



DA SOLUÇÃO DA CRISE DAS DIMENSÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DO PENSAMENTO DE KAREL VASAK PELA TEORIA DOS PRINCÍPIOS

SOLUTION OF THE CRISIS OF FUNDAMENTAL RIGHTS DIMENSIONS AND KAREL VASAK THOUGHT BY THE THEORY OF PRINCIPLES

Norton Maldonado Dias¹

RESUMO

Dentre as várias críticas ao pensamento das dimensões de direitos fundamentais, atenta-se a contrariedade em afirmar a divisão desses direitos em fases autônomas de proteção, confrontando características basilares dessas prerrogativas, dentre as quais, a indivisibilidade. Pelo viés da metodologia dedutiva e bibliográfica, o trabalho se propõe encontrar a solução aos desvios e desconpassos da proposta de Karel Vasak acerca das dimensões dos direitos fundamentais, realçando o aspecto principiológico das prerrogativas compreendidas como fundamentais para aplicação do postulado da ponderação, de modo a contornar a concepção fragmentária e estanque do pensamento de Vasak para direitos fundamentais caracterizados como incidíveis e inter-relacionáveis.

Palavras Chaves: Direitos Fundamentais. Dimensão de Direitos. Vasak.

ABSTRACT

Among the many criticisms of thinking of the fundamental rights dimension, given to contrariness of to enforce rights that can't be divided in different stages of protection, confronting with basic characteristics of these prerogatives, among which, indivisibility. Through deductive and bibliographic, the study aims to find a solution to the differences and dissonances of the proposed Karel Vasak about the dimensions of fundamental rights, paying attention it aspect principiológico of the prerogatives understood as fundamentals to implementation of the weighting principle, in order to overcome the fragmentary and watertight of the thought of Vasak about fundamental rights characterized as indivisible and inter-relatable.

Key words: Fundamental rights. Rights Dimension . Vasak.

¹ Mestrado em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Soares da Rocha e Professor da Faculdade de Direito de Sinop - MT. Email: maldonadodias@hotmail.com.br.



1. 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 (1983) 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 este 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 com as Convenções da Organização Internacional do Trabalho – OIT, criada em 1919 (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO) 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, A Polaca, (BRASIL, 1937) instituindo o 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. (BRASIL, 1934).

Através da metodologia dedutiva, histórica e de consultas essencialmente bibliográficas, este artigo sonda que o cerne da problemática questão está na consideração do



critério da proteção jurídica, ou seja, na positivação de direitos como único fator determinante no surgimento de prerrogativas compreendidas como fundamentais.

Assim, é desenvolvido realçando o aspecto principiológico de tais direitos como uma forma de garantir uma aplicação que resolvesse ou, pelo menos, contornasse os desvios e descompassos da proposta teoria de Karel Vasak.

Buscou-se respostas em uma investigação que transcendeu o âmbito das previsões jurídicas, em suma, no critério positivista formal, que priorizou a verificação no histórico de proteção jurídica, passa a ser considerado tão somente como um dos fatores influenciadores no processo de determinação dos direitos partindo da hipótese de que a ideia deste processo como um todo complexo de vários fatores, dentre os quais, o momento histórico de proteção jurídica, verificado na investigação das positivações constitucionais passam a ser somente mera influência dentre as várias razões que podem ser inseridas como influências no processo de surgimento de prerrogativas.

2 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 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.

Vale a significativa transcrição acerca deste pensamento que, em suma, compreende os direitos fundamentais a partir das proteções jurídicas no histórico constitucionalismo que pode ser melhor explicitado em um famoso julgado que consagrou o pensamento pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança n. 22.164-0/SP:

[...] 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.

Ocorre que 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, 1999, p. 40).

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 de Karel Vasak, mas os direitos relativos ao trabalho com a Convenção da OIT de 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, 1999, p. 40-41).

No caso dos direitos civis e políticos, 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. Mas, 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) e *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 com 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 autores estrangeiros, dentre os quais destaca-se Fernando Falcon Y Tella (2007), em sua obra intitulada *Challenges for human rights*.

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 à 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.

Vale o acréscimo, também, da abordagem de crise das dimensões de direitos fundamentais dentro do próprio constitucionalismo brasileiro, verificável com 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 à 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.

Todavia, em que pese a abertura para uma nova fase, quando se compara à Constituição de 1934 (BRASIL, 1934) reconhecidamente responsável pela inserção de um modelo social em detrimento à Constituição de 1937 (BRASIL, 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 à 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, como ocorreu 1937, logo após ter previsto e positivado 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.

Releva-se, também, o aprofundamento nos problemas de nomenclatura no termo “geração” utilizado para se referir as fases de determinação dos direitos 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, 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.



3 DA PROPOSTA DE SOLUÇÃO DA CRISE NO PENSAMENTO DE KAREL VASAK COM A TEORIA DOS PRINCÍPIOS

A crise do ideário das dimensões de direitos é verificável sob a perspectiva dos próprios direitos que foram sendo juridicamente previstos no histórico de proteção, 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.

O problema da proposta de direitos fundamentais a partir de diferentes dimensões ofende características basilares da estrutura dos próprios direitos, tal como, indivisibilidade:

[...]. 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.

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.

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).

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 que 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).

Questiona-se, também, 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).

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).

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.

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).

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 (ênfatizando 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 a 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).

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 respectivos 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 litigioso, 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 incindibilidade 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 incindibilidade 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 acepção 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 acepção 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. (SHAFER, 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 estaque 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.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

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.

Tratando-se de uma conformação e de uma redefinição de perspectiva que reconhece que direitos fundamentais não são determinados somente à luz do histórico de formalização e proteção jurídica, mas de inúmeros fatores, dentre os quais, de ordem sociológica, antropológica, filosófica, tecnológica e outros tantos, reduzindo a proteção jurídica a tão somente uma dentre as várias influências que devem ser consideradas na determinação de prerrogativas fundamentais.

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 Jairo Schäfer (2013) 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.



As dimensões de direitos, assim, propõe de modo fragmentário classificar direitos fundamentais em contrariedade com suas peculiaridades básicas que impedem a divisão estanques dessas prerrogativas, dentre as quais, indivisibilidade; de modo que a solução fornecida na investigação está em considerar a unicidade e imediatidade na aplicação de tais direitos, enfatizando o aspecto principiológico dos direitos compreendidos como fundamentais e os submetendo-os aos postulados de ponderação, ignorando a proposta estanque e divisória de prerrogativas estruturalmente indivisíveis.

Portanto, mantendo o trabalho dentro de uma perspectiva jurídica e atentando-se aos fatores jurídicos, tendo em vistas as falhas e os problemas apontados quando a cronologia do processo de afirmações de direitos acaba não condizente com a conferência em outras formas de positivação de prerrogativas diversas. Desse modo, o pensamento geracional de Vasak e Bobbio (1992, 2004) confronta peculiaridades básicas inerentes desses direitos e dentro do aspecto de princípios que os direitos fundamentais podem ser vislumbrados é possível entender a solução da problemática questão com a aplicação imediata e uníssona do postulado e técnica da ponderação de direitos inerentes das normas especificamente denominada de princípios.

REFERÊNCIAS

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. **Curso de Direito Constitucional**. 23. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição (1934). **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 out. 2015.

_____. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 16 out. 2015.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 22.164-0/SP**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 17 de novembro de 1995. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º set. 2015.

_____. **Recurso Extradordinário n. 633703**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 23 de março de 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 out. 2015.

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

VASAK, Karel. **As dimensões internacionais dos direitos do homem**: manual destinado ao ensino dos direitos do homem nas universidades. Lisboa: UNESCO, 1983.

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

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

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.

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

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneo**. 1. ed. São Paulo, Malheiros, 1999.

_____. **Direito Humanos Contemporâneos**. 2. ed. São Paulo Malheiros, 2010.