoras de um novo modelo de Estado que estava reagindo às crises burguesas que marcaram as primeiras décadas do século XX.

Portanto, vale desmistificar a dimensão da igualdade social, pois não teve relação com caridade romântica da burguesia, mas como decorrentes razões de crise no modelo liberal que levaram, inclusive, ao constitucionalismo social, a Convenção da OIT de 1919, mais precipuamente a mudança no modelo liberal em crise, passaria a ter maior amplitude e efetividade de uma nova postura estatal mais intervencionista e deliberativa.

3.3. Da perspectiva subjetiva da terceira dimensão

O critério de verificar estritamente conteúdos de positivações jurídicas e a mudança no modelo estatal de liberal, para um modelo interventor e deliberativo, que foi aclamado como Estado Social, alcançaram a restauração e o retorno do crescimento econômico, porém com uma pontual distinção, pois a direita que até então se encontrava sob a égide de um Estado Liberal e abstencionista, voltou a ver o seu crescimento econômico, porém dispendo de um modelo estatal intervencionista e deliberativo pautado em um sistema positivista de formalização de conteúdos segundo o arbítrio e uma vontade própria reconhecida para o Estado, por isso é que há significado em regimes totalitários de um deliberativo exacerbado nas relações e, com a restauração da direita, ter sido compreendido como regimes de ultradireita:

A ideia da soberania estatal absoluta (com que se identificou o positivismo jurídico, irrefutavelmente subserviente ao poder), que levou à irresponsabilidade e à pretensa onipotência do Estado, não impedindo as sucessivas atrocidades por este cometidas contra os seres humanos, mostrou-se com o passar do tempo inteiramente descabida. (CANÇADO TRINDADE, 2006, p. 13).

A ideia de soberania estatal acabou tomando proporções bastante controversas, de modo a suspeitar do deliberativo estatal do modelo social de Estado de Direito que gerou precedente de atuação a partir das experiências intervencionistas voltadas à recuperação econômica.

Ocorre que, uma vez recuperado e reestabelecido o Estado, a burguesia terá o acréscimo da experiência estatal interventora nas suas relações, não ocorrida no período em que as relações não sofriam tanto o deliberativo e a atuação estatal, caracterizada pelo abstencionismo, inclusive por isso que, precisamente, o regime que culminou nas relações de poder com o acréscimo deliberativo estatal, ficou compreendido como de ultradireita após as recuperações econômicas.

O critério, positivo e formalista, viabilizou um sistema de personificação estatal, dotando-o de um positivismo voluntarista, onde a legalidade reconhecia uma vontade estatal própria, reduzindo o Direito Internacional para um Direito eminentemente interestatal:

Lamentavelmente, as reflexões e a visão dos chamados fundadores do Direito Internacional (notadamente os escritos dos teólogos espanhóis e obra grociana), que concebiam como um sistema verdadeiramente universal, vieram a ser suplantadas pela emergência do positivismo jurídico, que personificou o Estado dotando-o de “vontade própria”, reduzindo os direitos dos seres humanos aos que o Estado a estes “concedia”. O consentimento ou a vontade dos Estados (o positivismo voluntarista) tornou-se critério preponderante no Direito Internacional, negando *jus standi* aos indivíduos, aos seres humanos. Isto dificultou a

compreensão da comunidade internacional, e enfraqueceu o próprio Direito Internacional, reduzindo-o a um direito estritamente interestatal, não mais acima, mas entre Estados soberanos. As consequências desastrosas desta distorção são subjetivamente conhecidas (CANÇADO TRINDADE, 2006, p. 13).

O positivismo jurídico e a personificação estatal dotou o Estado de vontade própria, gerando uma espécie de positivismo voluntarista que teve como uma de suas consequências o enfraquecimento do Direito Internacional, priorizando a estrutura estatal, e a ideia de legitimação de redução e supressão de prerrogativas humanas a partir da vontade estatal personificada.

O legado de um modelo deliberativo, cumulado com a personificação do Estado e a direita recuperada, teve implicações nefastas e desastrosas, de modo que o positivismo jurídico teve uma significativa identificação com a soberania estatal:

A personificação do Estado todo-poderoso [...] teve uma influência nefasta na evolução do Direito Internacional em fins do século XIX e nas primeiras décadas do século XX. Esta corrente doutrinária resistiu com todas as forças ao ideal de emancipação do ser humano da tutela absoluta do Estado, e ao reconhecimento do indivíduo como sujeito do Direito Internacional. A ideia da soberania estatal absoluta (com que se identificou o positivismo jurídico, irrefutavelmente subserviente ao poder), que levou à irresponsabilidade e à pretensa onipotência do Estado, não impedindo as sucessivas atrocidades por este cometidas contra os seres humanos, mostrou-se com o passar do tempo inteiramente descabida. (CANÇADO TRINDADE, 2006, p. 13).

A ideia de soberania estatal onipotente teve grande influência do positivismo jurídico que personificou a figura estatal, admitindo a vontade do Estado como elemento primordial na ideia de uma legitimação com poderes de compreender a redução humana e as guerras como forma de decidir acerca do estado de exceção.

E, de fato, as atrocidades e as consequências violentas contra a humanidade foram nefastas, de modo que existiram dificuldades históricas na contabilidade de mortos pela Segunda Guerra Mundial, somada ao Holocausto e o ineditismo da utilização de armas nucleares em conflitos, valendo inclusive, o acréscimo das viabilizações possíveis nas relações interestatais dentro deste positivismo voluntarista, onde o não reconhecimento de uma nação poderia implicar na negação jurídica da existência do Estado não reconhecido:

Tal posição é realmente insustentável, pois chegaria a tornar a própria existência de um Estado uma questão relativa, dependente do reconhecimento individual de cada outro Estado; e, o que é mais grave, se o Estado não-reconhecido fosse juridicamente não-existente, tudo então seria permissível com relação a ele, bastando aqui recordar a declaração de Hitler

da não existência da Tchecoslováquia às vésperas da invasão alemã de 15 de março de 1939, e a proclamação pela União Soviética da extinção da Polônia antes da invasão soviética daquele país, de 17 de setembro de 1939. (CANÇADO TRINDADE 2006, p. 67).

Assim, nesse contexto, começa a existir a preocupação na proteção de bens, direitos e até valores que não referenciassem categorias tão específicas das relações existentes. Não se pode ignorar que a crise não foi só humanitária, mas marcada com a destruição de patrimônios históricos e da humanidade. Ou ainda, o meio ambiente que veio a ganhar significativa preocupação internacional após a metade do século XX, e que durante este período foi marcado pelo significativo exemplo da utilização de armas nucleares, por isso o próprio Paulo Bonavides reconhece a preocupação de tais direitos com a sobrevivência do gênero humano:

Indicando também uma certa identidade quanto ao objeto de proteção de tais direitos, Paulo Bonavides lembra que sua preocupação é a de garantir a “existencialidade concreta” do gênero humano, ameaçado mesmo de perecimento ou grande sofrimento caso não se adotem medidas que recuperem o padrão de vida não apenas deste ou daquele indivíduo ou grupo, mas de toda Humanidade (WEIS, p. 62, 1999).

Utilizando este recorte de possibilidades viabilizadas pelo sistema, positivas herméticas, para compreender as razões que levaram uma resposta após a crise que a humanidade se encontrou no pós-guerra, em suma, a necessidade de se verificar um momento de conteúdos voltados à autodeterminação dos povos, patrimônio histórico e cultural, proteção dos grupos ou daquilo que fosse compreendido como do coletivo, oriundo de bens de todos, sem uma titularidade especificada (difusos). Enfim, conteúdos que foram colocados como de uma terceira dimensão de direitos, destacando Ingo Wolfgang Sarlet, que (2008, p.50-51):

[...] trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. [...] Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação. Cuida-se na verdade do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.

O modelo inicialmente compreendido como social e que passou a intervir nas relações para fins de recuperação, teve como propósito precípua a restauração e a recuperação

em si, não projetando a experiência e o precedente de um modelo recuperado e que contaria com o acréscimo do deliberativo estatal que não ocorreu em tempos de outrora, onde o Estado era compreendido como abstencionista e não interventor.

Foi, portanto, a crise da sociedade moderna a responsável pela ideia das doutrinas de ultradireita, onde a direita recuperada poderia contar com a experiência da deliberação estatal nas relações, cumulando competências e atribuições:

A crise da sociedade moderna, a crise da nossa civilização, refletia tão exatamente no Estado, hipertrofiado pela extensão inaudita de sua competência, mas de fato incompetente para resolver os problemas que deparava, facilitou o surto de novas doutrinas, denominadas totalitárias (AZAMBUJA; 1969; p. 148)

A direita poderia contar com o adicional da estrutura estatal interventora e deliberativa, sendo estas as ideias de ultradireita; enquanto os ideais totalitários tinham inseridos em seus pensamentos o ideário de uniformidade e unidade de raças e padrões.

Assim, pode-se concluir que a hipertrofia estatal após o positivismo voluntarista e a ideia de legitimação do Direito separado da moral e de valores, sobretudo, humanos, formaram as doutrinas conhecidas como totalitárias, onde este pensamento foi marcado pela ideia de unidade, ou ainda, uniformização dos padrões de arte, classe, raça, ciência, religião, dos partidos, correntes ideológicas e de gorvenantes como o Fuhrer:

Totalitárias se dizem essas doutrinas, porque preconizam a absorção total e absoluta do homem em uma classe, no Estado ou em uma raça. Nada fora dessas entidades, tudo nelas, para elas e por elas. O Direito, a Moral, a Arte, a Ciência, a Religião, são feitas e ditadas pelo Estado que é instrumento da classe ou da raça, isto é, são a vontade do Duce, que sempre tem razão; do Fuhrer, ser supremo e infalível; do chefe do partido comunista, ditador absoluto. (AZAMBUJA; 1969; p. 148-149).

A ideia de discutir o pós-guerra, como forma de retirar a humanidade da crise que se levantou foi significativamente intensa, dentre tais reflexões, a política de proteção de bens e valores que, de fato, fossem compreendidos como pertencentes à humanidade e de todos.

Os padrões e a ideia de unidade, tão defendidos pelas doutrinas totalitárias, fizeram com que uma raça específica fosse, de fato, compreendida como superior, de modo a permitir experiências científicas realizadas em crianças e idosos que não tivessem condições para o trabalho. Assim como a ideia ambiental, que só foi reconhecida como uma preocupação internacional após a metade do século XX.

A noção de Direito Internacional deixou de ser compreendida como um Direito reduzido a esfera interestatal, decorrente da centralização dos Estados pelos regimes compreendidos como totalitários, mas por um Direito Internacional que formasse uma

comunidade com valores em comum e que respondesse de modo significativo às violações do período de Hitler, tal como afirma Thomas Buergenthal:

O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse (PIOVESAN, 2003, p. 131).

Assim, pode-se dizer que os modernos sistemas de proteção dos direitos humanos, bem como todo o Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste em um fenômeno do período pós-guerra, de modo afirmar um desenvolvimento todo voltado a afastar e prevenir as violações que assolaram a humanidade no período das guerras e do Holocausto.

Dessa forma, em resposta as atrocidades e a tentativa de um Direito Internacional que não fosse essencialmente interestatal, houve o aumento bastante significativo de normas internacionais provenientes de Tratados e Convenções Internacionais que tratavam de direitos essencialmente humanos:

Ela é assinalada pelo aprofundamento e a definitiva internacionalização dos direitos humanos. Meio século após o término da 2.^a Guerra Mundial, 21 convenções internacionais, exclusivamente dedicadas à matéria, haviam sido celebradas no âmbito da Organização das Nações Unidas ou das organizações regionais. Entre 1945 e 1998, outras 114 convenções foram aprovadas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho. Não apenas direitos individuais, de natureza civil e política, ou os direitos de conteúdo econômico e social foram assentados no plano internacional. Afirmou-se também a existência de novas espécies de direitos humanos: direitos dos povos e direitos da humanidade (COMPARATO, 2004, p. 56).

Não havendo, assim, como negar e tentar compreender o aumento das Convenções e dos Tratados Internacionais aprovados somente no âmbito da Organização Internacional do Trabalho entre os anos de 1945 e 1998, de modo a relevar o aprofundamento pela temática tratada por esses documentos que oscilaram entre direitos individuais, econômico e social; e a própria afirmação dos direitos dos povos e da humanidade.

Portanto, valores começaram a ser pensados contra a ordem construída por um modelo estatal ilimitado:

[...] O direito internacional tradicional, vigente no início do século passado, marcava-se pelo voluntarismo estatal ilimitado, que se refletia na permissividade do recurso à guerra, da celebração de tratados desiguais, da diplomacia secreta, da manutenção de colônias e protetorados e de zonas de influência. Contra esta ordem oligárquica e injusta se insurgiram princípios como os da proibição do uso de ameaça da força e da guerra de agressão (e do não-reconhecimento de situações por estas geradas), da igualdade jurídica

dos Estados, da solução pacífica das controvérsias internacionais. Deu-se, ademais, início ao combate às desigualdades (com abolição das capitulações, o estabelecimento do sistema de proteção de minorias sob a Liga das Nações, e a adoção das primeiras convenções internacionais do trabalho da OIT, de que é exímio conhecedor o Acadêmico Ministro Arnaldo Sussekind, aqui presente). (CANÇADO TRINDADE, 2006, p. 399).

Uma das formas de responder às crises humanitárias, as destruições dos bens e patrimônio histórico da humanidade e proteger o meio ambiente das degradações que marcaram esse tempo, foi justamente a positivação de valores, que, de fato, não fossem protegidos somente para que fossem satisfeitos e efetivos para certas categorias específicas, mas vislumbrassem a humanidade como forma de transmutar o objeto da proteção jurídica.

A doutrina explica que a aclamada terceira dimensão de direitos confirma a indeterminação subjetiva dos conteúdos que galgaram esta fase de positivação e previsões jurídicas:

Com efeito, um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. (BONAVIDES, 2006, p. 569).

A terceira dimensão de direitos foi marcada pela reivindicação da materialização de poderes de titularidade coletiva e difusa e que, na linha da proposta de Karel Vasak, atrela-se aos ideais de fraternidade e solidariedade, encerrando, portanto, a terceira e última expressão do lema revolucionário francês de 1789: liberdade, igualdade e fraternidade (BOBBIO, , 1992; LAFER, 1988).

Portanto, em resposta aos regimes totalitários de ultradireita que assolaram a metade do século XX, concluíram por uma nova contingência que, além de tentar superar um Direito Internacional meramente interestatal, reconheceram a necessidade de positivar matérias e conteúdos que, de fato, transcendessem a esfera individualista, classista ou de especificação da titularidade; mas que declinassem ao foco de previsões atinentes ao patrimônio histórico e cultural, muitos dos quais destruídos com as guerras; a autodeterminação da raça, povos e minorias, muitos deles vitimados pelos efeitos nefastos do Holocausto: a radiação e a atmosfera afetadas pela utilização das armas de natureza nuclear que foram utilizadas na Segunda Guerra Mundial, enfim, conteúdos cuja positivação referencie grupos ou a

coletividade no sentido de afastar a especificação de interessados, mas que façam referência ao ser humano ou a todos, no geral (transindividualidade).

De todos os direitos presentes nessa geração, o mais elaborado foi o direito ao meio ambiente, consagrado na Declaração de Estocolmo de 1972, onde se admite que: “O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequadas num meio ambiente de tal qualidade que lhe permita levar uma vida digna [...]” (FERREIRA FILHO, 2011, p. 80).

No estudo dos conteúdos decorrentes da terceira dimensão, um fenômeno intitulado *free riding* chama bastante a atenção como forma de ilustrar e demonstrar manifestamente o destinatário dos conteúdos entendidos como coletivos em sentido mais amplo.

Nas tutelas jurídicas usadas para proteger direitos que, originariamente, surgiram na terceira dimensão, dentre eles os direitos difusos, ganham problemas sobre a falta “de quem” (aspecto subjetivo) iria proteger conteúdos difusos de titularidade e sujeitos indeterminados.

Bens que pertencem a todos, e na análise investigativa referenciam sujeitos indeterminados, são os chamados bens difusos caracterizados pela perda da especificação subjetiva em razão da generalização dos interesses que representam, em suma, não há alguém especificado que os represente, de modo que a legitimidade de defesa desses bens acaba carecendo de representante que atue especificadamente em sua defesa ou na postulação em juízo, por isso, a contingência acaba sendo uma nova atuação estatal que assume o preenchimento do vácuo subjetivo de atuar em nome de todos ou em nome próprio na defesa de bens de titularidade, caracterizada pela indeterminação subjetiva.

O fenômeno *free riding*, que é bastante recorrente no estudo dos direitos difusos e coletivos, atenta pelo afastamento da especificação de sujeitos e sujeitados na previsão de conteúdos, por isso é que as ciências jurídicas tiveram que repensar “quem” iria atuar em juízo, considerando tratar-se de direitos sem titulares determinados “[...] Primeiro, a representação em juízo de interesses supraindividuais é fundamental para a tutela de direitos cuja titularidade é indeterminada”. (GAJARDONI, 2012, p. 17).

A expressão terminológica *free riding* inerente à tutela coletiva, designa, pelo viés de uma tradução muito próxima, de “efeito carona”, uma tendência natural desses direitos consistente na imobilização ou neutralização de seus titulares, pois como não possuem titulares determinados que mobilizem em favor dessas prerrogativas, os agentes responsáveis pela conservação, por exemplo, do meio ambiente, acabam transferindo a responsabilidade para o outro que é titular, tanto quanto todos, gerando uma transferência sempre na expectativa de que um, em meio a todos, assuma a proteção e na prática a atuação, sempre no

sentido da transferência, acaba, conseqüentemente, gerando uma imobilização ou neutralização de todos em conseqüência de nenhum, em suma, o efeito carona que é indicado com esta expressão *free riding*:

Isto acaba por justificar a construção de um modelo de processo coletiva em que o sistema eleja representantes da coletividade para atuar em favor dos titulares indeterminados dos direitos ou interesses, neutralizando ou, ao menos, mitigando esta tendência natural à imobilização deles por conta de efeito carona da atuação alheia (*free riding*). Há, portanto, um impulso natural à imobilização dos agentes na defesa dos bens coletivos. (GAJARDONI, 2012, p. 17).

Assim, em suma, a crise humanitária decorrente das guerras e da hipertrofia da máquina estatal que inaugurou (ao contrário da direita liberal de outrora que esteve em égide do abstencionismo estatal) uma vertente de ultradireita que se utilizou da legalidade jurídica e do deliberativo estatal legado do constitucionalismo social para sujeitar em suas relações.

Portanto, respondendo às crises humanitárias, começaram a se positivar conteúdos que no plano da efetividade não referenciavam sujeitos determinados, de modo que, como o propósito deste capítulo consiste na perspectiva de analisar a efetividade para determinados sujeitos (reais destinatários), não há que se falar de uma destinação efetiva para grupos especificados, justamente em razão de se tratar de uma característica de se proteger direitos e conteúdos entendidos doutrinariamente como indeterminados, por isso que no plano da efetividade, relevou-se o fenômeno *free riding* (efeito carona), pois na defesa de direitos difusos, não há sujeitos determinados para defender ou representar a defesa e materialização desses direitos, assim, para garantia da implementação da efetividade de bens difusos o Estado teve que instituir representatividade que pudessem defender e materializá-los, eis a importância do Ministério Público e outros legitimados em ações coletivas estudadas na tutela processual de direitos pertencentes a esta dimensão.

Não se pode esquecer o que foi reiterado na abordagem dos direitos de primeira e segunda dimensão, acerca também desta terceira dimensão, pois em todos esses casos tratam-se de direitos fundamentais que, em tese e abstratamente, são universais (perspectiva do conteúdo). Porém, no plano da efetividade fática (perspectiva subjetiva), os sujeitos que vislumbram conteúdos difusos efetivados são indeterminados e o condicionante para esta efetividade, sem sombra de dúvidas, consiste na instituição ou legitimação de representatividades que possam materializar tais conteúdos evitando o efeito carona (*free riding*) na concretude desses direitos.

Relembra-se que o objeto desta proposta se mantém na análise que se buscou, em suma, revisar as três primeiras dimensões de direitos, mantendo a elaboração genuína de Karel Vasak e as expressões do lema revolucionário da Revolução Francesa de 1789, sob um ponto de vista subjetivo, ou seja, a partir do critério da subjetividade jurídica, buscando transcender o critério positivo e formalista restrito a conteúdos e que tem cumulado em várias das críticas e vícios mencionados inclusive, por muitos dos seus defensores.

3.4. Dos excluídos da efetividade na perspectiva dos sujeitos

Uma vez revista na perspectiva subjetiva da efetividade das três primeiras dimensões, vale abordar que a revisão da efetividade subjetiva desses conteúdos que foram protegidos, não implica na negação dos direitos fundamentais. Na verdade, o propósito consiste no demonstrativo da não efetividade desses direitos, que só foram protegidos no respectivo contexto histórico para serem efetivados para os agentes que se encontravam favorecidos politicamente naquele dado contexto e que precisavam da proteção como forma de garantir seus interesses.

Para isso, vale demonstrar que direitos, em tese e abstratamente universais, no plano do conteúdo foram protegidos para materializar interesses de agentes e determinado sujeitos, de modo que cabe abordar os excluídos desta universalidade abstrata como forma de consolidar uma efetividade subjetivamente especificada (perspectiva dos sujeitos) cominando com uma universalidade que não vingou, superou ou transcendeu a esfera de previsão e positivação (por isso, se encontra na perspectiva dos conteúdos):

Em artigo publicado na revista francesa *Témoignage Chrétien*, sociólogo mineiro Hebert de Souza afirmou: ‘A modernidade produziu um mundo menor do que a humanidade. Nesse mundo menor, parece estar comprovada a desestruturação dos princípios oriundos da Revolução Francesa, centrados na liberdade, fraternidade e igualdade. Em detrimento a uma maioria de excluídos, formou-se um Estado burguês e liberal, garantia de uma ordem no qual alguns são mais iguais do que outros (BRAICK; MOTA, 1999, p. 281)

A suspeição das proteções jurídicas levantaram questionamentos, quando a real efetividade dos conteúdos protegidos beneficiou apenas categorias específicas que se beneficiaram com a respectiva proteção, tal como no exemplo da Revolução Francesa de 1789, que favoreceu principalmente a categoria que obteve êxito no período revolucionário francês.

Assim, a inspiração que ganhou e repercutiu em toda a doutrina jurídica, pautada na correlação com o lema revolucionário francês setecentista (Revolução Francesa, 1789:

liberdade, igualdade e fraternidade) acabou abordando conteúdos abstratamente universais, mas que na esfera da efetividade, mostraram-se com destinatários específicos, não transcendendo a esfera das proteções e gerando excluídos da materialidade:

Em 1789, quando os revolucionários franceses levantaram a bandeira tricolor simbolizando *liberté, égalité, fraternité*, em um dos maiores movimentos da história do Ocidente, ninguém poderia imaginar que 200 anos mais tarde a humanidade assistiria apaticamente à fome e à violência racial em vastas regiões da África, ao neonazismo, aos conflitos étnicos na Europa, ao massacre dos sem-terra no Brasil e tantos outros genocídios que o homem vem cometendo contra o próprio homem. (BRAICK; MOTA, 1999, p. 281).

Por isso, nenhuma perspectiva que inviabilize a indagação e o questionamento pode ser verificada como consistente e quando direitos começam a ser escritos e textualizados em nome de todos, indagações como: Se são de todos universalmente, quais as razões para só em um dado momento político estarem sendo protegidos? Ou ainda, se são teorizados como universais e fazem alusão à natureza humana em geral, quais as razões para que nem todos tenham suas prerrogativas efetivadas conforme as respectivas proteções? A perspectiva subjetiva confere, no plano dos fatos, a subjetividade referenciada nos conteúdos que foram escritos, de modo a verificar que a universalidade que alude subjetivamente a todos, não o faz efetivamente, senão e tão somente, para alguns, por isso, releva-se quem são essas categorias que tiveram efetivados direitos teorizados como universais:

Liberdade, igualdade e fraternidade, para quem? A resposta pode ser encontrada nos quatro cantos do mundo. No Brasil, encontra-se nos famintos e nos indígenas, nas crianças abandonadas, nas mulheres discriminadas, nos índios, na exclusão social dos negros, enfim, em todas as pessoas que de algum modo foram colocados à margem da sociedade. (BRAICK; MOTA, 1999, p. 281).

A geração de categorias marginais e excluídas da efetividade dos conteúdos juridicamente protegidos levaram questionamentos acerca das razões que prerrogativas, em tese, de todos e de sempre (aspecto temporal) aludirem à pessoa humana de forma geral, tendo sido protegidas apenas em um dado momento histórico e político.

No caso do Brasil, também se verifica no reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, alusão expressa da doutrina das dimensões de direitos, bem como alusões expressas de que estes direitos não são efetivos, havendo excluídos e um Estado que não consegue materializá-los:

[...] a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir [...] a imediata efetivação do comando fundado no texto da carta política (BRASIL não paginado, 2004)

A arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 45 é um clássico reiterado em vários trabalhos que citam o julgado como veemente demonstrativo que falta efetividade do Estado, inclusive acoplando a uma das dimensões de direitos:

[...] Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula a “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. (BRASIL, não paginado, 2004).

Não adentrando em outras discussões que saem do objeto da pesquisa, mas como forma de demonstrar a falta e a implicância em excluídos desta materialidade, pois a falta de efetividade dos vários direitos advindos de suas respectivas dimensões não é algo somente reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, mas os diversos Tribunais dos Estados têm reiterado a crise para efetivar conteúdos humanos:

O prazo de 10 dias previsto no art. 198 do ECA para interposição de apelação somente se aplica a procedimentos específicos, incidindo, nos demais casos, o prazo recursal de 15 dias, a teor do art. 508 do CPC, conforme previsão do art. 212, § 1.º, do ECA. Existe solidariedade passiva entre os entes da federação no que diz respeito à obrigatoriedade quanto à realização de tratamento médico aos menores. Em se tratando de saúde pública, a responsabilidade entre os entes federativos é solidária, podendo o cidadão dirigir a demanda ao ente que melhor lhe aprouver, haja vista que se trata de obrigação constitucional, conforme dispõe o art. 23, II da Constituição Federal. O princípio da dignidade humana e a garantia de atendimento prioritário às crianças e adolescentes conduz ao pronto atendimento do pedido da inicial. Aplica-se o Princípio da Reserva do Possível quando demonstrada a carência orçamentária do Poder Público e o atendimento solicitado (medicamento ou exame médico) [...] (RIO GRANDE DO SUL, não paginado, 2008).

A ideia de alguns concederem a proteção de direitos para todos relevando o processo de crítica e desmistificação quando a efetividade não alcança o número de pessoas que são

referenciadas apenas no âmbito das textualizações, reduzindo a universalidade à mera abstração e tal conclusivo pode ser verificado na elaboração de doutrinas como a reserva do possível, reconhecimentos por parte do próprio Estado ou ainda verificação da própria realidade com patente falta de efetividade dos direitos.

Assevera-se, diante da inefetividade dos direitos fundamentais, sobre a impossibilidade de depositarem nas mãos do Poder Judiciário, a realização de promessas que estão distribuídas na seara de competências diversas:

Não é possível depositar em mãos de função judicial a realização das promessas, superando as instâncias políticas próprias, ante a falta de legitimidade e por ter as competências distribuídas pela divisão dos poderes – funções – para somente exercer o controle jurídico, diante da limitação constitucional (MACHADO, 2012, p. 141)

A falta de efetividade e a exclusão material de conteúdos, em tese universais, consistem justamente nos problemas e na perplexidade da temática no próprio estudo dos direitos fundamentais: “Denota-se que as prestações exigidas do Estado muitas vezes demonstram-se impossíveis de serem efetivadas e concretizadas, o que causa perplexidade e questionamentos quanto à sua juridicidade” (LEÃO JR., 2014, p. 31).

Portanto, os direitos fundamentais (na perspectiva dos conteúdos) são teorizados e textualizados referenciando a natureza humana de modo geral, porém tal universalidade não se concretiza, não transcende o âmbito da abstração e dos respectivos conteúdos que foram sendo previstos, de modo que na abordagem e aprofundamento do histórico dessas proteções, direitos universais foram protegidos para efetivar interesses de agentes e sujeitos em um dado contexto histórico e político que estavam vivendo: um primeiro momento concluído por Marx na análise de um dos textos inseridos na primeira dimensão de direitos; um segundo momento em que foi preciso da mudança da forma liberal e abstencionista do Estado de Direito para um modelo interventor e transformador que transcendeu a esfera das positavações oriundas de reivindicações históricas; e, por fim, o terceiro momento que passou a prever conteúdos que no âmbito da efetividade não teriam que buscar representar e materializar e precisou instituir legitimados para exercerem esta representatividade e materialização, evitando o fenômeno do efeito carona, verificável nos direitos de natureza difusa (*free rinding*).

3.5. Direitos fundamentais: perspectiva dos conteúdos protegidos

Quando Norberto Bobbio na obra literária “A Era dos Direitos” reconhece uma pontual divergência em detrimento ao pensamento do filósofo Karl Marx no seu trabalho

“Sobre a Questão Judaica” acerca da análise de um dos mais relevantes documentos pertencentes à primeira dimensão de direitos, a universalidade como afirmação subjetiva acaba sendo questionada, haja vista a afirmação do filósofo alemão concluindo pela declaração destinada não ao homem universal, mas sim ao burguês, orienta o trabalho a rever a perspectiva subjetiva a luz, não da abstração do que foi previsto e positivado, mas sim da efetividade real dessas proteções, de modo a concluir que a subjetividade universal não superou ou transcendeu a esfera do conteúdo e a alusão da real efetividade feita pela análise de Marx, poderia ser estendida não somente para a primeira dimensão, mas para a segunda e terceira dimensão de direitos.

Porém, a crise do ideário das dimensões de direitos não se estende somente ao âmbito da efetividade (perspectiva subjetiva), mas também é verificável sob a perspectiva dos conteúdos, tendo em vista a crítica da vertente internacionalista que acusa as proteções inerentes de Tratados e Convenções Internacionais não seguirem a ordem histórica defendida pelas dimensões de direitos, uma vez que as primeiras proteções positivadas em documentos internacionais foram às prerrogativas atinentes ao trabalho com a Convenção da OIT 1919.

Assim também, a crítica verificável no histórico de proteção ocorrida no constitucionalismo brasileiro já abordada, de modo a reorientar o trabalho a retomar a perspectiva do conteúdo, haja vista haver problemáticas também no âmbito do histórico de proteção dos direitos fundamentais que em vários pontos não seguiu a proposta de direitos civis e políticos para uma primeira dimensão, direitos sociais e econômicos para uma segunda dimensão e, por fim, direitos atinentes à fraternidade para o terceiro momento de previsão.

Na perspectiva do conteúdo, a classificação das diferentes fases analisa as prerrogativas que foram juridicamente previstas, declinando para os conteúdos atinentes aos direitos civis e políticos em um primeiro momento de proteção; posteriormente, protegem-se os direitos sociais e econômicos; e, por fim, o terceiro e último momento de previsão de conteúdos voltados para os direitos e prerrogativas relativas à fraternidade; de modo que um aprofundamento nos estudos desses conteúdos que orientam uma profunda investigação acerca dos direitos fundamentais que indagam uma suspeição acerca deste pensamento que acaba conflitando com características básicas e peculiares dos direitos fundamentais, questionadas no seguinte trecho inserido em uma das correntes críticas:

[...]. Portanto, o que parece ser uma questão meramente vocabular acaba por demonstrar a perigosa impropriedade da locução, ao conflitar com as características fundamentais dos direitos humanos contemporâneos, especialmente sua indivisibilidade e sua interdependência, que se

contrapõem à visão fragmentária e hierarquizada das diversas categorias de direitos humanos (WEIS, 2010, p. 53)

A ideia contemporânea de direitos fundamentais alude a própria natureza da pessoa humana, independentemente do tempo em que foram submetidos à previsão jurídica, porém o ideário de Karel Vasak acaba sendo fragmentário também neste sentido, uma vez que vislumbra a determinação e afirmação de direitos compreendidos como da pessoa humana somente naquele momento temporal, histórico e político que foram protegidos.

Por isso a suspeição que visa considerar direitos fundamentais como prerrogativas determinadas a partir da proteção no histórico do constitucionalismo, de modo a reduzi-la a mera influência na determinação dos direitos fundamentais e não como único e exclusivo fator do surgimento de tais direitos.

O conteúdo também acaba sendo um fator que reduz a concepção teórica para uma crise, justamente por existir significativo reconhecimento doutrinário que entende que a proposta ignora completamente a estrutura do próprio direito:

A segunda crítica reporta-se ao próprio método de classificação dos direitos fundamentais. É discutível a validade dogmática da teoria que, ignorando completamente a estrutura própria dos direitos, utiliza o momento histórico como fator exclusivo de classificação dos direitos fundamentais, não exteriorizando caráter suficientemente preciso para poder ser utilizada como noção jurídica válida (SCHÄFER, 2013, p. 35)

A perspectiva dos conteúdos no âmbito abstrato da própria previsão jurídica acaba sendo relevado, pois quando a proposta teórica de Karel Vasak subdivide prerrogativas indivisíveis e conflitando com outras peculiaridades básicas da própria natureza desses direitos, a crise acaba transbordando a esfera dos sujeitos para ser deflagrada e compreendida em outras perspectivas.

O critério do conteúdo não pode escapar da avaliação, ainda mais por conta das razões que a proposta de abordagem pretende, onde do ponto de vista dos conteúdos a classificação também se encontra de significativa redução:

Mais importante de que o momento de reconhecimento é o conteúdo dos direitos. Os direitos fundamentais podem ser classificados de acordo com as respectivas afinidades, o que somente pode ser percebido a partir do estudo criterioso dos conteúdos dos diversos direitos. (SCHÄFER, 2013, p. 35).

Portanto, o recorte se concentra na perspectiva do conteúdo para respectiva solução, mais especificamente nos aspectos e características inerentes dos direitos fundamentais, sendo as principais e mais citadas: a) universalidade, b) essencialidade, c) irrenunciabilidade, d)

inalienabilidade, e) inexauribilidade, f) imprescritibilidade, sem reconhecer a existência de outras mencionadas pelas várias doutrinas; e ainda, reconhecendo que a proposta diverge dessas características verificáveis no estudo da essência e ontologia desses direitos:

[...] A classificação tradicional, porém, tem sido objeto de recentes críticas, as quais apontam para a não-correspondência entre as gerações e o processo histórico de nascimento e desenvolvimento dos direitos humanos. Mais além, verifica-se que a difundida noção tem acarretado confusões conceituais acerca de suas características distintivas dos direitos humanos (WEIS, 1999, p. 40).

Não há como negar a interdependência de direitos ainda que protegidos em contextos historicamente diversos, pois, de fato, a realização de liberdades compreendidas como civis somente serão satisfeitas quando direitos econômicos e sociais forem realizáveis e, de mesmo modo, direitos sociais como a saúde em sua acepção individual depende da tutela coletiva de todo o conjunto do meio ambiente e das formas básicas de saneamento e de prevenção de doenças. Ainda no tocante ao aspecto da inter-relacionariedade desses conteúdos, percebe-se que uma categoria de direitos está atrelada à outra:

O que hoje parece evidente tem como premissa a mudança na concepção que o Direito faz do ser humano, não mais sendo aquele hipotético e abstrato sujeito de direitos do Liberalismo, mas do homem e mulher específicos, tomados na diversidade de seus status sociais, a requererem diferente tratamento e proteção. Daí que o Direito Internacional dos Direitos Humanos tem preocupação atual de garantir a implementação dos direitos previstos, o que vem corroendo a distinção absoluta criada pela edição de dois pactos internacionais de 1966. Portanto, do ponto de vista de sua verificação real, os direitos de (liberdades civis) necessitam da realização dos direitos (direitos econômicos, sociais e culturais) (WEIS, 1999, p. 57).

Atentando-se à característica da essencialidade, fala-se em direitos essenciais por natureza, tendo por conteúdo os valores supremos do ser humano e a prevalência da dignidade da pessoa humana (conteúdo material) e também, pela sua especial proteção normativa (conteúdo formal), exatamente por isso que se admite a revelação de outros direitos fundamentais que não estão arrolados na lista expressa dos textos constitucionais:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos Tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte [...] (BRASIL, não paginado, 1988).

Quando a concepção de direitos fundamentais decorre da natureza humana afirmando prerrogativas que sempre pertenceram a todos, indistintamente e independentemente do tempo

em que foram juridicamente previstos, a proposta de Karel Vasak quando condiciona direitos a partir do tempo de sua proteção acaba sendo uma subversão e conflitando diretamente com o conceito básico dos direitos fundamentais.

Ainda na perspectiva do conteúdo e os analisando, percebe-se o intento da proposta das dimensões de direitos atrelada a historicidade dos direitos fundamentais, especialmente quanto ao seu surgimento:

[...] não são nada além do que uma tentativa de tornar mais palpável a noção da historicidade dos direitos humanos, isto é, de explicar de forma sintética que o surgimento daqueles obedeceu às injunções histórico-políticas, cujas características marcaram os direitos nascidos daquele momento. (WEIS, 2010, p. 50-51).

Trata-se de um equívoco também não considerar ou ignorar completamente o momento histórico e político em que tais direitos foram previstos, porém a grande falha na proposta de Karel Vasak está em considerar tais proteções como o único e exclusivo fator de determinação e afirmação desses direitos, sendo este apenas uma das influências a serem consideradas, compreendendo o surgimento e determinação de direitos como oriundos de fontes de diversas naturezas, dentre as quais, de ordem antropológica, sociológica, psicológica, tecnológica e muitas outras.

O fator histórico de formalização de direitos não pode ser o único no surgimento de uma prerrogativa, uma vez que a formalização e a positivações de direitos é variável política e geográfica e é salutar que características de direitos retirados na natureza humana não podem ter o mesmo aspecto oscilante, de modo que o próprio Bobbio dá exemplo de direitos que surgiram em razão do desenvolvimento tecnológico e não de mera formalização positivista de uma estrutura política:

[...] as exigências que se concretizam na demanda de uma intervenção pública e de uma prestação de serviços sociais por parte do Estado só podem ser satisfeitas num determinado nível de desenvolvimento econômico e tecnológico; e que, com relação à própria teoria, são precisamente certas transformações sociais e certas inovações técnicas que fazem surgir novas exigências, imprevisíveis e inexecutáveis antes que essas transformações e inovações tivessem ocorrido. Isso nos traz uma ulterior conformação da socialidade, ou da não-naturalidade, desses direitos. (BOBBIO, 1992, p. 76).

Existem preocupações contemporâneas que não foram as de sempre no convívio social humano, de modo que as contingências e necessidades foram transmudadas e muitas vezes até evoluídas, de modo a afirmar que a compreensão da origem e determinação de

direitos está em razões multifatoriais, incluindo fontes tecnológicas na análise do surgimento de outras necessidades humanas.

O próprio Carlos Weis utiliza deste recorte da obra de Bobbio, para afirmar categoricamente que direitos surgiram recentemente de fatores não adstritos tão somente à formalização positivista vislumbrada no histórico de proteção:

[...] certos direitos somente surgiram recentemente. A preocupação com o meio ambiente decorre, assim, da progressiva deterioração das condições de vida, do avanço técnico na capacidade de verificar e estimar esse processo e de avanço do pensamento humano, hoje capaz de perceber a importância da manutenção dos ecossistemas para a própria preservação da espécie humana, tendo como consequência o surgimento de novos valores a serem tutelados. (WEIS, 1999, p. 53).

Perceba que se afirmam novas prerrogativas não necessariamente oriundas exclusivamente da previsão, mas de contingências sociais e até tecnológicas que, muitas vezes, nem eram reconhecidas nas necessidades sociais de outrora.

Ocorre que intitular de “dimensões” ou mesmo “gerações” como forma de tornar palpável a historicidade, na verdade acarreta a falsa ideia que o surgimento e conformação de tais direitos só surgiram e se conformaram naquela determinada fase de previsão, quando, na realidade, trata-se de características que lhe são próprias:

[...] o emprego generalizado da metáfora acaba carrear para direitos humanos características que são próprias das gerações em seu sentido original, extraído das Ciências Naturais, que nada têm a ver com o fenômeno de surgimento e conformação dos direitos humanos, induzindo o estudioso a erro. (WEIS, 2010, p. 51)

Portanto, na perspectiva do conteúdo, ressalta-se a necessidade do aprofundamento nos aspectos e nas características desenvolvidas e estudadas dos direitos fundamentais como decorrentes de um histórico científico e reiteradas investigações antropológicas, sociológicas, históricas e até psicológicas da natureza humana para afirmação de prerrogativas e que não podem estar reduzidas a previsões como um único fator de existência desses direitos, por isso a vertente crítica assevera quanto a análise restrita a um único ponto de vista que acaba sendo conflitante com um pensamento que reduz tais direitos a mero positivismo que só vislumbra o ponto da formalização oscilante de acordo com o relativismo geopolítico de cada lugar, povo e tempo:

c) Essencialidade – os direitos humanos são essenciais por natureza, tendo por conteúdo os valores supremos do ser humano e a prevalência da dignidade da pessoa humana (conteúdo material), revelando-se essencial,

também, pela sua especial posição normativa (conteúdo formal), permitindo-se revelação de outros direitos fundamentais fora do rol de direitos expresso no texto constitucional. (MAZZUOLI, 2013, p. 855).

No momento em que a doutrina se aprofunda na essencialidade dos direitos fundamentais, classificando o respectivo conteúdo em duas categorias distintas, reconhecem, logicamente, um conteúdo material com fontes das quais podem se extrair ou não outros direitos fundamentais, inclusive não excluindo outros não expressos constitucionalmente; e uma segunda modalidade de conteúdos denominados conteúdos formais, onde a falta de posição normativa sobre direitos fundamentais que não foram constitucionalmente expressos, não implicam na respectiva exclusão, justamente, por se tratarem de rol não exaustivo.

Portanto, pode-se afirmar que é perfeitamente possível que existam direitos retirados de valores mais amplos e que não estão expressamente formalizados em textos constitucionais, de modo que não só os direitos formalizados expressamente são reconhecidos pela norma jurídica, havendo uma independência de direitos decorrentes das normas jurídicas que não foram listados ou formalizados expressamente, retirados de valores mais amplos, de modo que o reconhecimento das prerrogativas não depende apenas de proteções expressas.

Vale, inclusive, trabalhar o significado da característica da inexauribilidade, dentre os aspectos dos direitos fundamentais, uma vez que a inexauribilidade está, justamente, atrelada à ideia de serem duplamente inexauríveis, complementáveis do regime de princípios constitucionalmente adotado e de direitos advindos de Tratados internacionais:

f) Inexauribilidade – são os direitos humanos inexauríveis, no sentido de que têm a possibilidade de expansão, a eles podendo ser sempre acrescidos novos direitos, a qualquer tempo, exatamente na forma pregoada pelo 82º do art. 5º da Constituição de 1988, [...] Percebe-se, aqui, que a Constituição (pela expressão “não excluem outros...”) diz serem duplamente inexauríveis os direitos nela consagrados, vez que os mesmos podem ser complementados tanto por direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, como por direitos advindos dos tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil seja parte. (MAZZUOLI, 2013, p. 855).

Do ponto de vista das características dos direitos fundamentais, teorizados como indivisíveis e retirados de investigações não tão somente históricas, mas também de fontes antropológicas, sociológicas e até psicológicas da natureza humana, não havendo que se falar da respectiva existência de tais prerrogativas considerando única e exclusivamente as formalizações jurídicas como único fator a definir a existência ou não de tais direitos.

Considerar a existência de direitos fundamentais apenas do ponto de vista das formalizações arrisca todo um estudo sociológico, psicológico, antropológico, enfim, humano,

que revelam prerrogativas decorrentes da ontologia da natureza humana do ser, da respectiva dignidade e do mundo que o cerca a mera oscilação na formalização ou sistematização geopolítica de países.

Não que a formalização positivista de proteção ocorrida nos diferentes países não deve ser levada em consideração, porém, em um contexto onde o estudo antropológico, histórico, sociológico e até psicológico da natureza do ser, já foi concluído reiteradamente, no sentido de revelar características peculiares dessas prerrogativas sejam conjuntamente analisadas, pois, precisamente, as classificações estão umbilicalmente atreladas às características humanas podendo, inclusive citar, dentre as outras, as indivisíveis:

Trata-se de características contemporâneas dos direitos humanos, que podem ser apresentadas como sendo: a) universalidade [...]; b) indivisibilidade; c) interdependência; e d) inter-relacionariedade. (MAZZUOLI, 2013, p. 855).

No histórico da humanidade, inúmeros são os exemplos de políticas públicas que não reconheceram a indivisibilidade da dignidade da pessoa humana e, também, dos direitos fundamentais, de modo que a proposta teórica deve reconhecer a existência de tais direitos antes mesmo de tais previsões as referenciar em suas textualizações formais, haja vista que esta referência advinda da previsão jurídica pode oscilar de Estado para Estado, Constituição para Constituição, bem como na esfera internacional pelo viés de Tratados e Convenções Internacionais:

[...] além de consolidar a imprecisão da expressão em face da noção contemporânea dos direitos humanos, pode se prestar a justificar políticas públicas que não reconhecem indivisibilidade da dignidade humana e, portanto, dos direitos fundamentais, geralmente em detrimento da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais ou do respeito aos direitos civis e políticos previstos nos tratados internacionais já antes citados (SCHÄFER, 2005, p. 39).

A ideia de indivisibilidade tem relação, inclusive, com o aspecto cumulativo e adicional das dimensões de direitos que levaram a evolução terminológica da expressão “geração” para a nomenclatura “dimensão” de direitos, afastando o aspecto sucessório e admitindo o aspecto cumulativo de tais prerrogativas, porém a correção vocabular ou rotular que intitularam as fases de proteção continuou contradizendo e confrontando diretamente com as características básicas e inerentes de todo direito fundamental, correspondente à indivisibilidade.

A indivisibilidade como uma dentre as características que o pensamento das dimensões de direitos acaba conflitando, corresponde, justamente, a ideia de que tais direitos não surgem

somente com base nas proteções de um determinado documento, mas são evoluídos e acrescentados no decorrer do histórico da humanidade:

[...] como os da indivisibilidade, pois os direitos civis e políticos, e direitos sociais, econômicos e culturais – não se sucedem em gerações. Mas, ao contrário, se acumulam e se fortalecem ao longo dos anos. (MAZZUOLI, 2013, p. 910).

Quando ficou claro o reconhecimento, dentro da perspectiva do conteúdo, tratar de direitos indivisíveis, inter-relacionais, interdependência, as particularidades nacionais e regionais (assim como os diversos contextos históricos, culturais e religioso dos Estados) não podem servir de justificativa para a relativização ou oscilações quanto a existência dessas prerrogativas:

O propósito da Conferência de Viena de 1993 foi o de revigorar a memória da Declaração Universal de 1948, trazendo novos princípios [...] interdependência (pois os direitos do discurso liberal não de ser sempre somados com direitos do discurso social da cidadania, além do que a democracia, desenvolvimento e direitos humanos são conceitos que reforçam mutuamente) e inter-relacionariedade (pelo qual os direitos humanos e os vários sistemas internacionais de proteção não devem ser entendidos de forma dicotômica, mas, ao contrário, devem interagir em prol de sua garantia efetiva). Como deixou claro a Declaração de Viena de 1993, além de os direitos humanos serem universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, as particularidades nacionais e regionais (assim como os diversos contextos históricos, culturais e religiosos dos Estados) não podem servir de justificativa para a violação ou diminuição desses mesmos direitos. (MAZZUOLI, 2013, p. 910)

A categorização de conteúdos até pelas doutrinas internacionalistas foi tentada no âmbito de proteção no episódico caso deem que os Pactos Internacionais de 1966 foram categorizados em duas formalizações distintas: Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, porém até entre os internacionalista percebeu-se interesses políticos na divisão e não conseguiram prevalecer após os pactos internacionais na Conferência de Teerã:

Segundo relata Lindgren Alves, a proposta da formulação de um só pacto abrangente, defendida pelos países alinhados à União Soviética, foi derrotada pelo entendimento de que os direitos civis e políticos possuem diferentes naturezas que os econômicos, sociais e culturais [...] Na realidade, tais argumentos serviram ao propósito de países do bloco liderado pelos Estados Unidos e potências europeias de conservar a noção individualista liberal, diminuindo a importância das prescrições relativas aos estabelecimentos de um padrão digno de existência social, através da cooperação técnica e financeira dos países desenvolvidos, o que, de certa forma, garantia a permanência dos países subdesenvolvidos como

fornecedores de produtos primários e mão de obra barata [...] Seja como for, a tentativa de partir direitos humanos em duas categorias com importância desigual foi posta por terra menos de dois anos após a adoção dos pactos internacionais, na Conferência de Teerã em 1968, em que se afirmou peremptoriamente a indivisibilidade e a interdependência de direitos humanos. (WEIS, p. 73, 1999).

Assim, o pensamento que alude ao surgimento de direitos fundamentais considerando apenas o critério da formalização positivista, acaba ignorando que prerrogativas inerentes da pessoa humana decorrem de necessidades não apenas históricas, mas antropológicas, sociológicas, psicológicas da natureza do ser e que deve ser considerada à luz de todo um conjunto afim de não colidir com características básicas e peculiares reveladas para os direitos ditos fundamentais, dentre os quais, indivisibilidade, inexauribilidade, inter-relacionariedade, interdependência e outros tantos aspectos de tais direitos.

3.6. Da proposta de solução teórica na proteção dos direitos fundamentais

A rotulagem ou correção meramente vocabular que evoluiu a nomenclatura de “gerações” para “dimensões” de direitos e que reiteradamente é utilizada pela doutrina para significar o aspecto cumulativo e adicional dos conteúdos entre uma fase e outra de proteção de prerrogativas, em nada resolveu os problemas da proposta de Karel Vasak que continuaram sem observar características básicas dos direitos compreendidos como fundamentais.

Assim, quando adentramos na crítica que revela que a classificação dos direitos conflita com características e peculiaridades básicas dos conteúdos que estão sendo protegidos, a corrigenda terminológica que evoluiu a nomenclatura de “gerações” para “dimensões” de direitos também acaba sendo apontada de inutilidade:

[...] É notável que muitos autores, justamente em face à imperfeição da analogia, são levados a ressaltar o caráter cumulativo e indissociável dos direitos humanos, com o que buscam afastar uma falsa compreensão do assunto, como no caso de Paulo Bonavides [...] O jurista citado conclui pela necessidade de dirimir um eventual equívoco de linguagem, sugerindo a substituição do termo “geração” pelo vocábulo “dimensão” caso aquele venha induzir a sucessão cronológica [...] o que parece uma questão meramente vocabular acaba por demonstrar a perigosa impropriedade da locução, ao conflitar com características fundamentais dos direitos humanos contemporâneos, especialmente sua indivisibilidade e interdependência [...] (WEIS, p. 43, 1999).

Na essência das teorizações responsáveis pela crítica à proposta de Karel Vasak, encontram-se não uma absoluta negação da relevância em compreender o contexto político,

histórico, ou ainda o próprio momento previsão jurídica em si, mas sim, momentos e contextos como um dos fatores a serem considerados, de modo que o equívoco apontado está em considerar o âmbito da previsão ou o momento de proteção de prerrogativas tão somente como o único e exclusivo fator de determinação de direitos, sendo este o equívoco.

Questiona-se a divisão em gerações de direitos que, na essência, são indivisíveis, de modo a indagar se de fato políticas de governos que contemplem ou não tais conteúdos são ou não responsáveis pelo surgimento e conformação de tais direitos:

[...] A demonstrar também a necessidade pragmática de enterrar a metáfora das gerações, percebe-se o mau uso da expressão – e os equívocos a que conduz – por governos cuja política não consegue enxergar a indivisibilidade da dignidade humana. Assim, o Programa Nacional de Direitos Humanos do Governo Brasileiro, para justificar a não-inclusão dos direitos sociais em seu horizonte, destaca em sua introdução que: ‘O fato de os direitos humanos em todas as suas três gerações – a dos direitos civis e políticos, a dos direitos sociais, econômicos e culturais e a dos direitos coletivos – serem indivisíveis não implica que, na definição de políticas específicas – dos direitos civis – o Governo deixe de contemplar de forma específica cada uma dessas outras dimensões. (WEIS, 1999, p.43).

Quando se percebe que as prerrogativas atinentes à pessoa decorrem de contingências antropológicas, sociológicas, psicológicas (tais como no caso do dano moral), ou ainda tecnológicas, como a necessidade de proteção do meio ambiente, dentre tantos outros fatores de gênese, que não apenas os fatores históricos de previsão no variados contextos geográficos e políticos a ser estudados, tal divisão impõe o ponto de vista histórico, acaba perdendo credibilidade nas próprias falhas que vislumbra classificações e que desconsidere outras óticas acaba levando as problemáticas da vertente mais crítica:

[...] Como afirmava Jose Castan Tobñas no final da década de 60, a dimensão de direitos generacional dos direitos humanos se dá como corolário do seu caráter histórico, aparecendo como categorias históricas que se conformam em contexto e situações sócio-políticas e econômicas determinadas, que produzem as sucessivas gerações [...] Tanto assim é que nenhum autor consegue se referir ao tema sem esclarecer o leitor sobre o significado de tais gerações, sendo forçado a então explicar sua relação com o processo histórico de formação dos direitos humanos. Ora, uma metáfora surge com propósito de facilitar a compreensão sobre um tema, pelo emprego de uma palavra ou expressão para abreviar um pensamento. Porém, ao se verificar que a figura empregada não prescinde da explicação quanto à origem dos direitos humanos, percebe-se com clareza sua inutilidade, pois não alcança o propósito que se destinava. (WEIS, 1999, p. 41).

Portanto a proposta começa a ser alterada, buscando logo destacar a matriz histórica dos direitos humanos como um aspecto que não deve ser vislumbrado de modo exclusivo,

como sendo único fator que deve atribuir referências diretas que levaram o reconhecimento da respectiva prerrogativa até sua proteção:

Na realidade, é preferível desde logo destacar a matriz histórica dos direitos humanos e atribuir-lhes, conforme o caso, uma alcunha que faça referência direta ao movimento que inspirou ou ao conteúdo de suas prescrições. (WEIS, 1999, p. 41).

As “gerações” ou “dimensões” de direitos que vislumbram uma perspectiva histórica acabam entrando em crise também do ponto de vista dos conteúdos, ao conflitarem com características básicas desses direitos, de modo que o mais correto seria afastar uma proposta que considere um histórico de proteção genérica para todos os lugares, tempos e documentos de proteção, mas que referenciassem diretamente os conteúdos protegidos, deixando as razões que levaram um direito a ser previsto à compreensão de cada geopolítica, tempo, documento, contextos que podem oscilar na relação de uma determinada cultura, momento político ou até outros fatores na relação daquele poder político com aquela determinada prerrogativa:

No lugar das gerações, melhor seria falar em direitos humanos liberais ou direitos civis e políticos e em direitos econômicos, sociais e culturais. À chamada geração ainda não ocorreu a consolidação de uma designação mais precisa, daí por que se adota a denominação “direitos humanos globais”, uma vez que dizem respeito às condições de sobrevivência de toda humanidade e do planeta em si considerado, englobando a manutenção da biodiversidade, o desenvolvimento sustentável, o controle da temperatura global e da integralidade da atmosfera, além dos consagrados direito à paz, à autodeterminação dos povos etc. (WEIS, 1999, p.42).

A crise do pensamento de Karel Vasak na perspectiva do conteúdo acaba, também, compreendendo os desvios e vícios em um pensamento que afirmou direitos civis e políticos na primeira fase de posituação do ponto de vista do histórico do constitucionalismo, mas quando tomada pela perspectiva de Tratados e Convenções Internacionais, conclui-se por direitos civis e políticos previstos somente com advento dos pactos de 1966, ou seja, bem depois da proteção internacional dos direitos sociais protegidos com a Convenção da OIT.

Vale lembrar um recorte do pensamento feito por Carlos Weis, que exemplifica que os direitos civis e políticos, a discordância entre as potências mundiais acerca da classificação dos pactos de 1966, onde a proteção em apenas um pacto foi repudiada, de modo que questionar teorias acerca da existência de direitos a partir da ordem de previsão e formalização jurídica:

Voltando à classificação dada pelos pactos de 1966, lembra-se que a divisão legislativa teve como principal motivação a discordância política das potências mundiais acerca do conteúdo e da obrigatoriedade dos direitos humanos, inviabilizando a edição de um só pacto internacional, como era intenção inicial das Nações Unidas. Daí por que a divisão dos direitos humanos não deve conduzir à ideia da diferença absoluta entre as suas duas dimensões de direitos, mesmo porque já na época de promulgação dos pactos internacionais se lhes reconhecia a unidade conceitual fundada na indivisibilidade e interdependência. Resulta daí necessária a comparação entre os direitos encerrados pelos tratados numa ou noutra categoria, a fim de extrair-lhes os pontos de convergência e de afastamento. (WEIS, 1999, p.45).

A perspectiva princípio-lógica roga pela integralidade de princípios como a dignidade da pessoa humana que não podem ser vislumbrados a depender tão somente das políticas públicas a serem consideradas como única e exclusiva fonte de determinação, sem desconsiderar a significativa importância em sua respectiva implementação.

De modo mais explicativo, vale observar que insistir nas gerações ou dimensões de direitos acaba levando a consideração histórica de somente uma via de previsão e as falhas, nessa perspectiva histórica decorrem justamente, que a existência de direitos fundamentais e até da dignidade humana possui, em sua essência, características que não podem ser consideradas a depender dos fatores políticos que oscilam no tempo e lugar:

Insistir, pois, na ideia das gerações, além de consolidar a imprecisão da expressão em face da noção contemporânea dos direitos humanos, pode se prestar a justificar políticas públicas que não reconhecem a indivisibilidade da dignidade humana e, portanto, dos direitos fundamentais, geralmente em detrimento a implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais ou do respeito aos direitos civis e políticos previstos nos tratados internacionais já antes citados. (WEIS, 1999, p. 43-44).

Vale, portanto, o questionamento de que direitos compreendidos como fundamentais não podem ter a respectiva aceção de sua determinação a depender de políticas públicas, sem que seja afastada a significativa relevância dessas políticas na busca pela sua efetividade e não na inteligência de sua origem, marcada pela sua respectiva essencialidade e características próprias.

Não se pode perder de vista que o elemento essencial à prova da fundamentalidade desses direitos deve residir não somente no catálogo dos direitos fundamentais (ênfatisando sua essência não exaustiva), mas deve ser retirado como decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana:

Assim, a cláusula constitucional que permite a abertura a novos direitos fundamentais deve ser interpretada como tendo função maximizadora da estrutura protetiva fundamental. A busca de direitos não expressamente elencados no Catálogo dos Direitos Fundamentais (sejam eles novos ou não, escritos ou não) deve ser criteriosa, objetivando-se alcançar padrão mínimo de reconhecimento, para que essa cláusula se transforme em inimiga dos direitos fundamentais. O elemento essencial à prova da fundamentalidade desses direitos deve residir, em última instância, no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. (SCHÄFER, 2013, p. 37).

Os direitos fundamentais se encontram ligados, de modo que sua compreensão fragmentada, que ignora significativa indivisibilidade, desconsiderou a interligação entre estruturas variáveis de todos os direitos fundamentais, onde é reconhecido que, cada vez mais, a eficácia concreta de certa posição jurídica constitucional se atrela às condutas, uma vez que não dá para separar o direito à liberdade (essencialmente negativa) em relação à segurança pública (essencialmente prestacional):

A compreensão fragmentada dos direitos fundamentais (direitos negativos, de um lado, direitos positivos, de outro), sem a previsão de um regime jurídico geral, não permitiu que se constasse a interligação entre estruturas variáveis de todos os direitos fundamentais, nas quais cada vez mais à eficácia concreta de certa posição jurídica constitucional, independentemente de seu núcleo essencial, é dependente de pluralidade incindível de condutas comissivas e omissivas, as quais têm por destinatários tanto o Estado como o particular. Assim, não se questiona que os direitos à liberdade (típico direito negativo) encontra-se intimamente ligado com o direitos à segurança pública (direito prestacional); que o direitos à liberdade de expressão é dependente do direito à educação; [...]. (SCHÄFER, 2013, p. 74).

Portanto, a indivisibilidade, a inter-relacionariedade e inexorabilidade e outras tantas peculiaridades básicas dos direitos fundamentais acabam gerando a necessidade por uma reformulação ou mesmo por uma nova forma que vislumbre prerrogativas compreendidas como fundamentais, porém observando suas peculiaridades básicas de sua natureza.

A proposta começa ser construída no sentido de se afirmar uma proteção principiológica dos direitos fundamentais, superando os critérios classificatórios e diferenciatórios entre os direitos, uma vez que todos têm como objetivo essencial a proteção do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana:

A compreensão principiológica dos direitos fundamentais demonstra ser a postura teórica em favor dos direitos fundamentais, no momento em que permite a visualização sistêmica e integral de todos os direitos fundamentais, superando critérios diferenciatórios entre os direitos que, ao final, tem todos como objetivo essencial a proteção da dignidade da pessoa humana, traduzindo comandos de potencialização no que se referem à proteção concreta dos respetivos núcleos essenciais. Nesse sistema, as normas jurídicas são subdivididas em princípios e regras. (SCHÄFER, 2013, p. 75)

O pensamento que atrela o surgimento de direitos fundamentais ao momento de positivação acaba desconsiderando a respectiva proteção jurídica como uma forma de ratificar uma prerrogativa já reconhecida no convívio e nas relações sociais, ignorando a influência sociológica que levou à constitucionalização do direito ulterior.

Por isso a importância da proteção desses direitos, observando a compreensão principiológica e seus respectivos postulados em uma teoria constitucional de princípios e regras, devendo sofrer algumas adaptações à complexidade crescente da sociedade moderna:

O entendimento principiológico implica na compreensão dos direitos fundamentais em sua totalidade, vale dizer, como conjunto interligado de proposições constitucionais, as quais se condicionam mutuamente, gerando interdependências incompatíveis com a visão fragmentada do fenômeno. A Corte Constitucional italiana, na conhecida *Setenza Baldassare*, reafirmou a importância dessa concepção principiológica na Constituição moderna, consignando que os princípios constitucionais têm validade vinculante superior relativamente a outras normas constitucionais. (SCHÄFER, 2013, p. 77).

Há, inclusive, doutrinas que compreendem direitos fundamentais existentes desde a existência da própria pessoa humana e que sempre existiram, mas que só foram protegidas em dado momento histórico e político por razões da evolução da própria humanidade ou por interesses políticos que vieram a ser protegidos posteriormente.

Nesse sentido que surge a ideia de que a solução de eventuais conflitos constitucionais, nomeadamente para direitos constitucionais, deve ser buscada na proteção de formas pautadas em novos postulados de aplicabilidade:

Nesse sentido, a solução de eventuais conflitos entre direitos constitucionais deve ser buscada cada vez mais na conciliação (ponderação) dos diversos valores litigiosos, numa visão de inclusão dos direitos ao sistema constitucional, substituindo-se a solução do "tudo ou nada", a qual implica absolutização e exclusão de direitos, pela técnica da ponderação no caso concreto. Mostrando-se adequada a solução do conflito entre regras jurídicas infraconstitucionais no campo da validade, a mesma sistemática relevou-se totalmente insuficiente ante as diferentes e complexas funções desempenhadas pela Constituição. (SHAFER, 2013, p. 77).

Vale ressaltar, que direitos fundamentais são determinados a partir da evolução social e tecnológica da própria sociedade, mudanças de necessidades, inserindo de modo exemplificativo o desenvolvimento da questão do saneamento básico e da evolução na noção de condições mínimas de saúde como um desenvolvimento incindível da evolução do sistema de esgotamento e peças sanitárias, como no exemplo inglês do século XIX que declinou

significativa atenção ao saneamento urbano, quando percebeu que a epidemia da cólera era mais intensa nas áreas urbanas carentes de saneamento efetivo.

A indivisibilidade dos direitos fundamentais e a existência de diferenças estruturais entre os variados tipos de direitos determinam a superação das categorizações desses mesmos direitos, de modo a orientar a aplicabilidade imediata de todas as normas constitucionais:

A incidibilidade dos direitos fundamentais e a inexistência de diferenças estruturais entre os variados tipos de direitos determinam a superação dos modelos teóricos embasados na separação estanque entre as esferas dos direitos sociais (positivos ou prestacionais) e dos direitos de liberdade (negativos), afirmando-se aplicabilidade imediata de todas as normas constitucionais, a partir da unidade de sentido dos direitos fundamentais, fenômeno denominado de reclusão da juspublicística por Jorge Miranda, porquanto são as normas constitucionais que vinculam toda a atividade estatal infraconstitucional, e não o contrário. (SCHÄFER, 2013, p. 79).

A aplicação a partir do postulado da ponderação acaba solucionando a determinação desses direitos nos respectivos casos que são ajuizados e são levados ao conhecimento por parte do Estado quando não são aplicados de forma categorizada, mas aplicados de modo a considerar total integralidade dos valores em questão.

O Supremo Tribunal Federal tem aderido a esta solução principiológica, que tenta vislumbrar um sistema unitário ao invés do sistema geracional, entrevedo sua aplicabilidade imediata observando a indivisibilidade:

A incidibilidade dos direitos fundamentais e a inexistência de diferenças estruturais entre os variados tipos de direito determinam a superação dos modelos teóricos embasados na separação estanque entre as esferas dos direitos sociais (positivos e prestacionais) e dos direitos de liberdade (negativos), afirmando-se a aplicabilidade imediata de todas as normas constitucionais, a partir da unidade de sentido dos direitos fundamentais. A diferença entre direitos negativos e direitos positivos é meramente de grau, uma vez que em ambos há expectativas negativas e positivas. Nesse contexto, os direitos políticos fundamentais apresentam uma estrutura jurídica complexa, pois exteriorizam características negativas (primeira geração) e, ao mesmo tempo, positivas (segunda e terceira geração). São preponderantemente direitos fundamentais individuais, pois garantem esferas de não interferência do Estado no âmbito das autonomias decisórias individuais, mas são exercitáveis mediante a ação garantidora do Estado, o qual deve organizar procedimentos que tem por objetivos instrumentalizar a concreção do exercício dos direitos, como é o caso, por exemplo, das eleições periódicas (BRASIL, 2011, p. 19).

Em que pese a jurisprudência, a compreensão unitária dos direitos fundamentais em substituição da compreensão geracional, Schäfer (2013, p.81) fornece postulados que facilitam contornos e precisão na tese por uma nova acepção (perspectiva unitária):

Dessa forma, a compreensão unitária dos direitos fundamentais embasa-se nos seguintes postulados: Caráter incidível dos direitos fundamentais, decorrente da unidade de sentido constitucional; Inexistência de diferenças estruturais entre os distintos tipos de direitos fundamentais, dada a presença das diferentes expectativas (positivas e negativas), em maior ou menor grau, em todos os direitos fundamentais; Interligação sistêmica e dialética entre todas as espécies de direitos fundamentais, implicando comprometimento recíproco dos direitos no que se refere à efetivação; Caráter principiológico de todos os direitos fundamentais, implicando entendê-los como mandados de otimização, sendo que a medida exata do devido, em concreto, vai depender das possibilidades reais e jurídicas. Com isso, a chamada “reserva do possível” é elemento que se integra externamente (plano da eficácia) a todos os direitos fundamentais, independentemente de suas características intrínsecas, uma vez não compor a estrutura formadora do direito fundamental; Inadequação de teorias classificatórias que tenham por embasamento teórico a compartimentalização estanque dos direitos fundamentais.

Assim, a perspectiva unitária afasta a aceção geracional, considerando o aspecto incidível dos direitos fundamentais, decorrentes da unidade constitucional; não reconhece distinções entre tipos diversos de direitos fundamentais, reconhece a interligação sistêmica entre todas as espécies de direitos fundamentais e, um dado de significativa relevância, reconhece o caráter principiológico dos direitos fundamentais.

No concernente ao aspecto principiológico dos direitos fundamentais, a vertente defensora busca responder a perspectiva subjetiva e da efetividade que coloca as gerações e dimensões de direitos também em crise, conforme já abordado.

Porém, a resposta que a doutrina fornece acerca da inefetividade está baseada na medida exata do concreto, estando dentro das possibilidades reais e jurídicas pelo viés de uma nova defesa teórica, intitulada reserva do possível.

Ocorre que a reserva do possível só justifica a inefetividade e compromete a eficácia com aceção de mandado de otimização, porém não se pode perder de vista que a universalidade continua circunscrita e restrita na perspectiva do conteúdo, não vingando a universalidade na esfera dos fatos e da materialidade, continuando como abstrata e não afastando o significado da análise subjetiva desenvolvida, que conclui por historicidade a proteção de conteúdos abstratamente universais para efetivarem interesses de categorias politicamente favorecidas no respectivo contexto histórico e político de seus agentes verificáveis no seu tempo.

Esta proposta de resolução, pelo viés de um sistema unitário que considere a aplicabilidade imediata e observe o aspecto da indivisibilidade pode ser percebido pelo mencionado julgado, quando o Supremo Tribunal Federal, além de reconhecer as tão

reafirmadas razões que levam as gerações às crises que assolaram o pensamento, também visitam valores e prerrogativas, dentre as quais, anterioridade eleitoral, devido processo legal, igualdade, função contramajoritária da ideia de jurisdição constitucional e outros, sem que possa haver diferenciações e categorizações acerca de conteúdos na essência indivisíveis e inter-relacionados:

Em outra oportunidade, quando do julgamento da constitucionalidade da lei da ficha limpa (Lei Complementar n. 135/2010) o Supremo Tribunal Federal uma vez teve oportunidade de visitar a temática referente à importância dos direitos fundamentais em nosso sistema constitucional (princípio da anterioridade eleitoral, devido processo legal, princípio da igualdade, função contramajoritária da jurisdição constitucional etc.), ficando assentada a necessidade de uma nova compreensão estruturante dos direitos fundamentais. (SHÄFER, 2013, p. 82).

A perspectiva das gerações e dimensões de direitos insere-se, portanto, em um modelo tradicional superado de paradigma, relevando os trabalhos em uma proposta de unicidade dos direitos fundamentais, importante fórmula de integração e efetivação dessas categorias jurídicas, por isso a preocupação em transcrever a perspectiva dos conteúdos e a perspectiva dos sujeitos, onde se vislumbra não só uma crise em detrimento à efetividade dos direitos previstos, mas também uma crise na ontologia e na estrutura essencial de seus conteúdos:

Parece ser momento de superação desses paradigmas tradicionais, para buscar-se, na unicidade dos direitos fundamentais, importante fórmula de integração e efetivação dessas categorias jurídicas, de modo a impedir a catalogação global e estanque dos direitos, pois “caso a caso, direito a direito, é possível comprovar a justiça” (SCHÄFER, 2013, p. 75).

Portanto, o sistema não deveria ser o geracional pautado em considerar a perspectiva unicamente histórica de formalização positivista, como único modo de surgimento e conformação de prerrogativas, posto que tal formalização histórica seja um fator demasiadamente oscilante e os direitos fundamentais não possuem esses aspectos instáveis. Suas características são indivisíveis e dentre outras, são constantes e não se encaixam em uma proposta fragmentária que tenta generalizar um histórico de formalização único para direitos que já existem, e que a formalização é tão somente um fator a ser considerado nos contextos geopolíticos, sociológicos, antropológicos e até psicológicos que, de fato, contribuem para o respectivo reconhecimento, surgimento e determinação de direitos compreendidos como fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta expõe um dos ideários mais bem divulgados acerca da temática dos Direitos Fundamentais, repercutido por inúmeros fatores que variam, desde a projeção da obra “A Era dos Direitos” e do reconhecimento acadêmico do seu autor Norberto Bobbio, como pela divulgação da aula magna inaugural de uma importante instituição de direitos humanos em Estrasburgo, pelo jurista tcheco naturalizado na França, Karel Vasak. E ainda, pela influência pós-positivista da constitucionalização dos diversos ramos do Direito que irradiaram o discurso para as pontas mais remotas das ramificações, dentre as quais, as do Direito Civil, Direito Penal, Direito Empresarial, Direito Tributária e tantas outras.

A confirmação dos vícios por vertentes críticas, a começar pelos internacionalistas, que observaram que do ponto de vista dos Tratados e Convenções Internacionais, as primeiras proteções de direitos atinentes à pessoa humana foram direitos relativos ao trabalho com a Convenção da OIT de 1919 e não com os direitos civis e políticos, como pretendia a proposta das gerações elaborada por Karel Vasak.

Entretanto, não só com as falhas na proteção ocorridas nos documentos internacionais, mas também com significativos desvios verificáveis no próprio histórico do constitucionalismo brasileiro, através da Constituição de 1937 (Polaca), que instituiu o Estado Novo e retrocedeu à lógica geracional da Constituição diretamente anterior de 1934, que protegeu os direitos sociais, também caracterizando uma ruptura na ordem cronológica da proposta de Vasak.

O trabalho, na perspectiva do conteúdo (critério objetivo), conclui que o ideário das dimensões de direitos conflita diretamente com características básicas dos direitos fundamentais, dentre as quais, a indivisibilidade ou ainda a inter-relacionariedade, de modo a reduzir as dimensões de direitos às crises na própria perspectiva dos conteúdos e dos direitos que foram juridicamente protegidos.

Os desvios e descompassos da proposta cronológica de surgimento e determinação dos direitos tomaram como base o momento de proteção jurídica verificável no histórico do constitucionalismo de forma bastante ampla e abrangente.

O problema de se verificar o surgimento e conformação de prerrogativas a partir do critério de positivação de direitos aparece quando se confere o momento de proteção jurídica para os mesmos direitos em documentos de natureza diversa das textualizações de ordem

constitucional, tal como no caso da verificação realizada para Tratados e Convenções Internacionais que começaram seu momento de proteção pelos direitos atinentes ao trabalho com a Convenção da OIT e não com os direitos civis, como pretendeu a proposta de Karel Vasak.

Ainda, quando se confere o momento de proteção no histórico do constitucionalismo, ignorando oscilações peculiares no histórico e no constitucionalismo de certos países, como no exemplo brasileiro, marcado pela ruptura da ordem sequencial de proteção que Karel Vasak projetou, com advento da Constituição de 1937, subsequente às tutelas dos direitos compreendidos como sociais.

O equívoco, ou vício do pensamento, inaugurado por Vasak está no critério sobre o qual o seu pensamento se assentou, inclusive de herança do positivismo hermético, na forma de pensar como os direitos surgiram e foram determinados até os dias atuais, colocando o momento de previsão ou positividade jurídica como único e exclusivo critério determinante dos direitos fundamentais, e não como uma dentre as várias influências a serem consideradas no processo de surgimento e determinação de prerrogativas.

Há que ser considerado que a proteção jurídica e o processo de positividade, podem sim, influenciar o respectivo processo de surgimento e determinação dos direitos, porém, não na qualidade única e absoluta fonte (critério) a ser considerada, devendo ser vislumbrada em conjunto com todas as demais influências que devem ser observadas na análise e na verificação de surgimento de direitos fundamentais.

Como forma de abarcar todas as perspectivas em um quadro crítico e integral ao pensamento de Karel Vasak, complementa-se que não só a crise na perspectiva do conteúdo (critério objetivo) partiu da incompatibilidade da proposta de Vasak em detrimento às características básicas dos direitos compreendidos como fundamentais, mas também, vale totalizar, uma análise que reveja este mesmo pensamento do ponto de vista dos sujeitos (critério subjetivo).

Ocorre que em dado momento da pesquisa, em que se analisou o livro “A Era dos Direitos” de autoria de Bobbio, inclusive compreendida como principal divulgadora do pensamento de Karel Vasak, encontra-se uma pontual divergência assumida pelo autor em face ao trabalho intitulado “Sobre a Questão Judaica” de autoria de Karl Marx, onde categoricamente será afirmado que um dos principais documentos inseridos na primeira fase de proteção de direitos (dentro da proposta de Vasak), não se referenciará o homem universal, mas sim o homem burguês.

Como a proposta do presente trabalho não se ateve à esfera exclusiva dos conteúdos juridicamente protegidos, mas também ao aprofundamento subjetivo no histórico de proteção de direitos, houve a referida análise da afirmativa de Marx para fins da integralidade da compreensão, em suma, acerca do documento não referenciar o homem universal, mas o burguês; concluindo, por uma análise manifestamente subjetiva acerca “de quem?” e “sobre quem”, de fato, tiveram seus direitos efetivados nos momentos e contextos em que foram juridicamente protegidos.

Uma vez esclarecido “quem?” foram os reais beneficiados e favorecidos com a respectiva proteção, a proposta passa a buscar, assim, que esta análise subjetiva feita por Marx não esteja adstrita à primeira fase de proteção, mas se estenda para as outras dimensões de direitos, tendo em vista que a crise dessas dimensões também foi vislumbrada no plano da efetividade que não superou o âmbito das previsões e textualizações jurídicas, senão tão somente para categorias específicas de sujeitos que viram seus direitos serem efetivados em detrimento aos demais, reduzindo a universalidade à mera abstração que não superou o âmbito das textualizações jurídicas.

Quando o critério de positivação ou proteção jurídica deixa de ser a única e absoluta fonte de determinação dos direitos, passando a ser vislumbradas apenas como influência no processo de conformação dessas prerrogativas, as redefinições do real significado das proteções e positivações de direitos, dentro do processo de surgimento de prerrogativas passam a ser questionadas.

A importância da perspectiva, ou da análise subjetiva feita por Marx, em um dos mais relevantes documentos inseridos na primeira dimensão direitos está em redefinir a proteção e positivação de prerrogativas como forma de compreender o contexto histórico e político (interesses) em que direitos abstratamente universais fossem protegidos para serem efetivos somente para determinadas categorias subjetivas.

Uma vez compreendido que a positivação jurídica não é o critério absoluto para determinação dos direitos e está reduzida a mera influência; vale salientar que direitos que, muitas vezes, sempre foram inerentes à pessoa humana, só tiveram sua proteção e positivação jurídica em um ponto na linha do tempo de todo o histórico humano, justamente, por dependerem do êxito político de categorias de sujeitos que positivaram direitos abstratamente universais para serem efetivos apenas para si, excluindo da efetividade os demais.

A perspectiva subjetiva de Karl Marx que, dentre os objetivos, buscou implementar a compreensão da crise da proposta de Karel Vasak, compreendeu o critério da positivação de direitos não só como uma influência analisável na determinação dessas prerrogativas, mas

também como uma forma de identificar momentos desses direitos e reais interesses no respectivo contexto político que foram juridicamente protegidos, aprofundando a compreensão dessas prerrogativas e das influências que levaram à respectiva determinação na análise de seu surgimento.

A positivação de direitos deve passar por um processo de redefinição, onde não será admitida como o momento do surgimento e determinação dos direitos na proposta de Vasak, mas sim como reveladora de contextos políticos que expliquem o fato de que direitos que sempre foram inerentes à pessoa humana e abstratamente universais só estarem protegidos em um momento em todo um histórico da pessoa humana; em suma, revelando para quem os direitos abstratamente universais foram realmente efetivados, com essa tão específica proteção jurídica.

Prosseguindo na proposta de estender a análise subjetiva feita por Karl Marx para as duas outras dimensões de direitos; deve-se, antes, lembrar que na aclamada primeira dimensão de direitos a categoria de sujeitos que viu efetivados seus interesses com as respectivas proteções foram, justamente, aqueles que tiveram êxito no contexto da Revolução de 1789, em suma, a burguesia.

Já no segundo momento de proteção, os conteúdos protegidos referenciaram a categoria socialmente sujeitada, mas não por razões de caridade burguesa, de modo que tais concessões ocorreram por razões de crise no modelo liberal de Estado de Direito, que passou a assolar as primeiras décadas do século XX e que levou a mudança para o modelo social de Estado de Direito.

Para a terceira fase de proteção de direitos e encerrando o lema revolucionário setecentista (liberdade, igualdade e fraternidade), pode-se afirmar que a terceira dimensão de direitos teve a peculiaridade de proteger e positivar prerrogativas que não referenciaram sujeitos determinados, em suma, por se tratarem de direitos difusos e sem categorias de sujeitos especificadas na respectiva proteção, não havia quem representasse tais direitos, justamente, por se tratarem de bens como patrimônio da humanidade, direito à paz, meio ambiente de modo geral, não especificando segmentos que representassem e atuassem na defesa ou na materialização de tais prerrogativas, exigindo das estruturas estatais a legitimação de entidades que pudessem atuar e buscar a respectiva efetivação desses direitos, evitando o fenômeno da inércia que foi denominado doutrinariamente de efeito carona (*free riding*).

A perspectiva dos sujeitos (no plano da real efetividade) deve vislumbrar a efetividade ocorrida na realidade fática de modo a estender a percepção de que conteúdos abstratamente

universais foram protegidos para efetivar interesses de alguns em detrimento dos demais, redefinindo o significado da positivação de direitos dentro do processo de surgimento e determinação de prerrogativas.

A análise subjetiva que Karl Marx havia feito para um dos documentos inseridos na primeira dimensão de direitos e a proposta de estender esta perspectiva subjetiva para a segunda e terceira dimensão de prerrogativas implica na redefinição da proteção jurídica que deixa de ser um fator crucial no processo de determinação de direitos para se configurar em uma, dentre as influências, que deve ser analisada neste processo.

Também, a análise subjetiva de Marx, contribui como marco político no histórico desse direito que, em que pese abstratamente universal, é positivado para gerar a sujeição de muitos em detrimento da efetividade de alguns que tiveram êxito no momento histórico e político da respectiva proteção, por isso a proposta de afastar as terminologias: “gerações” ou “dimensões” de direitos para pontuar uma nova nomenclatura nesta evolução terminológica que coadune com o esclarecimento do real interesse político dentro da proposta de analisar a positivação de direitos, tratando-se da terceira intitulação na evolução terminológica: “sujeições de direitos”.

Já na perspectiva dos conteúdos (no plano da abstrata universalidade), o pensamento de Karel Vasak confronta características peculiares dos direitos compreendidos como fundamentais, dentre os quais, a inter-relacionariedade (afastando a independência que as dimensões pressupõem entre si, uma vez que, os direitos de uma, estão interligados com os da outra), bem como a característica da indivisibilidade.

A solução para a crise na perspectiva dos conteúdos é reconhecidamente fornecida pela vertente internacionalista, dentre as quais, destaca-se o trabalho “Classificação dos Direitos Fundamentais do Sistema Geracional ao Sistema Unitário” de autoria de Jairo Schäfer onde se desconsidera a fragmentação dos conteúdos proposto pelas dimensões de direitos, para operar a aplicação imediata dessas prerrogativas, em suma, aplica-se a unicidade da proteção a ser verificada no caso a caso pelo viés do postulado da ponderação de interesses utilizados para efetivar conteúdos principiológicos constitucionais, ignorando de vez o aspecto estanque e separatória da proposta de Vasak.

REFERÊNCIAS

ABELLÁN, Joaquín. **Racciones ante la Revolucion Francesa**. Madrid: Alianza, 1993.

ALARCÓN, Pietro, Jesús Lora. **O patrimônio genético humano e sua proteção na constituição federal de 1998**. São Paulo: Método, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Luíz Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Fernando Rodrigues; POZZOLI, Lafayette. Os limites entre a necessidade e a eticidade na elaboração de uma legislação simbólica. In: HERRERA, Luiz, Henrique, Martim; CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ANDERSON, Perry. **Balanço do neoliberalismo**. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Trad. de José Rubens Siqueira. São Paulo: Cia das Letras, 1999.

_____. **Origens do Totalitarismo**. Trad. de Roberto Raposo. São Paulo: Cia das Letras, 1989.

_____. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 5ª edição. Globo. Porto Alegre. 1969.

BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido: Exigências, Recursos e Definições da Fraternidade Política**. São Paulo. Cidade Nova. 2008. vol. 2

BAIO, Lucas Seixas (Org.). **A nova Interpretação do Direito- construção do saber jurídico**. 1ed. Birigui: Boreal Editora, 2012, p. 225-243. Vol1.

BARROS, Sérgio, Resende. **Direitos Humanos: paradoxo da civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Noções sobre Gerações de Direitos**. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/nocoes-sobre-geracoes-de-direitos.cont>>. Acesso em: 26 out. 2015.

_____. **O Direito na pós-modernidade**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BARTHOU, Louis. **Mirabeau**. Paris: Hachette & Cie, 1913.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Democracia, justiça e direitos humanos: estudos de teoria crítica e filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

_____. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Os Direitos Humanos e a Democracia. In: SILVA, Reinaldo, Pereira (Org). **Direitos Humanos como Educação para a Justiça**. São Paulo: LTr, 1998.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 23ª edição, São Paulo: Malheiros, 2008.

BORDIEU, Pierre. **Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal**, Rio de Janeiro, Zahar, 1998.

BRAICK, Patrícia Ramos; MOTA Miriam Becho. **História das cavernas ao terceiro milênio**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 47.516**. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF 23 de fevereiro de 2006. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01/09/2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 22.164-0/SP**. Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, DF 17 de novembro de 1995. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em: 01/09/2015. p. 39206

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45-MC**. Relator Min. Celso de Mello, Brasília, DF de 2004. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01/09/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Julgamento do Mandado de Segurança nº 22164**. Relator Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691> Acesso em: 04/05/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 633703**. Relatoria de Gilmar Mendes, Julgamento em 23/3/2011. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 27 de out. 2015.

_____. Presidência da República. Casa Civil. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm . Acesso em: 16/10/2015.

_____. Presidência da República. Casa Civil, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 16/10/2015.

_____. Presidência da República. Casa Civil, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1988**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em:
 16/10/2015.

BUENO, Roberto. Estado e poder político em Norberto Bobbio. In: BARBOSA, Walmir. (Org.). **Estado e poder político: do pragmatismo político à ideia de contrato social**. ed. Goiânia: Universidade Católica de Goiás, 2004. Vol. 1

BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal do inimigo. **Revista de estudos criminais**. Porto Alegre, n. 14, 2004. p. 137-145.

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Campinas: Millennium, 2007.

_____. **A humanização do Direito Internacional**. Ed. Del Rey. Belo Horizonte. 2006.

_____. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. vol. 1.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. **Arquivos do Ministério da Justiça**, n. 182, jul/dez. 1993. p. 27-54.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7^o edição. Coimbra: Almedina, 2003.

CARIGÉ, Augusto Nascimento. **O Estado democrático de direito e as gerações de direitos**. Disponível em: http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7BA8AE3B6F-C5E3-4EC0-97A6-435226FA5C27%7D_Artigocorrigido.doc Acesso em 8 de novembro de 2009.

CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

CHOMSKY, Noam. O lucro ou as pessoas: liberalismo e ordem global. Rio de Janeiro, Bertrand, 2006.

CHUEIRI, Vera, Karam. Nas Trilhas de Carl Schmitt (ou nas Teias de Kafta): Soberania, Poder Constituinte e Democracia (Radical). In FONSECA, Ricardo Marcelo (Org). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 3^o edição. São Paulo: Saraiva, 2004

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacional. v. 14, n. 1, p. 1-25, jan./jun. 2009 (no prelo).

COUTRIM, Gilberto. **História & reflexão Consolidação do Capitalismo e Brasil Império**. 8 ed. São Paulo: Saraiva. 1999, vol. 3.

DAENS **Um Grito de Justiça**. Direção: Stijn Coninx. Bélgica-França-Holanda, 1992. 128 min

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DWORKIN, Robert. **Uma questão de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DUPAS, Gilberto. **Economia Global e Exclusão Social: pobreza, emprego, Estado e futuro do capitalismo**. São Paulo, Paz e Terra, 2001.

EDELMAN, Bernard. **O direito captado pela fotografia: elementos para uma teoria marxista do direito**. Coimbra: Centelha, 1976.

_____. Le sujet du droit chez Hegel. **La Pensée**, nº 170, 1973. p. 70-85

ESTEVÃO, Roberto Freiria. Direito e Realidade Social: velhos inimigos. **Anais...** do XIV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis-SC: Fundação Boiteux, 2005, p. 204-214.

FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino. **Direito fundamental de acesso à água potável: direitos fundamentais de sexta geração**. São Paulo: Editora Millennium. 2010.

FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino. **Direito fundamental de acesso à água potável: direitos fundamentais de sexta geração**. São Paulo: Editora Millennium. 2010.

FALCON Y TELLA, Fernando. **Challenges For Human Rights** (Nijhoff Law Specials). Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

_____. **Challenges For Human Rights** (Nijhoff Law Specials). Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

FAVOREU, Louis; RUBIO LLORENTE, F. **El bloque de la constitucionalidade: simposium franco-español de derecho constitucional**. Madrid; Sevilla: Civitas; Universidad de Sevilla, 1991. 203p.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo. Saraiva, 2011.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais**. 13 edição. São Paulo. Saraiva, 2011.

_____. Para uma possível teoria da história dos direitos humanos. **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 1, jan./jun. 2011. p. 273-291.

FONSECA, Ricardo Marcelo (org). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FOCAULT, Michel. **Saber y verdade**. Madrid: Las Ediciones de la piqueta, 1991. Tradução de Julia Varela e Fernando Alvarez-Uria.

_____. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002

_____. Para uma possível teoria da história dos direitos humanos. *Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 1, jan./jun. 2011. p. 273-291.

GAJARDONI, Fernando Fonseca. **Direitos difusos e coletivos I**: teoria geral do processo coletivo. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direitos difusos e coletivos I**: teoria geral do processo coletivo. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCIA, Marcos Leite. **A leitura de Karl Marx dos Direitos do Homem e do Cidadão e suas conseqüências para a Teoria Contemporânea dos Direitos Humanos**: diálogo entre o Prof. Marcos Leite Garcia e o Prof. Manuel Atienza. In: CRUZ, Paulo Márcio; Roesler, Claudia Rosane. *Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza*. (no prelo) Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 7-4.

_____. **A contribuição de Crhistian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais**. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. Itajaí, v. 10, n. 2, p. 417-450, jul./dez. 2005

GIACÓIA JR, Oswaldo. **Heidegger urgente**: Introdução a um novo pensar, São Paulo: Três Estrelas, 2013.

GIDDENS, Anthony. **Structuralism, post-structuralism, and the production of culture**. Stanford: Stanford University Press, 1987.

_____. **Structuralism, post-structuralism, and the production of culture**. Stanford: Stanford University Press, 1987.

GÓMES ROBLEDÓ, Antonio. **Fundadores del derecho internacional**. México: UNAM, 1989.

HERKENHOFF, João Batista. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

HOBBSBAWM, Eric. **A era dos extremos – O Breve Século XX, 1914-1991**. São Paulo, Companhia das Letras, 2009.

_____. **O novo século**: entrevista a Antônio Polito. São Paulo, Companhia das Letras, 2005.

HONESKO, Raquel Schlommer. Discussão Histórico-Jurídica sobre as Gerações de Direitos Fundamentais: a Paz como Direito Fundamental de Quinta Geração. In: FACHIN, Zulmar. **Direitos Fundamentais e Cidadania** (Org). São Paulo: Método, 2008.

HUNT, Lynn. **A invenção dos Direitos Humanos Uma História**. Companhia das Letras: São Paulo, 2009.

INGLATERRA. **Magna Carta 1215**. Disponível em: <<http://www.constitution-du-royaume-uni.org/resources/Magna%20Carta%201215.pdf>> Acesso em: 27 de out. 2015.

INGLATERRA. **Magna Carta 1215**. Disponível em: <<http://www.constitution-du-royaume-uni.org/resources/Magna%20Carta%201215.pdf>> Acesso em: 27 de out. 2015.

JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho Penal del Inimigo**. Madrid: Civitas, 2003.

_____. **Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht**, 2004. Disponível em: <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/04-03/indez.php3?seite=6>. Acesso em: 08/03/2015.

KASHIURA, Celso Naoto. **Sujeito de direito e o capitalismo**. São Paulo (USP). Tese, 2012

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KEYNES, John Maynard. **Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda**. São Paulo: Editora Atlas, 1992.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

_____. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Trad. Walter Stöner. 5.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. 40 p. Título original: Über die Verfassung.

LEÃO JR., Teófilo, Marcelo, Arêa. **Acesso à Moradia. Políticas Públicas e Sentenças por Etapas**. Curitiba: Juruá. 2014.

LIPIETZ, Alain. **Audácia: uma alternativa para o século XXI**. São Paulo. Ed. Nobel. 1991.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo Judicial Limites Institucionais Democráticos e Constitucionais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

MARCUSE, Hebert. **Razão e Revolução**, Paz e Terra. Rio de Janeiro. 2004.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, São Paulo: Atlas, 2008.

MARSHALL, Thomas Humprey. **Cidadania e Classe Social**. Zahar Editores: Rio de Janeiro, 1967.

_____. **Citizenship and Social Class**. Westport, Connecticut: Granwood Press, 1977.

MARX, Karl. **O capital**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

_____. **A questão judaica**. São Paulo: Moraes, 1991.

MAZZUOLLI, Valério Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

MOURA, Aline Beltrame. O Discurso da cidadania em Marshall: a influência do modelo clássico na teoria jurídica moderna. **Revista Jurivox** v. 10. Patos de Minas: 2009. p. 22-34

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/convention>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

PALOP RODRIGUES, María Eugenia. **La nueva generación de derechos humanos: origen y justificación**. Madrid: Dykinson, 2002.

PANAZZO, Silva; VAZ, Maria, Luísa. **Navegando pela História: Sistema colonial, revoluções e independências: impasses da modernidade**. São Paulo. Quinteto Editorial, 2001.

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

_____. **Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales**. Madrid: Mezquita, 1982.

_____. Delimitación conceptual de los derechos humanos. In: _____PÉREZ LUÑO et al. **Los derechos humanos: Significación, estatuto jurídico y sistema**. Sevilla: Publicaciones Universidad de Sevilla, 1979. p. 16-45.

_____. In: _____.(Coord.). **Derechos Humanos y constitucionalismo ante el Tercer Milenio**. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 11-52.

_____. **La tercera generación de los Derechos Humanos**. Cizur Menor: Aranzadi, 2006.

_____. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

_____. Direito do Trabalho e fraternidade. In. PIERRE, Luiz Antônio de Araujo et. Al (Org.) **Fraternidade Como Categoria Jurídica**. São Paulo: Cidade Nova, 2013.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos: Estado de Derecho y Constitución**. 6 ed. Madrid: Tecnos, 2005.

PINSKY, Carla Bassanezi; PINSKY, Jaime. **História da Cidadania**. Editora Contexto: São Paulo, 2003.

_____. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PIOVESAN, Flavia. **A Constituição Brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos**. In: PIOVESAN, Flavia (Org). **Temas de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 6ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2004

POZZOLI, Lafayette. Cultura dos Direitos Humanos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília DF, nº 159, 2003. p.105- 111.

RAMONET, Ignácio. **Geopolítica do caos**. Petrópolis: Vozes, 1998.

RAMOS, André Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível nº 70023474554**, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 27/03/2008.

SANCHES, Raquel Cristina Ferrajoni; MACHADO, Edinilson Donisete. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA): Efetividade do Direito Fundamental à Educação, por meio do papel docente para a formação de qualidade. In: Thereza Cristina Nahas; Jairo José Gênova; Nelson Finotti Silva.. (Org.) **ECA Efetividade e aplicação: análise sob a ótica dos direitos humanos e fundamentais: construindo o saber jurídico**. São Paulo: Editora Ltr, 2012.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. Porto, Afrontamento, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SOUZA FALCÃO, Valdirene Ribeiro de. **Os Direitos Fundamentais e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, vol. 20, p. 227, 2013.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneo**. 2ª ed. São Paulo, Malheiros, 2010

_____. **Direito Humanos Contemporâneos**. 1^a ed. São Paulo Malheiros, 1999.

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

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio, Ed. Revan, 2007.