

DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DE UMA DIVERGÊNCIA ENTRE MARX E BOBBIO

DIMENSIONS OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN A PERSPECTIVE DIVERGENCE BETWEEN MARX AND BOBBIO

Norton Maldonado Dias*

SUMÁRIO: Introdução. 1 Dos direitos fundamentais: na evolução teórica clássica das fases de proteção. 2 Das crises das gerações de direitos na perspectiva do conteúdo no plano da abstratividade. 3 Das crises das gerações de direitos na perspectiva dos sujeitos no plano da efetividade. 3.1 Da perspectiva subjetiva para a primeira dimensão de direitos. 3.2 Da perspectiva subjetiva para a segunda dimensão de direitos. 3.3 Da perspectiva subjetiva para a terceira dimensão de direitos. Considerações Finais. Referências.

RESUMO: No estudo das prerrogativas compreendidas como fundamentais, destaca-se a necessidade de definição do surgimento e determinação desses direitos. Uma das vertentes mais reconhecidas acerca do tema consiste nas ideias de Dimensões de Direitos que, em que pese pertencente a autoria de Karel Vasak, foi Norberto Bobbio um dos principais defensores e divulgadores do pensamento em famosa obra intitulada “A Era dos Direitos”, porém marcada por uma significativa e pontual divergência em face a outro trabalho intitulado “Sobre a Questão Judaica”, em que a análise subjetiva de Marx será afastada por ser enfatizado o aspecto abstrato da universalidade desses direitos. O trabalho conclui que a tutela e positividade de direitos não pode ser o único fator considerado na conformação de direitos fundamentais e a perspectiva subjetiva de Marx é retomada como forma de redefinição do significado da proteção jurídica como uma das várias influências neste processo de determinação.

Palavras-chave: Gerações de Direitos. Direitos Fundamentais. Norberto Bobbio. Karl Marx.

ABSTRACT: *In the study of understood as fundamental prerogatives, there is the need to define the appearance and determination of those rights. One of the most recognizable aspects of the topic consists of Rights Dimensions of ideas that, despite belonging to the authorship of Karel Vasak, was Norberto Bobbio one of the main advocates and promoters of thought in a famous work entitled "The Age of Rights" but marked by a significant and timely divergence in the face of another work entitled "on the Jewish Question", where subjective analysis of Marx will be away to be emphasized abstract aspect of universality of these rights. The paper concludes that the protection and assertiveness rights can not be the only factor that should be considered in the formation of fundamental rights and the subjective perspective of Marx is taken as a way of redefining the meaning of legal protection as one of several influences in this process determination.*

* Mestrado em Direito (Centro Universitário Eurípedes de Marília). Especialização em Direito na Pós-graduação da UEL - Universidade Estadual de Londrina - Paraná (2012). Professor nas disciplinas de Direito Constitucional I e II da Faculdade de Direito de Sinopi - MT, Teoria Geral do Direito Civil e Direito Tributário I. Ainda leciona na cadeira de Direito Constitucional do projeto Resolve Direito - curso preparatório para o exame da OAB da Fasipe. Lecionou nas disciplinas de teoria geral da iniciação científica, Direito Ambiental e monografia I. Atuação na pesquisa com cadastro (10/2014) no grupo de pesquisa vinculado ao Diretório do CNPQ: Gramática dos Direitos Fundamentais (Univem). Advogado.

Como citar: DIAS, Norton Maldonado. Dimensões dos Direitos Fundamentais na perspectiva de uma divergência entre Marx e Bobbio. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 20, n. 31, p. 275-304, jan/jun. Disponível em: <http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>.

INTRODUÇÃO

A proposta do pensamento genuinamente atribuído a Karel Vasak e, posteriormente bastante divulgado e repercutido pela obra intitulada “A Era dos Direitos”, de Norberto Bobbio, acerca do surgimento e determinação dos direitos relativos à pessoa humana e que ficaram conhecidos como gerações ou dimensões de direitos, estão assentados em uma cronologia de afirmação que, corresponde, em um primeiro momento, em proteção para os direitos civis e políticos, em um segundo momento voltado aos direitos sociais e econômicos, e, por fim, o terceiro momento atrelado às prerrogativas relativas à fraternidade e coaduna à verificação e conferência doutrinária que é inerente ao aspecto científico de qualquer proposta teórica (SARLET, 1998).

Ocorre que a conferência e a verificação não se satisfazem ao vislumbrar a ordem histórica proposta por Karel Vasak, do ponto de vista de documentos de natureza diversa, como Tratados e Convenções Internacionais, considerando que do ponto de vista Internacional as primeiras proteções relativas aos direitos da pessoa humana dizem respeito às prerrogativas trabalhistas com a Convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) de 1919, e não com os direitos civis e políticos dentro da proposta geracional.

A proposta retoma a universalidade abstrata alinhando-se à perspectiva de Bobbio, para analisar objetivamente a esfera dos conteúdos, em suma, a ontologia dos direitos fundamentais para compreender alguns divulgados desvios, dentre os quais, compreender as razões para que, no âmbito dos Tratados e Convenções Internacionais, não começassem sua esfera de proteção aos direitos civis e políticos, como pretendeu a proposta geracional, mas sim, pelos direitos sociais com a Convenção da OIT de 1919.

O problema no pensamento de Karel Vasak, que leva o descompasso entre a cronologia de surgimento dos direitos atinentes à pessoa humana acaba não se verificando no âmbito dos Tratados e Convenções Internacionais. E está, justamente, no critério sobre o qual tal pensamento foi desenvolvido e busca atrelar o surgimento de prerrogativas ao momento em que foram positivados, retornando ao histórico de proteções de um determinado ordenamento jurídico para concluir pelo seu surgimento.

Ocorre que o critério positivista formal acaba sendo um resquício do tradicional positivismo hermético e, considerar um pensamento

que categoriza e divide prerrogativas que pela própria natureza são indivisíveis, subdividindo em fases estanques e autônomas de proteção, acaba atentando, inclusive, a outras características básicas desses direitos que doutrinariamente é reconhecido que toca na aplicação.

A resposta de alguns autores aos problemas no pensamento de Karel Vasak e que este trabalho tenta retratar na qualidade de um dos seus objetivos está, precisamente, na aplicação do sistema unitário que enfatiza o aspecto de princípios dos direitos fundamentais, aplicando, assim, o postulado da ponderação de interesses que ignora por completo as diferentes fases geracionais.

Ocorre que com a crise no pensamento de Karel Vasak acerca do surgimento dos direitos da pessoa humana, surge o problema de pesquisa que se busca responder, em suma, se o critério positivista formal, sobre o qual se construiu todo o ideário geracional, está ou não ab-rogado ou suprimido da respectiva crise.

Sendo difícil desconsiderar por completo o momento em que os direitos são positivados em determinado ordenamento jurídico, de modo que a presente investigação sonda a hipótese de que o erro na proposta de Vasak está em considerar o critério formal positivista como única e exclusiva fonte de surgimento desses direitos.

Assim, confirma-se que o critério positivista formal não deve ser totalmente desconsiderado, mas sim vislumbrado como mais uma influência inserida no processo, dentre outras que deveriam ser analisadas concomitantemente a outros fatores de ordem sociológica, histórica, antropológica. Estende-se, portanto, neste propósito, a necessidade de se responder qual seria o valor do critério positivista formal no processo de surgimento dos direitos, de modo a reapreciar este critério, não mais como único e exclusivo fator, mas com outros que devem também ser verificados no processo de surgimento e determinação de prerrogativas.

Com o fito de valorar novamente, redefinir ou reapreciar o momento em que direitos foram positivados e inseridos no ordenamento jurídico, no processo de surgimento de prerrogativas, é que foi relevada uma pontual divergência correspondente ao objeto desta investigação. Trata-se de uma celeuma muito pouco aprofundada, verificável em uma das obras que mais projetaram o ideário das gerações ou dimensões de direitos, o livro intitulado *L'Era Dei Diritti* (A Era dos Direitos) de autoria do jurista italiano Norberto Bobbio, onde o autor reconhece a divergência

doutrinária com outro trabalho, intitulado *Zur Judenfrage* (Sobre a Questão Judaica), de autoria do filósofo alemão Karl Marx.

Vale ressaltar, em que se pese significativa necessidade do objeto da investigação referente ao surgimento e determinação dos direitos após a crise no pensamento de Vasak, que por muito preencheu a lacuna acerca da temática, mas que, entretanto, é imprescindível a advertência da diferença temporal dos autores quando o próprio Norberto Bobbio importará considerável diferença cronológica, política e histórico-contextual ao invocar a fala de Karl Marx, observando a contemporaneidade dos autores e a função dos direitos fundamentais no século XIX.

Para tal objetivo, que tende a respeitar a diferença contextual, política e histórica do tempo dos dizeres de Karl Marx que foram importados por Norberto Bobbio na obra supracitada em um momento bastante diferente no século XX, faz-se necessário uma abordagem dos direitos fundamentais que esclareça os períodos em que ambos os autores escreveram seus trabalhos, antes mesmo de adentrar na divergência que um deles fará alusão. Para tal e ressaltando o propósito de reapreciar e redefinir o momento de positivação de direitos, valendo das noções de moralidade legalizada e crítica, ou ainda as três dimensões elaboradas por Gregório Peces-Barba Martinez, acerca dos direitos fundamentais: dimensões ética, jurídica e social que este trabalho também irá retratar.

Ainda no intento de acautelar as propostas que categorizam direitos em uma visão mais atual dos direitos atinentes a pessoa humana, destaca-se dois grupos diferentes de prerrogativas que valem a abordagem pelo tradicionalismo desta subdivisão: os direitos econômicos, sociais e culturais em relação aos direitos civis e políticos que apontam para diferentes objetivos dos Estados de Direitos que os protegeram. Acabam sendo, para Christian Curtis e Victor Abramovich, desnecessários, haja vista ambos exigirem de Estados níveis de obrigações diversas que podem coincidir entre os diferentes grupos.

Os objetivos irão trabalhar dentro da revisão subjetiva de Marx, que restringiu apenas a um documento pertencente à primeira dimensão ou geração de direitos, estendendo a revisão subjetiva no plano da efetividade para a segunda e terceira geração e dimensão de direitos, sempre com o objetivo de redefinir ou (re)significar o critério da proteção jurídica de direitos após a crise do pensamento de Karel Vasak.

Para tais objetivos será utilizada a metodologia dedutiva, precipuamente, bibliográfica no sentido da aproximação de transcrever

a vertente de Norberto Bobbio que, divergindo de Karl Marx, reafirma subjetivamente a todos com o reconhecimento da universalidade desses direitos, concentrando a investigação nos conteúdos juridicamente protegidos e nos fatores que levaram aos derradeiros problemas que acabaram sendo respondidos por autores como Carlos Weis, Cançado Trindade e Jairo Schäffer.

De modo a esclarecer e especificar ainda mais o desenvolvimento da metodologia dedutiva, o trabalho retoma a pontual divergência já mencionada para se afastar do âmbito meramente abstrato da referência universal dos conteúdos e irá se aproximar de uma análise estritamente subjetiva voltada a real efetividade dos direitos abstratamente universais que foram juridicamente protegidos, mas que, no âmbito da real materialidade, beneficiaram e favoreceram somente algumas categorias subjetivas, buscando possíveis resultados adstritos às três primeiras gerações ou dimensões, considerando a proposta genuína que não vislumbrou a quarta e outras fases geracionais.

Para esta solução, o trabalho utiliza a pontual divergência entre Bobbio e Marx (BOBBIO, 2004), em um primeiro momento, reaproximando-a da universalidade reafirmada por Bobbio que referenciará todos na positivação desses direitos, afastando possíveis indagações subjetivas. Em um segundo momento, a proposta se concentrará na real efetividade que se afasta da universalidade desses direitos que não transcendem a esfera das textualizações, aproximando-se da vertente de Marx, a qual reconhece possíveis favorecimentos e benefícios com a respectiva positivação (perspectiva subjetiva de Marx em detrimento da perspectiva objetiva dos conteúdos de Bobbio).

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

O histórico de proteção dos direitos fundamentais sempre foi um dentre os fatores significativa influência no estudo do surgimento e conformação dessas prerrogativas, de modo que, sem desconsiderar esta significativa fonte na investigativa desta temática, ressalta-se umas das primeiras proteções e menções a estes conteúdos no histórico jurídico, como um marco no estudo das proteções, trata-se do 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, 1215, tradução nossa¹).

Ocorre, porém, que há uma curiosa suspeição em propostas teóricas que considerem tão somente o histórico positivista de previsão como único fator a ser considerado no estudo do surgimento de tais direitos e uma das propostas que repercutiram e irradiaram o histórico de proteção dos direitos fundamentais, inclusive bastante aceito pela doutrina, consiste justamente na elaboração de Karel Vasak na aula inaugural de seu curso em Estrasburgo, onde propôs relacionar o histórico de proteção dos direitos fundamentais ao lema da Revolução Francesa de 1789 (liberdade, igualdade e fraternidade):

[...] 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).

Em suma, a proposta de Karel Vasak, jurista tcheco naturalizado na França, está pautada em uma primeira fase de previsão correspondente aos direitos civis e políticos, uma segunda fase de proteção atinente aos direitos sociais e econômicos, e uma terceira e última fase de proteção referente aos direitos relativos a fraternidade, incluindo prerrogativas difusas:

¹ 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, 1215).

[...] 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)

As razões que levaram o pensamento geracional à fama que hoje se verifica nos diversos ramos do Direito são as mais diversas, oscilam na relevância da aula inaugural do instituto de Karel Vasak em 1979, ou ainda no fenômeno da constitucionalização dos Direitos que levou o discurso às mais remotas pontas das ramificações jurídicas, dentre as quais, Direito Civil, Direito Tributário, Direito Penal e outros; porém, o fator que mais divulgou este pensamento está, majoritariamente, afirmado na relevância da obra “A Era dos Direitos” de Bobbio:

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).

Sendo neste trabalho de autoria de Norberto Bobbio que o próprio autor irá reconhecer uma pontual celeuma (BOBBIO, 2004) muito pouco desenvolvida e que será o parâmetro desta presente proposta que, em um primeiro momento, irá se concentrar nos direitos e nos conteúdos juridicamente protegidos, considerando a universalidade que referencia a todos, afastando discussões sobre categorias subjetivas favorecidas no campo da efetividade real dessas proteções jurídicas e, em um segundo momento, traz as discussões subjetivas iniciadas por Karl Marx em “Sobre a Questão Judaica”, onde será reconhecido que a universalidade não venceu

o campo das positivações de direitos, sendo possível perceber categorias favorecidas na análise da real materialidade dessas prerrogativas, buscando nesta divergência entre Marx e Bobbio não só a abordagem da crise das gerações de direitos em face aos conteúdos protegidos, mas também a necessidade de redefinir e reapreciar o critério formal positivista no processo de surgimento e conformação de direitos fundamentais.

2 DAS CRISES DAS GERAÇÕES DE DIREITOS NA PERSPECTIVA DO CONTEÚDO NO PLANO DA ABSTRATIVIDADE

Desse modo, afastando-se da esfera de Marx em “Sobre a Questão Judaica”, ou seja, distanciando-se da perspectiva subjetiva e adentrando na consideração teorizada e abstrata dos conteúdos juridicamente protegidos, considera-se a universalidade reafirmada por Bobbio e que, de uma maneira geral, reduzindo-se questionamentos acerca de favorecidos no campo da realidade efetividade de categorias subjetivas de sujeitos, atentando-se a investigativa nos campo dos direitos juridicamente protegidos e na verificação de suas peculiaridades com relação ao pensamento geracional de Vasak com um conclusivo de que a questão das “gerações” ou “dimensões” é meramente vocabular e também não escapa de significativos problemas:

[...] 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)

Essa questão vocabular também gerou discussões acerca de outros termos como liberdades públicas, liberdades fundamentais, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, direitos naturais, direitos civis e outras variações que Gregório Peces-Barba Martinez ensina que foram criações cunhadas no mundo moderno, quando da transformação da cultura comunitária da Idade Média para a cultura individualista da Idade Moderna, surgindo aos poucos como decorrente consequencial das evoluções culturais, históricas, ideológicas e outras (PECES-BARBA MARTINEZ, 1999, p. 22).

No caso da evolução ocorrida para o surgimento dos direitos que foram sendo reconhecidas, inclusive entre os constitucionalistas, deixando

o uso das “gerações” para a intituladora “dimensão dos direitos” está justificada no fato de que a expressão “gerações” possui um significado de sucessão ou substituição de direitos de um momento de proteção em detrimento de outro vindouro e, por isso, foi sendo substituída pela expressão “dimensões”, destacando, assim, seu caráter cumulativo e não sucessório.

A principal problemática está, justamente, assentada na ideia de classificar e categorizar direitos que na essência são incidíveis, inter-relacionados e interdependentes, nos conformes do que a doutrina admite, em suma, incompatíveis com a sistemas estanques das gerações:

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)

Por isso que a própria doutrina acaba não admitindo a divisão em gerações, mas classificações condizentes com suas respectivas afinidades, pois considerar classificações de acordo com a historicidade de suas respectivas proteções pode trazer significativos desvios:

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. (SHAFER, 2013, p. 35).

Na hipótese de significativos desvios em uma proposta que classifica de acordo com a ordem histórica de proteção está, por exemplo, na conferência da cronologia ou historicidade de previsões que se pauta em não coincidir a ordem se tomar por base diferentes documentos, como Tratados e Convenções Internacionais. Isto ocorre, pois, do ponto de vista internacional, as primeiras proteções foram as dos direitos trabalhistas com a Convenção da OIT de 1919 e não com os direitos civis e políticos como pretendeu a proposta das gerações:

[...] 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 distintas dos direitos humanos (WEIS, p. 40, 1999).

Classificar e dividir direitos ontologicamente indivisíveis, tais como a própria dignidade da pessoa humana como um valor incindível e inter-relacionável com outros valores, sejam eles de outras categorias, contradizem diretamente a fragmentariedade dessas categorias:

[...] 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 Conferência de Viena de 1993, atual referência nesse sentido, foi reiterada na admissão da inter-relacionariedade, indivisibilidade e interdependência de direitos dessa natureza, inclusive pacificando o repúdio às diminuições que justificavam com base nos discursos culturais, de modo que atualmente é bastante pacífico no sentido da indivisibilidade que contraria a classificação geracional:

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)

Porém, na qualidade de pressuposto para compreender a invocação assumida por Bobbio em detrimento a Karl Marx, faz-se necessário a compreensão da diferença de tempo entre esses autores, inclusive na própria

noção de direitos fundamentais dentro da contextualização do século XIX. Por isso a necessidade de abordar algumas significativas advertências com as propostas de Cristhian Courtis e de Victor Abramovich acerca da exigibilidade dos direitos sociais que ajudam a preencher uma importante lacuna no constitucionalismo latino e a dificuldade de reconhecimento da existência da exigibilidade das prestações decorrentes dos direitos sociais, invocando uma temática bastante trabalhada por esses autores como a exigibilidade judicial dos direitos que contribui para compreensão de que direitos civis e políticos, também os econômicos, sociais e culturais existem em níveis de obrigações do Estado que são comuns para as duas categorizações de direitos:

Contrariamente a lo que podría parecer, también los derechos de libertad requieren, para poder tener relevância práctica y no quedar como Buenos deseos contenidos solamente em el texto de las constituciones, de actuaciones positivas del Estado, la cuales conllevan em no pocas ocasiones importantes erogaciones económicas; conjugan por tanto obligaciones de no hacer y obligaciones de hacer para las autoridades. Lo mismo sucede com los derechos sociales, que generan para la autoridade tanto obligaciones de abstención como obligaciones de realización, que requieren de atividades prestacionales em muchos casos (ABRAMOVICH E COURTIS, 2004, p. 20).

Assim, antes de adentrar à proposta de categorização dos direitos em fases diversas estanques e independentes entre si que pretendeu o pensamento de Vasak, vale a advertência de que estudos mais atuais não admitem que direitos fundamentais sejam fragmentários em sua estrutura, tal como na proposta de Victor Abramovich e Cristhian Courtis:

Em sinthesis, la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como um complejo de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar em ciertos âmbitos y de realizar uma serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomia individual e impedir su afeciín por otros particulares [...] Desde esta perspectiva, las diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son diferencias de grado, más que diferencias substanciales [...] Em suma, los derechos económicos, sociales y culturales también pueden ser caracterizados como um complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado, aunque em este caso las obligaciones

positivas revistan uma importância simbólica mayor para identificarlos (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 24-25).

Portanto, considerando a válida noção de direitos fundamentais do século XIX, tempo em que Marx escreveu seu manifesto, em detrimento do século XX. Porém, categorizar os direitos em dois grupos diversos (direitos civis e políticos em relação aos direitos sociais, culturais e econômicos) implica em uma proposta desnecessária, conclusiva de incompatibilidade na própria estrutura desses direitos que são entre si relacionáveis.

Desse modo, a ideia tradicional de direitos prestacionais ou positivos em face aos direitos negativos que pregam uma incompatibilidade dos objetivos dominantes do Estado mínimo do século XIX, com os objetivos do Estado Democrático do século XXI, estejam ultrapassados, uma vez que para Christian Courtis e Victor Abramovich (2004, p. 20), os direitos econômicos, sociais e culturais em relação aos direitos civis e políticos possuem níveis de obrigações do Estado que são comuns para as duas categorias de direitos.

Existem, inclusive, propostas de sistemas que devem referir a esses conteúdos diretamente como direitos individuais, direitos sociais e direitos globais e não recorrer ao histórico positivista de previsão:

[...] 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, p. 43, 1999).

Corresponde a reiterado reconhecimento no sentido de que classificação das gerações colide com características básicas e peculiares dos direitos fundamentais, dentre os quais, inter-relacionariedade, indivisibilidade e interdependência desses conteúdos:

[...] Como afirmava Jose Castan Tobñas no final da década de 60, a dimensão de direitos geracional 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, p. 41, 1999).

Uma intrigante discussão é a proposta da doutrina de Carlos Weis na expressão direitos “globais”, substituindo a terminologia “terceira geração” ou “terceira dimensão” que é imprópria por se pautar na historicidade de previsões jurídicas:

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, p. 42, 1999)

Por isso, na perspectiva do conteúdo que aparece quando Bobbio retoma a universalidade repudiada por Marx, também há problemática e a proposta de solução apontada pela melhor doutrina consiste na proteção do ponto de vista principiológico dos conteúdos:

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).

A categorização acaba reduzida em um ponto de vista crítico, não só das gerações, mas de toda e qualquer divisão, inclusive, a visão de direitos negativos e prestacionais, pois, de fato, tais direitos têm por essência serem indivisíveis, inter-relacionáveis e interdependentes:

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 recolução 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 proposta pela compreensão unitária de direitos fundamentais em substituição ao sistema geracional e estanque é a percepção que deve prevalecer, de modo a firmar que as categorias negativas e prestacionais não são presentes em somente um grupo de direitos, pois todos esses conteúdos possuem, em grau, tais peculiaridades, uns em maior outros em menor quantidade, bem como a classificação geracional que pretende agrupar direitos que são relacionados umbilicalmente, tornando descabida a separação:

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. (SCHÄFER, 2013, p. 81).

O autor Peces-Barba ressalta três dimensões no conceito de direitos fundamentais: ética, jurídica e social (PECES-BARBA MARTINEZ, 1999, p. 109-112), sendo que a dimensão ética advém do fato de que, para o autor, os direitos fundamentais possuem raiz moral, sendo a base ou fundamentação dos direitos fundamentais, uma vez que justificam com os valores: dignidade, solidariedade, liberdade e outros.

A dimensão jurídica dos direitos fundamentais está atrelada com a função, ou seja, para que determinada prerrogativa serve, não fazendo sentido estudar a fundamentação de um direito se ele não estiver positivado ou se não der para encontrar sua raiz moral:

Os direitos fundamentais que se originam e se fundamentam na moralidade e que desembocam no Direito o fazem através do Estado [...] Sem o apoio do Estado, estes valores morais não se convertem em direito positivo, e por consequência, carecem de força para orientar a vida social em um sentido que favoreça a finalidade moral (PECES-BARBA MARTINEZ, 2013, p. 105).

As pretensões morais são justificadas pelos valores e o ordenamento jurídico é construído por valores jurídicos correspondendo aos direitos fundamentais que não estão desvinculados dos valores morais que os justificam, sendo aquilo que Peces-Barba chamou de moralidade legalizada (PECES-BARBA MARTINEZ, 1999, p. 105).

Há ainda a dimensão social dos direitos fundamentais, onde se leva em conta que a eficácia dos direitos fundamentais depende do meio social em que estão inseridos, de modo que a sociedade na qual determinados direitos fundamentais serão inseridos no ordenamento jurídico (PECES-BARBA MARTINEZ, 1999).

Já a moralidade crítica ocorre quando a moralidade não se incorpora no direito positivo e o povo irá reclamar a mudança pelo Estado, destacando que o direito positivo que legaliza uma moralidade que não possui um fim em si mesma (PECES-BARBA MARTINEZ, 1999, p. 105).

Ocorre que ainda quando pautada na moralidade, somente a positivação não consegue satisfazer as necessidades de uma realidade cada vez mais complexa, gerando a deformidade na universalidade de direitos que acaba ficando adstrita aos conteúdos juridicamente protegidos.

Na perspectiva dos conteúdos, reduzindo indagações subjetivas de quem e para quem tais direitos foram efetivados com o discurso de que são teorizados universalmente, orientando a investigativa aos conteúdos, como retomou Bobbio ao repudiar a análise subjetiva de Marx, não há que se falar em uma reafirmação do pensamento proposto originariamente por Karel Vasak, pois sua proposta teórica de surgimento e conformação de direitos através das gerações considerou somente a historicidade de suas respectivas previsões.

Há que se considerar não somente o âmbito das formalizações e positivações históricas de direitos, mas outros fatores que também influenciam o surgimento de prerrogativas, dentre os quais, fontes antropológicas, históricas, sociológicas, tecnológicas, psicológicas (como, por exemplo, no caso do dano moral), dentre tantas outras influências a serem consideradas até previsão jurídica.

3 DAS CRISES DAS GERAÇÕES DE DIREITOS NA PERSPECTIVA DOS SUJEITOS NO PLANO DA EFETIVIDADE

Aproximando de uma perspectiva voltada a real efetividade de prerrogativas juridicamente protegidas, afasta-se da universalidade reafirmada por Bobbio, haja vista que, em que pese que os direitos sejam abstratamente universais, tal generalidade de todos não consegue transcender ou superar o âmbito das respectivas positivações e formalizações jurídicas, importando de modo significativo a crítica de Marx que faz uma análise subjetiva de possíveis favorecidos no campo da materialidade desses direitos em “Sobre a Questão Judaica”:

[...] 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).

De modo que o que Marx conclui e afirma no recorte divergente com Norberto Bobbio consiste, justamente, em uma análise subjetiva de um dos documentos mais importantes que está inserido na primeira dimensão ou geração de direitos:

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).

Vale ressaltar que Norberto Bobbio retoma a universalidade e afasta os questionamentos subjetivos de Marx, porém o propósito reitera a intrigante divergência e desenvolve-a, estendendo a discussão subjetiva sobre quem e para quem tais direitos foram protegidos no decorrer do histórico de positivação, também para a segunda e terceira dimensão de direitos:

A acusação feita por Marx à Declaração era a de ser inspirada numa concepção individualista da sociedade. A acusação era justíssima. Mas é aceitável? Decerto, 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).

Não se pode perder de vista que a textualização de como deveria ser a vida digna, não afasta os excluídos dessa teorização no âmbito da realidade, de modo que a proteção só ocorreu para marcar a efetividade de alguns, a depender do contexto político que se beneficiaram no histórico de proteção.

Os conteúdos acabam sendo universais por teorizarem necessidades e possibilidades humanas, porém não sendo efetivos senão para aqueles que tiveram interesses em protegidos com a previsão em razão do contexto histórico e político que vivenciaram.

Assim, as proteções de conteúdos universais só foram alcançadas para serem efetivas para alguns e a proposta, na perspectiva subjetiva

feita por Marx, consiste em estender a revisão subjetiva para a segunda e terceira geração e dimensão.

3.1 Da perspectiva subjetiva para a primeira dimensão de direitos

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi colocada sob a ótica de Karl Marx que conclui que o documento não referenciava o homem universal, mas o burguês, de modo que o que fez foi afastar da perspectiva do conteúdo nublado com uma universalidade que não vinga ou supera a esfera das previsões e textualizações, adentrando-se na esfera da efetividade real para realizar a respectiva análise subjetiva que fica prejudicada com a admissão teorizada da referência de todos enquanto humanos.

Porém, vale a desmistificação do valor liberdade atrelado à primeira geração, ou dimensão, dos direitos fundamentais, pois, no campo abstrato do dever ser de todos, na verdade foram protegidos para serem efetivados os interesses em um dado contexto histórico e político, no caso da burguesia, viabilizar as relações de troca:

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).

Como o intuito de transcrever a perspectiva subjetiva não é apenas do documento francês, mas de documentos da primeira geração ou dimensão em geral, vale a contradição da Declaração de Independência dos Estados Unidos que foi preparada por um comitê de cinco membros, presidido por Thomas Jefferson (1743-1826) que pertence à primeira fase de proteção de prerrogativas compreendidas como fundamentais, atreladas ao valor liberdade, referenciado no lema da liberdade, igualdade e fraternidade com as mesmas inspirações 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 carregava a contradição à liberdade no valor deste primeiro momento de proteção:

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 [...]. (COUTRIN, 1999, p. 44).

Ainda no contexto histórico e político dos Estados Unidos nesta primeira fase de proteção de direitos fundamentais, vale ressaltar a ideia de proteger direitos abstratamente universais para materialidade de alguns em detrimento de todos, teorizando e restringindo a universalidade à esfera adstrita do conteúdo:

[...] 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 [...]. (COUTRIN, 1999, p. 44).

Fica bastante claro que as gerações de direitos fundamentais possuem duas perspectivas de serem desenvolvidas e como a proposta começa pela perspectiva dos sujeitos, afastando-se da teorização dos conteúdos abstratamente universais, mas que na verdade, foram protegidos para efetivos para interesses e direitos de sujeitos e categorias

politicamente beneficiados em um dado contexto histórico em que conseguiram as previsões.

3.2 Da perspectiva subjetiva para a segunda dimensão de direitos

Dentro da presente proposta está estender a análise subjetiva de Marx para a segunda e terceira geração de direitos e, no caso da segunda dimensão dos direitos sociais, fala-se no marco da Revolução Industrial, destacando o surgimento do proletariado, e na revisão subjetiva dos documentos mais relevantes:

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).

Ocorre que o foco não está adstrito à mera previsão, pois seria a perspectiva do conteúdo, posteriormente analisada, enfatizando a análise da real efetividade como forma de revelar os favorecidos que tiveram as previsões efetivadas e para tal se atenta à mudança no modelo liberal de Estado de Direito para uma modelo que seja interventor e deliberativo na efetivação de prerrogativas previstas.

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, o marco fundamental no âmbito da efetividade foi a instauração do modelo social de Estado de Direito, interventor e deliberativo a favor das concessões sociais que não foram galgadas por

caridade burguesa, mas sim por crises no modelo liberal de Estado que assolaram as primeiras décadas do século XX.

3.3 Da perspectiva subjetiva para a terceira dimensão de direitos

Ocorre que o modelo interventor e deliberativo inicialmente instaurado para efetivar direitos de terceira dimensão acabou se encontrando com a recuperação da burguesia em determinados Estados, de modo que a burguesia pela primeira vez não mais teria uma estrutura abstencionista e ausente, mas se encontraria aliada à máquina estatal e é por isso que doutrinas especializadas aclamaram alguns regimes recuperados de ultradireita:

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, inefutavelmente 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).

Esses regimes de ultradireita, também conhecidos como totalitários, utilizaram-se da experiência deliberativa do Estado para realizar sujeições violentas e historicamente perceptíveis em episódios como o Holocausto, sangrentas guerras, a destruição de patrimônios históricos da humanidade e, até, a inauguração de armas nucleares em outros países.

E foi por isso que o pós-guerra e a derrubada desses regimes de ultradireita implicaram a internacionalização de direitos humanos e na positivação e proteção de conteúdos da análise subjetiva da proposta não especificaram sujeitos ou categorias subjetivas, tais como, patrimônio da humanidade, recursos hídricos, ar, atmosféricos, enfim, direitos que no âmbito da efetividade e na perspectiva subjetiva não destinaram segmentos, de modo que não especificaram sujeitos ou categorias para protegerem, pois referenciavam subjetivamente todos, produzindo o que a doutrina dos direitos difusos e coletivos clamou de efeito carona (*free riding*) que é

bastante recorrente no estudo dos direitos difusos e coletivos, atenta-se 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, haja vista 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).

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).

Para prevenir e afastar o *free riding* desses direitos, mantendo o proposto de analisar subjetivamente o campo da efetividade dos conteúdos abstratamente universais, o trabalho revela que, como forma de evitar a falta de efetividade na previsão de conteúdos com sujeitos indeterminados, o Estado teve que institucionalizar legitimados que efetivassem, defendessem e representassem tais proteções e a legitimação do Ministério Público e outros legitimados na ação civil pública é um exemplo manifesto desta mudança estatal.

Na perspectiva dos conteúdos de Bobbio, que é quem retoma a universalidade dos direitos de todas as gerações e não somente da terceira dimensão e, na ótica da subjetividade de Marx, que adentra na perspectiva da efetividade, vale a distinção de direitos que abstratamente e para qualquer geração são indeterminadamente de todos, mas que no plano da efetividade somente a terceira geração não conseguiria materializar, pois, por se tratar de direitos difusos não teria quem efetivar, defender ou representar e precisou do Estado para legitimar atuantes nesse sentido.

Não se pode tomar o equívoco de que os direitos fundamentais em todas as suas gerações ou dimensões são, na essência, direitos universais, mas no campo da efetividade não haveria segmento, classe, categoria subjetiva determinada para materializar conteúdos como patrimônio da humanidade, meio ambiente, paz, este último direito com restrições de alguns compreendem como direito de quinta dimensão (BONAVIDES, 2011). e outros, de modo que se exigiu esta legitimação por parte estatal e se atenta para a cautela de não confundir teorização indeterminada de todos

da universalidade verificável nos direitos de qualquer geração com o plano da efetividade que estaria comprometida com a proteção de conteúdos sem interessados específicos (por isso, a doutrina refere como globais para a terceira dimensão do ponto de vista da efetividade), buscando distinguir a ideia de universais não só da terceira, mas da segunda ou de qualquer geração de direitos enquanto na qualidade de direitos fundamentais.

Desse modo, encerra-se revendo no plano dos sujeitos a proposta de Marx que se restringiu a uma análise subjetiva voltada à primeira geração ou dimensão de direitos, de modo a estender esta análise subjetiva para as três primeiras gerações ou dimensões.

A proposta obteve duas significativas contribuições que se podem afirmar para a terceira dimensão na proteção de conteúdos que não referenciavam sujeitos determinados e, por isso, a resolução ao fenômeno *free rinding* estudado pelos doutrinadores especializados na tutela de direitos coletivos e difusos; bem como a proposta de uma terceira terminologia após a evolução de nomenclaturas de “geração” para “dimensão de direitos”.

No caso da perspectiva da efetividade, a proposta esclarece que os direitos que, em tese, sempre referenciaram todos (enquanto pessoa humana), mas suspeitosamente foram protegidos somente em um determinado momento histórico e político em que galgaram proteção por razões estritamente voltadas à efetividade de determinados sujeitos ou categorias específicas no contexto da respectiva proteção, afastando da proteção jurídica de direitos a qualidade de único fator a ser considerado no processo do surgimento dos direitos fundamentais, sendo apenas um dos fatores a serem considerados.

A partir da perspectiva subjetiva é possível concluir que a positivação de direitos ou proteção jurídica teve seu significado redefinido como uma das influências, e não a única, no processo de surgimento e determinação dos direitos fundamentais, onde categorias de sujeitos por razões do êxito político do contexto em que estiveram inseridos historicamente pretenderam garantir a efetividade de seus direitos, positivando e protegendo juridicamente prerrogativas abstratamente universais.

A universalidade dos direitos fundamentais não transcendeu ou superou o âmbito das previsões jurídicas, de modo que somente foram positivados direitos abstratamente universais para serem efetivos para alguns que tiveram o respectivo êxito político no histórico de proteção, em detrimento dos demais; e, por isso, a ideia de (perspectiva dos sujeitos)

propor uma terceira nomenclatura para as fases de proteção: as “sujeições de direitos” (geração, dimensão e, por fim, sujeição de direitos).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho transcreve conclusivos retirados de uma significativa e pontual divergência assumida pelo próprio Norberto Bobbio na obra genuinamente intitulada *L'Era Dei Diritti* (A Era dos Direitos), onde o autor assume a celeuma em detrimento ao trabalho intitulado *Zur Judenfrage* (Sobre a Questão Judaica) de autoria de Karl Marx.

O conclusivo consiste em admitir perspectivas distintas em que o pensamento geracional pode oscilar aproximando-o da efetividade real dos direitos, quando analisados subjetivamente, o campo dos reais efetivados no histórico de proteção (perspectiva de Marx que analisou subjetivamente um dos mais relevantes documentos inseridos na primeira dimensão), e outra perspectiva diversa que se aproxima da vertente de Norberto Bobbio que focaliza o conteúdo das previsões jurídicas, quando admite a universalidade, ainda que abstrata, afastando questionamentos sobre sujeitos e sujeitados nas considerações abstratas de todos (perspectiva da universalidade de Norberto Bobbio).

Ocorre que, ambas as perspectivas surgem da necessidade de redefinir, reapreciar ou (re)significar o critério formal positivista sobre o qual foi construído o pensamento geracional que propôs uma cronologia de positivação de direitos com o respectivo processo de surgimento e determinação, mas que acaba estando em descompasso com a verificação da cronologia de positivação ocorrida em formas diversas de proteção, tal como nos Tratados e Convenções Internacionais que começaram seu âmbito de positivação, não com os direitos civis e políticos, mas sim com os direitos sociais e econômicos verificáveis com a Convenção da OIT de 1919.

A consagração de uma crise no pensamento das gerações ou dimensões de direitos que declinou e depreciou o pensamento de Karel Vasak, levantando questionamentos, também, acerca da hipótese de declínio ou continuidade do respectivo critério formal do momento em que direitos foram positivados, levou ao conclusivo de que não houve ab-rogação de tal critério, inclusive manteve-se, porém não com o mesmo valor pretendido e proposto no pensamento de Vasak, mas reduzido a um dos fatores a serem considerados de modo concomitante com outros das

mais diversas naturezas, dentre as quais, sociológica, histórica, sociológica, tecnológicas e tantas outras.

Não se pode perder de vista que a ideia do pós-positivismo também contribuiu para desconsiderar o pensamento geracional, posto que a ênfase ao aspecto de princípios de direitos atinentes à pessoa humana leva ao postulado deste movimento correspondente a ponderação de interesses, contribuindo para uma aplicação imediata e sendo tratada como um sistema unitário, onde será desconsiderada por completo a ideia de fases autônomas e estanques de direitos, tal como pretendeu a ideia de gerações ou dimensões.

Ocorre que, neste contexto de crise no pensamento geracional, surge a necessidade de analisar o real significado do critério positivista formal, que insere os direitos no ordenamento jurídico, uma vez não ter sido ab-rogado após a crise, sendo neste sentido que foi relevada a pontual divergência reconhecida no trabalho intitulado “A Era dos Direitos” de autoria de Norberto Bobbio, onde o próprio autor importa recortes de Karl Marx, opondo-se ao filósofo alemão que irá afirmar que um dos principais documentos inseridos na primeira geração ou dimensão de direitos não referenciou o homem universal, mas sim o burguês.

Assim, vislumbra-se a crise nas dimensões e gerações de direitos a partir de duas perspectivas: uma primeira que se aprofunda nos conteúdos ou direitos positivados, que reafirma a universalidade de todos, afastando, assim, discussões acerca de grupos ou sujeitos específicos; e, por fim, uma segunda perspectiva que tem como ponto inicial a análise subjetiva de Marx, reconhecendo que a universalidade é meramente abstrata e não consegue galgar ou transcender o âmbito das previsões jurídicas, concentrando-se na real efetividade que, quando o campo da análise concentra na real materialidade, conclui-se que não é universal, havendo um favorecimento que beneficia categorias específicas de sujeitos, no caso da alusão de Marx divergida por Bobbio, o favorecimento da categoria que logrou êxito com a Revolução Francesa de 1789.

A celeuma assumida por Bobbio importou dizeres de Marx que levam a uma significativa advertência no respeito da diferença contextual, política e histórica do tempo em que Karl Marx as proferiu, inclusive para efeito da diferença nas ideias de direitos relativos à pessoa humana contextualizada no século XIX, por isso a necessidade de autores como Gregório Peces-Barba Martinez, ou ainda a abordagem de Victor Abramovich e Crithian Curtis, estes últimos com significativas

contribuições na compreensão de um constitucionalismo latino e, no que toca a dificuldade de reconhecimento da existência de exigibilidade das prestações decorrentes dos direitos sociais, antes mesmo de desenvolver o propósito da presente investigação que previne os leitores com alusão de uma significativa diferença dos momentos entre Marx e Bobbio, quando mencionam a divergência.

Após este cuidado, o trabalho prosseguiu no intento de responder o real significado do momento da positivação formal de prerrogativas no processo do respectivo surgimento e, para esse fim, buscou estender a análise subjetiva de Marx para as outras duas dimensões de direitos, em suma, a segunda e terceira dimensão.

Com o propósito de ampliar a análise subjetiva que indaga beneficiados e favorecidos para a segunda e terceira dimensão de direitos, questionando quem vislumbrou seus direitos efetivados com advento da respectiva proteção, vale destacar a necessidade de um modelo deliberativo e interventor para efetivar os direitos para a categoria sujeitada por razões das crises liberais que assolaram as primeiras décadas do século XX e, por fim, a terceira dimensão de direitos que respondeu às crises humanitárias das guerras, do holocausto e o uso das bombas atômicas que mudaram a política de positivação de prerrogativas, atentando-se a valores como paz, patrimônio da humanidade, meio ambiente, em suma, bens que não referenciavam sujeitos determinados, gerando uma precisa situação de ausência de efetividade justamente em razão da indeterminação de sujeitos com novas formas de positivação jurídica, trata-se do fenômeno que ficou conhecido como *Free rinding*.

A terceira dimensão de direitos teve como escopo prevenir o *free rinding*, caracterizado pela necessidade estatal de legitimar e institucionalizar sujeitos que efetivassem conteúdos difusos e que não referenciam titulares e segmentos específicos e, conseqüentemente, acabavam não tendo quem os defendesse, efetivasse ou, ao menos, representasse tais prerrogativas em juízo; exigindo, portanto, do Estado uma institucionalização de legitimados que, de fato, efetivem, defendam e representem tais conteúdos, relevando a legitimidade tradicional do Ministério Público como instituição atuante nesses casos pelo viés das denominadas ações civis, fator imprescindível na análise subjetiva para real efetividade dos conteúdos positivados nesse período.

Vale ressaltar que a análise subjetiva de que os direitos fundamentais, não só na terceira dimensão ou geração, mas em qualquer

fase de proteção, são teorizados como universais por referenciarem a todos de natureza humana, de modo que o que se analisa subjetivamente é a efetividade de tais direitos, concluindo que direitos abstratamente universais só foram protegidos em dados momentos histórico e políticos, para serem efetivados apenas para determinada categoria de sujeitos, tratando-se dos sujeitos favorecidos no respectivo contexto histórico político que galgaram sua proteção, eis a importância de se retomar a análise subjetiva de Marx que foi abandonada quando Bobbio reafirmou a universalidade afastando questionamentos de ordem subjetiva.

O trabalho conclui que o critério formal do momento de positivizar prerrogativas não entrou em declínio com a crise das gerações de direitos, mas foi reduzido no processo de surgimento e determinação dos direitos fundamentais, uma vez que se tornou tão somente um dos vários fatores a serem analisados juntamente a outros de natureza diversa, em resumo, direitos não nascem somente no momento em que são inseridos ou positivados em um determinado ordenamento jurídico, mas de diversos fatores a serem analisados junto com este, inclusive influências das mais diferenciadas ordens, dentre as quais, antropológica, histórica, sociológica, filosófica e outras.

Portanto, a positivação e inserção formal de direitos em um dado ordenamento jurídico consistem, na verdade, não em “gerações” ou “dimensões” de direitos que tornaram exclusivos e absolutos o critério da proteção jurídica, mas sim em um dos fatores que traduzem o exato momento em que uma categoria de sujeitos obtém o êxito político e histórico em detrimento dos demais, não se tratando de uma “geração” ou “dimensão” de direitos, mas sim de uma “sujeição” de direitos no campo da real efetividade.

No âmbito da efetividade e na perspectiva da subjetividade, a doutrina declina para a teoria da reserva do possível, porém, como o presente trabalho percebe que as proteções só ocorreram no decorrer da respectiva historicidade, em razão da efetividade de certas categorias em detrimento de todos, admitindo excluídos da materialidade de conteúdos abstratamente universais que não transcenderam ou superaram o âmbito das previsões, de modo a afirmar a presente proposta de uma terceira terminologia que retira as nomenclaturas que evoluíram de “geração” para “dimensão” de direitos da perspectiva do conteúdo, para uma última terminologia no âmbito dos fatos, intitulada “sujeições de direitos”.

Portanto, a perspectiva de Bobbio de retomar a universalidade e afastar discussões de favorecidos e beneficiários dos conteúdos, para descobrir uma segunda problemática, onde a divisão de diferentes gerações e dimensões conflita com peculiaridades básicas dos direitos fundamentais, exigindo a proposta de resolução teórica formulada pelos autores, dentre os quais, Cançado Trindade, Carlos Weis e Jairo Schäfer, ou seja, vislumbrar a proteção desses direitos na perspectiva principiológica, admitindo a ponderação de interesses no propósito de efetivar valores constitucionalmente previstos, observando aspectos da imediatidade e da unicidade.

Porém, na perspectiva de Marx, que prioriza a real efetividade, conclui-se que a universalidade não supera o âmbito das positivações, ficando reduzida a mera abstração, de modo que direitos abstratamente universais são protegidos para serem efetivos somente para categorias de sujeitos que obtiveram êxito político que resultaram na respectiva proteção.

Portanto, a partir da divergência entre Marx e Bobbio, viabiliza-se a resposta por uma positivação de direitos que supere as propostas de “gerações” e de “dimensões”, que priorizavam a positivação formal de prerrogativas como única fonte, e fator determinante, de seu surgimento, de modo que direitos nascem e são determinados a partir de inúmeros fatores, dentre os quais, a proteção jurídica (critério do pensamento de Vasak), que deve estar reduzida nessa verificação à qualidade de um momento de êxito político de uma determinada categoria sobre a outra, em um dado momento histórico, conferido no campo da realidade efetiva dessa proteção, reiterando tal análise no conjunto com outros fatores e influências, admitindo o surgimento de direitos como o resultado de um processo multifatorial.

A redefinição, (re)significação e reapreciação do critério positivista formal, que pregou a exclusividade do surgimento de direitos a partir da sua inserção positivista em um dado ordenamento jurídico, passa a ser verificada sem o crivo da exclusividade, sendo analisada conjuntamente com os demais fatores, levando a proposta do presente trabalho para uma terceira terminologia que não terá mais o elemento da exclusividade, mas uma proteção de direitos com outro significado, ou seja, dentro de uma perspectiva que vislumbre o momento de positivação de direitos que não conseguem superar o âmbito das proteções, mas sim vislumbre uma materialidade excludente que se revela sendo efetiva apenas para alguns sujeitando todo o conjunto e, por isso, a proposta

por uma terceira terminologia depois da evolução de nomenclaturas de “gerações” e “dimensões” de direitos, trata-se da proposta do termo “sujeições” de direitos.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. Tradução de Carlos Nelson Coutinho.
- BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. Malheiros Editora, São Paulo, 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 22.164-0/SP**. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília: 17 de novembro de 1995, www.stj.jus.br. Acesso em: 01/09/2015. p. 39206
- CANÇADO T, A. A. **A interação entre direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos**. Arquivos do Ministério da Justiça, Ano 46, n. 182, p. 27-54, jul/dez. 1993.
- _____. **A humanização do direito internacional**. Ed. Del Rey. Belo Horizonte. 2006.
- _____. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
- COURTIS, C; ABRAMOVICH, V. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2004.
- COUSTRIN, G. **História & reflexão: consolidação do capitalismo e Brasil Império**. 8. ed. São Paulo: ed. Saraiva, 1999. vol. 3.
- FONSECA, R. M. **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, F. F. **Direitos difusos e coletivos I: teoria geral do processo coletivo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

HONESKO, R, S. Discussão histórico-jurídica sobre as gerações de Direitos Fundamentais: a paz como direito fundamental de quinta geração. In: FACHIN, Z. (Org.) **Direitos fundamentais e cidadania**. São Paulo: Método, 2008, p. 195-197.

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

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

MARX, K. **O capital**. Tradução de Regis Barbosa e Flávio Kothe. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

_____. **A questão judaica**. 2. ed. São Paulo: Moraes, 1991.

MAZZUOLLI, V, O. **Curso de direito internacional público**. 7. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

PECE-BARBA MARTINEZ, G. **Curso de derechos fundamentales: teoria general**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999.

SARLET, I, W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

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

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

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