

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS I**

MARIA CREUSA DE ARAÚJO BORGES

SANDRA REGINA MARTINI

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuriúba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito internacional dos direitos humanos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Maria Creusa de Araújo Borges; Sandra Regina Martini; Vladmir Oliveira da Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-599-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I

Apresentação

A proteção internacional e nacional dos direitos humanos continua uma questão central na agenda contemporânea relativa à matéria. O propósito da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, sua pauta pedagógica e os princípios basilares da dignidade da pessoa humana, inviolabilidade e da autonomia da vontade carecem de efetivação. De Paris a Viena, houve avanços em termos de elaboração normativa e conceitual. Na Declaração de Viena de 1993, a compreensão de que os direitos humanos devem se configurar em pauta educativa e pedagógica é consolidada. O ensino da matéria apresenta-se como uma resposta na direção de uma cultura fundamentada no respeito à pessoa humana. Não obstante esse avanço, se assiste a tempos de retrocessos. Os cenários local e internacional são marcados por graves violações de direitos, principalmente, de grupos vulneráveis. Cenários que demandam novas reflexões e respostas, tanto no campo teórico como prático. Os textos aqui reunidos cumprem essa tarefa: instaurar uma reflexão fundamentada no campo da investigação, teórico e prático, sobre a proteção internacional dos direitos humanos e sua repercussão no âmbito doméstico. Primeiramente, os trabalhos realizam uma revisão teórica do campo investigativo, fundada em autores considerados especialistas nas temáticas específicas do campo, tais como Arendt, Vasak e Habermas. Além dos textos voltados à reflexão teórica, há textos sobre os tratados de direitos humanos, seu processo de incorporação no âmbito doméstico e sua efetivação. Por fim, há a problematização das violações de direitos humanos de grupos e classes vulneráveis e os direcionamentos dados pelas instituições internacionais e domésticas. Os textos têm em comum o eixo de investigação focalizado na proteção internacional, na efetivação dessa proteção no nível doméstico e nos desafios que se colocam para os grupos vulneráveis em cenários de retrocessos e de violações de direitos e se constituem em material riquíssimo colocado à disposição para aqueles que trabalham e militam no campo da inclusão social, proteção e defesa dos direitos humanos em âmbitos locais e internacionais.

Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – PUC/SP

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges – UFPB

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

(RE) PENSANDO A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS NOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS: UMA FUNDAMENTAÇÃO ENTRE LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA E O PENSAMENTO DE KAREL VASAK

(RE) THINKING FOR LEGAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL TREATIES AND CONVENTIONS: A FOUNDATION BETWEEN SYMBOLIC LEGISLATION AND THE THOUGHT OF KAREL VASAK

Norton Maldonado Dias ¹

Gabriel Aparecido Anizio Caldas ²

Resumo

O estudo confronta, pelo viés da metodologia hipotético dedutiva, uma primeira corrente correspondente ao pensamento de Karel Vasak que buscou afirmar o surgimento de direitos humanos a partir da respectiva proteção jurídica no decorrer das diferentes “gerações” ou “dimensões” de direitos; em face à outra vertente que propõe a previsão de prerrogativas a partir da legislação simbólica que reforça o pensamento de Marcelo Neves, defendendo propósitos ideológicos de conformação e pacificação social. O trabalho busca compreender a falta de efetividade dos direitos humanos protegidos a partir de duas diferentes propostas de compreensão da proteção jurídica no histórico dos direitos humanos.

Palavras-chave: Legislação simbólica, Direitos humanos, Efetividade

Abstract/Resumen/Résumé

The study, based on the hypothetical deductive methodology, presents a first proposal corresponding to the thought of Karel Vasak who sought to affirm the emergence of human rights from the respective legal protection during the different "generations" or "dimensions" of rights; in relation to the other side that proposes the protection of prerogatives from the symbolic legislation that reinforces the thinking of Marcelo Neves, defending ideological purposes of conformation and social pacification. The work seeks to understand the lack of effectiveness of human rights protected from two different proposals of understanding of legal protection in the history of human rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Symbolic legislation, Human rights, Effectiveness

¹ Professor da Faculdade de Direito de Sinop - MT. Advogado. Mestre em Direito - 2016 Especialização em Direito (UEL - Universidade Estadual de Londrina - Paraná). Graduação em Direito.

² Professor de Direito da Faculdade de Sinop/MT (FASIPE), Graduação em Direito. Especialista em Direito. Mestre pelo Centro Universitário Eurípides de Marília. Advogado.

INTRODUÇÃO

A presente proposta tem como objetivo confrontar os argumentos de duas diferentes correntes de pensamentos, uma primeira valorando o critério formal e positivista atinente a proteção jurídica de direitos humanos que para Karel Vasak consiste em fator determinante no processo de surgimento e determinação de prerrogativas. Confrontando, pelo viés da metodologia hipotética dedutiva, o enfrentamento de outra vertente, baseada nas ideias de Marcelo Neves acerca da legislação simbólica, reduzindo as formalizações jurídicas dos direitos à mera simbologia para fins na pacificação social.

O pensamento genuinamente estabelecido por Karel Vasak na aula magna de inauguração do Instituto de Direitos Humanos em Estraburgo e que foi inserida no famoso livro intitulado “A Era dos Direitos” de Norberto Bobbio sofreu inúmeros acréscimos no histórico evolutivo de seu desenvolvimento doutrinário.

Nesta proposta, Karel Vasak defendeu as famosas “gerações” ou “dimensões” dos direitos que, originariamente, reduziu em primeira, segunda e terceira geração, admitindo alusões às três primeiras expressões do lema revolucionário de 1789: Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

Verifica-se no levantamento das doutrinas internacionalistas que os primeiros direitos atinentes à pessoa humana positivadas em Tratados e Convenções Internacionais versaram sobre direitos relativos ao trabalho com advento da Convenção da OIT (Organização Internacional do Trabalho) de 1919 e não com dos direitos civis e políticos como defendeu a proposta geracional.

No decorrer do presente trabalho, verifica-se que as ideias geracionais de Karel Vasak afirmavam prerrogativas de acordo com os diferentes momentos históricos em que estes direitos eram previstos em documentos constitucionais; porém, quando conferida a ordem histórica da proteção dos mesmos direitos no âmbito das Convenções e dos Tratados Internacionais, verifica-se uma ruptura cronológica no afirmado por Karel Vasak, haja vista que os primeiros direitos atinentes à pessoa humana positivados em documentos internacionais foram os direitos sociais com advento da Convenção da OIT – Organização Internacional do Trabalho de 1919.

Ocorre que o pensamento de Karel Vasak acerca das primeiras, segundas e terceiras gerações ou dimensões de direitos alude um critério ideológico e positivista que afirma surgimento de direitos com base no momento em que foram positivados em documentos

constitucionais; porém a vulnerabilidade desta proposta é verificada no decorrer do presente trabalho quando se percebe que as previsões de direitos humanos ocorridas em Tratados e Convenções Internacionais não começaram com os direitos civis e políticos como afirma a proposta teórica das gerações ou dimensões.

Desse modo, dentre os objetivos específicos já mencionados, o trabalho irá retratar a falha cronológica de ruptura da sequência de direitos afirmados pelo pensamento de Karel Vasak, estando em descompasso com a ordem sequencial de proteção jurídica ocorrida em documentos diversos dos constitucionais, como por exemplo, os Tratados e Convenções Internacionais.

Equívocos que indagam questionamentos pautados na hipótese de propósitos positivistas, indagando acerca de aspectos ideológicos nos respectivos contextos históricos compreendidos por Karel Vasak como as fases geracionais.

Por isso, o objetivo em suspeição e averiguação do simbolismo dessas proteções jurídicas de direitos na linha do autor Marcelo Neves; em detrimento à proposta de pensamento onde as proteções jurídicas de direitos era fator determinante para afirmar o surgimento de prerrogativas ocorridas em diferentes fases ou contextos no decorrer do histórico do constitucionalismo.

Ocorre que inserção e a previsão de direitos no decorrer do constitucionalismo não é o único fator que influencia o surgimento de direitos, levantando a problemática questão da real pretensão positivista que elevaram o processo de formalização de direitos no decorrer do constitucionalismo.

Assim, a investigação irá, portanto, considerar a proposta das gerações ou dimensões de direitos na qualidade de mera hipótese que deve ser confrontada com a proposta da legislação simbólica de autoria de Marcelo Neves para compreensão das reais causas da inefetividade de direitos fundamentais quando um dos principais pensamentos que afirmaram direitos fica reduzido à mera abstração positivista que defende que direitos são afirmados a partir do sua respectiva proteção.

A suspeição de uma proposta estritamente centralizada em previsões jurídicas deflagra uma desconexão com a real materialidade desses direitos que levaram ao esvaziamento da produção textual e jurídica. Por isso, vale exigir uma resposta que seja condizente com os reais intentos e propósitos da previsão de direitos que, em que pese protegidos juridicamente, não possuem real efetividade, dando um expressivo significado ideológico de positivações que ocorreram não para efetivar ou afirmar direitos, mas figurando como legislação simbólica com possíveis propósitos de pacificação social redutoras às

pretensões meramente formais sem respaldo de comprometimento à efetivação quando historicamente protegidos.

1 DO PENSAMENTO DE KAREL VASAK ACERCA DAS GERAÇÕES OU DIMENSÕES DE DIREITOS HUMANOS

A proteção jurídica na perspectiva da proposta das gerações ou dimensões de direitos dentro do pensamento de Karel Vasak consiste em um critério determinante no processo de surgimento dessas prerrogativas, uma vez que afirma primeira, segunda e terceira geração ou dimensão no decorrer das diferentes fases do constitucionalismo.

Uma das temáticas que vislumbram a abordagem sobre os direitos fundamentais corresponde às gerações de direitos, gênese teórica atribuída a um jurista tchecoslovaco, naturalizado na França, cujo nome é Karel Vasak que defendeu uma proposta que categorizou prerrogativas, atrelando essas fases de previsões de direitos com as palavras do lema revolucionário francês de 1789 (Liberdade, Igualdade e Fraternidade).

O ideário geracional ganhou não só a aceitação, mas grande projeção dentro da dogmática jurídica, de modo que a proposta se transformou em um referencial entre os juristas e, nesta inserção, vale compreender as razões que divulgaram o pensamento das “gerações de direitos”.

Em que pese não se tratar de um pensamento de autoria do jurista Norberto Bobbio, vale salientar que uma das fontes propulsoras do ideário geracional pode ser explicada, justamente, por ter sido abordada pelo jurista italiano em sua famosa obra chamada “A Era dos Direitos”.

Outros juristas também fizeram significativos acréscimos a proposta geracional, tal como as afirmações de uma quarta e quinta geração de direitos defendida por Paulo Bonavides, inclusive ressaltando que o direito à paz como prerrogativa que deveria ser transmutada da terceira para quinta geração, corrigindo a proposta original de Vasak com apenas três fases geracionais e mantendo o comprometimento com as três expressões do lema da Revolução Francesa de 1789.

Ressalta que a transmutação do direito à paz reescreveu este pensamento no intento de compreender as razões para as proteções jurídicas em momentos históricos diversos deveriam estar inseridos na quinta geração ou dimensão de direitos, justamente, por se tratar de direitos transnacionais:

[...] direito a paz foi classificado por Karel Vasak como de 3ª dimensão. Contudo Paulo Bonavides entende que o direito à paz deva ser tratado em dimensão autônoma, chegando a afirmar que a paz é axioma da democracia participativa, ou, ainda, supremo direito da humanidade. (BONAVIDES, 1998, p. 593).

Atualmente manifesta é a divergência quanto à exata quantidade de gerações e dimensões que surgiram após os acréscimos, principalmente, de autores como Paulo Bonavides, existindo doutrinas que chegam a afirmar direitos de sexta e, até, sétima gerações ou dimensões, reduzindo cada vez mais a proteção jurídica e textualização dessas prerrogativas com intensas cargas de abstração e construções doutrinárias cada vez mais vazias e carentes de real efetividade.

Outro ponto de mudança concernente à proposta original corresponde à intitulação e terminologias indagadas pela doutrina correspondente a correção que evoluiu a expressão “gerações” para “dimensões” de direitos. A mudança na rotulagem das intitulações encontra-se respaldada no fato de que a ocorrência dos diferentes momentos de proteção de direitos não substituíram as prerrogativas, mas sim foram acrescentando prerrogativas no decorrer das diferentes fases geracionais.

Desse modo, a segunda geração não substituiu nem encerrou os direitos da geração anterior, mas acresceu as prerrogativas do momento precedente, por isso a proposta da intitulação “dimensão” e não “geração”, refutando os significados de substituição ou encerramento de direitos.

Vale a manifestação de Ingo Sarlet acerca dos aspectos não só cumulativos, mas também as qualidades de complementariedade, indivisibilidade e de unidade que servem para corrigenda terminológica:

[...] a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para, além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno [...] (SARLET, 2001. p. 49-50).

O aprofundamento conclui que a proposta original de Karel Vasak não projetou o aspecto adicional ou cumulativo quando intitulou as fases do processo de evolução e maturação destas previsões de prerrogativas, de modo que a expressão “gerações” como nomenclatura original demonstra o sentido, de fato, equívoco de tratamento, pois indicam que as fases destes conteúdos previstos estão dentro de um aspecto sucessório, ou seja, do

encerramento dos conteúdos humanos pertencentes a uma fase precedente em face de uma nova fase de prerrogativas (uma geração posterior, substituindo ou sucedendo a anterior).

Logicamente que não é isso que ocorre, pois as fases geracionais ou dimensionais se complementam dentro do processo de evolução dessas previsões de prerrogativas. Por isso que houve a corrigenda terminológica de referenciá-las com a nomenclatura “dimensão” ao invés de “geração”.

O próprio Sarlet explica as razões do termo “dimensões” de direitos ser usado na corrigenda terminológica:

Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à idéia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno ‘Direito Internacional dos Direitos Humanos. (SARLET, 2007, p. 55).

O majoritarismo da doutrina jurídica nacional, principalmente, concernente ao Direito Constitucional, trouxe várias discussões em meio às celeumas no que tange a temática, inclusive divergências entre o idealizador do pensamento, Karel Vasak, e o maior defensor dela no Brasil, o cientista político Paulo Bonavides:

[...] direito a paz foi classificado por Karel Vasak como de 3ª dimensão. Contudo Paulo Bonavides entende que o direito à paz deva ser tratado em dimensão autônoma, chegando a afirmar que a paz é axioma da democracia participativa, ou, ainda, supremo direito da humanidade. (BONAVIDES, 1998, p. 593).

Em que pese várias oscilações e acréscimos no pensamento genuíno de Karel Vasak, inclusive repercutindo no Brasil cujo principal defensor foi Paulo Bonavides, acrescentando uma quarta e até quinta geração de direitos na proposta original; eleva-se a atenção que a ideia de Karel Vasak, na aula inaugural do Instituto de Direitos Humanos em Estraburgo, era fazer uma associação das fases do constitucionalismo com as três expressões do lema da Revolução Francesa, Liberté, Égalité, Fraternité (Révolution Française, 1789-1799).

2 DA ABSTRAÇÃO SIMBÓLICA DAS “GERAÇÕES” OU “DIMENSÕES” DE DIREITOS HUMANOS: UMA PERSPECTIVA PARA O PENSAMENTO DE MARCELO NEVES

A ideias das “gerações” ou “dimensões” de direitos inauguradas na aula magna de inauguração dos cursos do Instituto de Direitos Humanos em Estraburgo, assevera o propósito de Karel Vasak no comprometimento associativo do histórico do constitucionalismo com as três expressões do lema da Revolução Francesa de 1789 (Liberdade, Igualdade e Fraternidade).

Desse modo, o pensamento foi desenvolvido no sentido de que o surgimento do Estado de Direito em sua modalidade liberal correspondeu à denominada “primeira geração” onde o valor liberdade prevalecia nas relações de troca, protegendo os interesses burgueses e seguidos por um segundo momento denominado de “segunda geração” de direitos, onde foram protegidos direitos sociais inseridos na Constituição Mexicana de 1917 e Constituição alemã (Weimar) de 1919. Por fim, a denominada “terceira geração” finaliza com advento do momento da fraternidade e da proteção de direitos coletivos nos documentos constitucionais.

A problemática deflagrada no estudo da vertente geracional que podemos apontar dentro da proposta de construção de uma síntese que explique o problema maior da inefetividade dessas previsões corresponde a uma curiosa corrigenda da doutrina favorável a vertente geracional.

O mais curioso é que ao investigarmos o histórico do pensamento, podemos perceber o não ineditismo em linhas humanistas projetadas em outros momentos e contextos históricos, de modo relevar a transcrição de autores que no passado reiteraram esta mesma crítica, tal como podemos observar na obra “As Origens do Totalitarismo”, onde Hannah Arendt aborda a discrepância de pensamentos idealistas:

Nenhum paradoxo da política contemporânea é tão dolorosamente irônico como a discrepância entre os esforços de idealistas bem intencionados, que persistam teimosamente em considerar ‘inalienáveis’ os direitos desfrutados pelos cidadãos dos países civilizados, e a situação de seres humanos sem direito algum. (ARENDR, 1989, p. 312).

A emancipação teórica, de fato, depende de uma descrição fiel que desconfia da rotulagem humanista que acaba confundindo ou mesmo justificando comportamentos bastante interessados neste discurso: [...] trabalho consiste em liberar-nos definitivamente do humanismo e, neste sentido, meu empenho é um trabalho político na medida em que todos os regimes do Leste ou do Oeste fazem contrabando com suas más mercancias, sob a bandeira do humanismo [...]. (FOCAULT, 1991, p. 34-35).

Outra consequência que vale a prevenção é notar qual seria a implicância de divulgar uma doutrina de pouca efetividade em termos de realidade, de maneira que se o objetivo, de fato, não se completar com a real materialização destes textos, o discurso estaria produzindo um propósito muito cruel de legitimação das desumanidades e conformação humana a realidade.

Ocorre que os valores oriundos da promessa burguesa, dentre os quais, a igualdade, na verdade, equiparou todos à condição de iguais para uma relação que pressupunha as condições que consolidassem suas relações mercadológicas, verificável, por exemplo, na própria abolição da escravatura no Brasil acusada de cumprir interesses britânicos em destinar sua produção para um significativo novo mercado.

Em que pese a presente investigativa confirme e reitere o aspecto ideológico das proteções jurídicas, compromete-se no aprofundamento acerca do simbolismo como fator na proteção defendida por Marcelo Neves, uma vez que os valores de igualdade, liberdade e fraternidade prometida na Revolução Francesa de 1789 acaba sendo, na realidade, mera abstração, o próprio sociólogo Lucien Goldman deflagra os propósitos burgueses por detrás dos valores referenciados no lema revolucionário que serviram para a proposta de Karel Vasak de liberdade e igualdade:

Igualdade: no ato de comércio, isto é, no ato de compra e venda, todas as eventuais desigualdades sociais entre compradores e vendedores não tinham importância. Na compra e venda, o que efetivamente importava era a igualdade jurídica dos participantes do ato comercial. Por isso, os iluministas defendiam que todos deveriam ser iguais perante a lei. Ninguém teria, então, privilégios de nascença, como os que a nobreza apresentava no Antigo Regime. Entretanto, a igualdade jurídica não significava igualdade econômica, a maioria dos iluministas acreditavam que a desigualdade correspondia a ordem natural das coisas. (COUTRIN; 1999; p. 20).

O lema que iniciou com um idealista grito de liberdade, na verdade esteve atrelado a um pretense interesse econômico e mercantilista, ou seja, a liberdade tão elevada na intitulada primeira geração acaba tendo um pretense interesse em garantir as condições inerentes de viabilização das relações de trocas plenamente favoráveis aos intentos burgueses daquele período:

Liberdade pessoal e social: a atividade comercial burguesa só poderia desenvolver-se numa economia de mercado, ou seja, era preciso que existisse o jogo livre da oferta e da procura. Por isso, a burguesia se opôs a escravidão humana e passou a defender uma sociedade 'livre'. Afinal, sem trabalhadores livres, que recebessem salário não poderia haver mercado comercial (COUTRIN; 1999; p. 20).

Ocorre que, conjuntamente, com os avanços das abstrações teóricas que chegam a afirmar sexta ou sétimas gerações de direitos, as críticas que deflagram uma realidade marcada pela falta dos direitos mais básicos e peculiares da condição humana estão sempre se fazendo presentes e se atrelam a este discurso.

As propostas como a legislação simbólica de Marcelo Neves ganham expressivo significado quando se vislumbra falta da real efetividade da positivação e proteção jurídicas de direitos que são formalizados dentro do ordenamento jurídico, porém com expressivas e significativas carências em termos da real materialidade e concretude.

Marcelo Neves defendeu a proposta para obtenção do seu cargo de professor titular da Universidade Federal de Pernambuco em 1992, em que pese ampla revisão após a versão publicada pela Editora Acadêmica, contribuindo para o amadurecimento de uma distinção preocupante no sistema jurídico pautado na significativa diferenciação de textualizações abstratas e efetiva concretização jurídica:

Abordar o significado social e político de textos constitucionais, exatamente na relação inversa da concretização normativo-jurídica. Em outras palavras, a questão refere-se à discrepância entre a função hipertrofiante simbólica e a insuficiente concretização jurídica de diplomas constitucionais. O problema não se reduz, portanto, à discussão tradicional sobre ineficácia das normas constitucionais. Por um lado, pressupõe a distinção entre texto e norma constitucionais; por outro, procura-se analisar os efeitos sociais da legislação constitucional normativamente ineficaz. Nesse contexto, discute-se a função simbólica de textos constitucionais carentes de concretização normativo-jurídica (NEVES, 2007, p. 1)

Trabalhando, também, com a noção de legislação-álibi, fica muito claro que há, de fato, uma força interessada por detrás da falta de efetividade e concretude de textualizações jurídicas, haja vista patentes benefícios ideológicos que orientam a suspeição de categorias subjetivas na respectiva inefetividade:

[...] a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, embora as respectivas relações sociais não sejam realmente normatizadas de maneira consequente conforme o respectivo texto legal. Nesse sentido, pode-se afirmar que a legislação-álibi constitui uma forma de manipulação ou ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas, desempenhando uma função ideológica (NEVES, 2007, p. 39-40).

Relevam-se as afirmativas de que legislação-álibi consiste na tentativa de dar uma aparente solução ao problema social insurgente, normalmente, na forma de uma resposta rápida e pronta do governo, introduzindo uma espécie de sentimento de satisfação e bem-estar, tal como, mudanças na legislação penal para responder a criminalidades.

Logicamente que a crise de efetividade cumulada com excessos e abusos ao se utilizar da legislação-álibi implica em significativas consequências sociais: isso porque o emprego abusivo da legislação-álibi leva à ‘descrença’ no próprio sistema jurídico, transformando persistentemente a consciência jurídica; disso resulta que o público se sente enganado, os atores políticos tornam-se cínicos (NEVES, 2007, p. 40-41).

Releva-se que a legislação simbólica possui este viés de confirmar valores sociais e que vale menção, uma vez que a investigativa irá confrontar valores como liberdade, igualdade e fraternidade (intitulados como “primeira”, “segunda” e “terceira” geração ou dimensão de direitos), importando, portanto, esclarecer os propósitos subjetivos de grupos e categorias interessadas:

Legislação simbólica destinada primariamente à confirmação de valores sociais tem sido tratada basicamente como meio de diferenciar grupos e os respectivos valores e interesses. Constituiria um caso de política simbólica por ‘gestos de diferenciação’, os quais apontam para glorificação ou degradação de um grupo em oposição a outros dentro da sociedade (NEVES, 2007, p. 35).

Não se pode esquecer que Marcelo Neves trabalha uma proposta tricotômica quando desenha alguns contornos de uma tipologia acerca da legislação simbólica baseada na confirmação de valores, demonstrativo de ação estatal e, por fim, adiar a solução de conflitos sociais através de comprometimentos procrastinatórios.

O demonstrativo de ação estatal teria, justamente, a sua base na legislação-álibi, com respostas prontas e imediatas por parte do Poder Público, sendo a mudança legislativa um significativo instrumental.

Já os propósitos procrastinatórios e protelatórios que adiam a solução de conflitos sociais através de comprometimentos do Poder Público é o ponto tricotômico que encerra a tipologia proposta:

[...] servir para adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios. Nesse caso, divergências entre grupos políticos são resolvidas por meio de ato legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva da ineficácia da respectiva lei. O acordo não se funda então no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado (NEVES, 2007, p. 41).

Assim, Marcelo Neves aborda uma proposta tricotômica, contornando uma tipologia acerca da legislação simbólica baseada na confirmação de valores, demonstrativo de ação estatal e, encerrando a trilogia, os fins de pacificação social através de propósitos protelatórios, reduzindo a ação estatal como uma legislação-álibi de respostas prontas e

imediatas por parte do Poder Público, sendo a mudança legislativa como um instrumento descomprometido com uma solução real de conflitos sociais por parte do Poder Público.

A corrente mais crítica às ideias das gerações ou dimensões de direitos compreende basicamente internacionalista, dentre os quais, a obra “Direitos Humanos Contemporâneo” (WEIS, 2010); “Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional” (RAMOS, 2013); “Classificação dos Direitos Fundamentais: do Sistema Geracional ao sistema unitário – Uma proposta de Compreensão” (SCHÄFER, 2005); “Curso de Direito Internacional Público”, inclusive valendo a respectiva afirmativa do próprio Válido Mazzuoli (2013, p. 858):

[...] 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.

Esta vertente bastante expressiva de autores internacionalistas conferem os direitos protegidos nas constituições com o histórico de proteção dos mesmos direitos, porém em documentos diversos dos constitucionais, ou seja, a proteção jurídica ocorrida em Tratados e Convenções Internacionais.

Desse modo, fica claro para a vertente internacionalista, que o processo cronológico de surgimento de direitos proposto por Karel Vasak em documentos de natureza constitucionais não correspondem com a sequência de proteção ocorrida nos documentos internacionais, haja vista que, no âmbito dos Tratados e Convenções Internacionais, os primeiros direitos protegidos foram os atinentes ao trabalho com advento da convenção da OIT (Organização Internacional do Trabalho) de 1919.

Desse modo, conclui-se que, no âmbito dos Tratados e Convenções Internacionais, os primeiros direitos protegidos não foram os direitos civis e políticos como pretendeu Karel Vasak na primeira geração ou dimensão de direitos, uma vez que esta vertente afirma que, na perspectiva dos Tratados e Convenções Internacionais, os primeiros direitos protegidos foram os direitos atinentes ao trabalho com advento da Convenção da OIT (Organização Internacional do Trabalho) datada em 1919.

As razões que levaram o erro do ideário das gerações ou dimensões de direitos foi, justamente, considerar o momento em que prerrogativas eram protegidas e juridicamente

formalizadas no ordenamento jurídico, trata-se de um resquício do positivismo hermético que aprecia o momento em que direitos são protegidos e positivados no ordenamento jurídico.

A ideia de vincular os direitos com o momento de sua formalização positivista em um determinado ordenamento jurídico esta atrelado a resquícios e sequelas do positivismo jurídico que elevam a suspeição pelos propósitos ideológicos e pacificação social e de simbologia das “gerações” ou “dimensões” dos direitos.

O positivismo jurídico que teve apogeu com Hans Kelsen na obra intitulada “Teoria Pura do Direito” não afastou o aspecto ideológico das posições e formalizações jurídica, de modo que a ideia de Karel Vasak tentando vincular o lema revolucionário francês setecentista (liberdade, igualdade e fraternidade) com o processo histórico de determinação de direitos não afasta o fundo ideológico das posições jurídicas:

Assim, escreve Puchta: O conceito fundamental do Direito é a liberdade... o conceito abstrato de liberdade é: possibilidade de alguém se determinar para algo... O homem é sujeito de Direito pelo fato de lhe competir aquela possibilidade de se determinar, pelo fato de ter uma vontade’, quer dizer: pelo fato de ser livre. (KELSEN, 1999, p. 119).

Sabe-se que o homem nem sempre ocupou a condição de sujeito de direitos, os escravos, as mulheres e tantas outras classificações humanas que corresponde a flagrante histórico de discriminação que os subtraíam deste reconhecimento:

Também se diz que o homem tem personalidade, que a ordem jurídica empresta ao homem personalidade, e não necessariamente a todos os homens. Os escravos não são pessoas, não tem qualquer personalidade jurídica. A Teoria tradicional não nega que pessoa e homem são dois conceitos distintos, se bem que pense também poder afirmar que, segundo o Direito Moderno, diferentemente do que sucedia com o Direito Antigo, todos os homens são pessoas ou têm personalidade jurídica. (KELSEN, 1999, p. 121).

Em que pese críticas a este autor quando separou os aspectos jurídicos com a ideia de “pureza”, que não ignorava a função ideológica da conceituação do sujeito de direito, de sorte que sabia da prerrogativa que a conceituação buscava resguardar:

A função ideológica desta conceituação do sujeito jurídico como portador (suporte) do direito subjetivo, completamente contraditória em si mesma, é fácil de penetrar: serve para manter a ideia de que a existência do sujeito jurídico como portador do direito subjetivo, quer dizer, da propriedade privada, [...]. (KELSEN, 1999, p. 120).

Trata-se da desmistificação da premissa da liberdade como um preceito essencialmente atrelado ao direito de propriedade (1999, p. 120): “não é difícil de compreender por que a ideologia da subjetividade jurídica se liga com o valor ético da

liberdade individual, da personalidade autônoma, quando nesta liberdade está também incluída sempre a propriedade.”.

Valendo, portanto, verificar se a abstração teórica compreende propositos estratégicos usados para acalmar os ânimos políticos, primeiro, aparentemente conciliando as reivindicações e, por fim, produzindo uma lei e positivamente jurídicas, justamente, no sentido emblemático defendido por Marcelo Neves: [...] abranda-se um conflito político interno através de uma lei ‘aparentemente progressista’, que satisfazia ambos os partidos, transferindo-se para um futuro indeterminado a solução do conflito social subjacente (NEVES, 2007, p. 42).

Em suma, a universalidade dos direitos fundamentais que foram protegidos e positivados nas intituladas “gerações” ou “dimensões” de direitos, não transcendem ou superam o âmbito de suas textualizações ou positivamente jurídicas, galgando um significativo esvaziamento dos conteúdos juridicamente protegidos.

Vale lembrar que a conquista revolucionária de 1789 foram êxitos da burguesia e os pretensos valores de liberdade e igualdade tiveram como intento principal podem servir de suspeição para uma substancial hipótese sobre qual optamos neste trabalho.

Portanto, a proposta das famosas “gerações” ou “dimensões” dos direitos avançaram doutrinariamente em remotas fases de previsões que, de fato, ganharam a crítica da falta de efetividade por focar a análise das proteções jurídicas como fator determinante no histórico dos direitos.

Porém a investigativa sintetiza um importante confronto entre argumentos que reconhece a vulnerabilidade do critério positivista formal de verificar surgimento de direitos decorrentes do momento em que foram protegidos juridicamente (gerações ou dimensões de direitos) e inseridos no ordenamento jurídico, por isso a expressividade no reconhecimento de que as “gerações” ou “dimensões” de direitos também tiveram uma expressiva carga simbólica em suas expressões e buscaram a pacificação social afirmando uma universalidade que jamais existiu no contexto em que foram juridicamente positivados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta de autoria de Karel Vasak com as denominadas gerações de direitos tentaram relacionar o histórico dos direitos humanos, analisando o momento em que direitos eram inseridos no ordenamento jurídico durante o constitucionalismo.

Desse modo, a análise ficou restrita a verificação do momento em que direitos eram protegidos e formalizados, tratando-se de uma reflexão meramente formal sem

comprometimento com a realidade e a concretude dos conteúdos que foram sendo formalizados com as respectivas proteções jurídicas.

A proposta de Karel Vasak valorou o positivismo jurídico ao afirmar que direitos humanos eram determinados na medida em que foram juridicamente protegidos no decorrer das diferentes “gerações” ou “dimensões”, porém a problemática da carência material de prerrogativas que eram textualizadas e juridicamente inseridas no decorrer do constitucionalismo reforçam expressiva carga de simbologia nas respectivas proteções, corroborando para o esvaziamento de direitos à mera abstração e reafirmando uma legislação simbólica cujo reais intentos das previsões e positivizações jurídicas no respectivo histórico de proteção.

Vale salientar alguns recortes da obra intitulada “Teoria Pura do Direito”, onde o autor Hans Kelsen afirma claramente função ideológica do sujeito jurídico, atentando-se a criações meramente abstratas que, acrescentada pela escassez e pelo esvaziamento dos conteúdos, podem ser vislumbradas do ponto de vista do simbolismo das proteções jurídicas dos direitos.

A presente proposta que reconhece nas gerações ou dimensões de direitos como um pensamento que valoriza e considera o surgimento de direitos humanos nos diferentes momentos de suas respectivas proteções jurídicas correspondem em um ideário significativamente contrário as ideias de legislação simbólica de Marcelo Neves que declina para o aspecto ideológico da proteção jurídica, tendo em vista a real efetividade que deve ser analisada para confirmar ou refutar o simbolismo dessas respectivas formalizações de direitos.

Porém, esta contrariedade acaba declinando no sentido dos propósitos ideológicos quando se verificam critérios meramente formais e positivistas, por exemplo, no processo de proteção jurídica ocorridos em documentos diversos daqueles de natureza constitucional, por exemplo, Tratados e Convenções Internacionais, haja vista que no âmbito desses documentos de natureza internacional, os primeiros direitos protegidos foram os atinentes ao trabalho (direitos sociais) com advento da Convenção da OIT (Organização Internacional do Trabalho) de 1919 e não com os direitos civis e políticos pertencente a primeira geração de direitos na perspectiva de Karel Vasak.

O critério formal e positivista acaba sendo destacado com todos os desvios e vícios de formalidade, uma vez que a presente investigação conclui que a proposta cronológica de Vasak e Bobbio acaba não coincidindo quando vislumbradas do ponto de vista dos Tratados e Convenções Internacionais que começaram seu âmbito de proteção com advento da Convenção da OIT (Organização Internacional do Trabalho) de 1919 que protegem direitos

sociais e trabalhistas e não com os direitos civis e políticos como defendeu a proposta de Vasak e Bobbio.

As Constituições e Direitos Humanos simbólicos, dentro da linha do que foi pretendido por Marcelo Neves para fins de pacificação social afirma uma simbologia das respectivas proteções, a deformidade da universalidade sofrida pela sistematização de prerrogativas que não transcendem a esfera das respectivas positivações, indagando os reais intentos políticos por detrás dessas previsões.

Por isso é que vale estudos como forma de divulgar a orientação bibliográfica da corrente crítica, em que pese ainda minoritária, mas com significativo número de autores renomados que podem dar sustentabilidade a estudos nesse sentido, dentre os quais (desfavorável a teoria das gerações de direitos), Flávia Piovesan, Valério Mazzuoli, Cançado Trindade, Jairo Schäfer e, talvez seu maior crítico, Carlos Weis, relevando uma crítica ou, até mesmo, conclusivos de um trabalho que signifique a desconstrução da Teoria das Gerações dos Direitos teria consequências em todo um pensamento que ganhou aceitação em grande parte das ciências jurídicas no decorrer dos anos.

A proposta tem por base, justamente, a inovação dos estudos sobre a crítica da teoria geracional por meio de recortes históricos no plano de proteção internacional dos direitos relativos à pessoa humana em detrimento aos momentos de proteção desses mesmos direitos nas Constituições dos Estados. Com isso, busca-se o comparativo, os apontamentos precisos sobre razões que levaram o apontado descompasso e a quebra verificável no histórico de proteção dos documentos no plano dos Tratados e Convenções Internacionais em detrimento ao histórico desta mesma tutela ocorrida no plano constitucional e interno do Direito.

Assim, o ponto por meio do qual se acrescem ou se destinam todas essas previsões textuais que oscilam de maneira ilógica, rompendo a fidelidade da ordem cronológica de positivações quando se altera os planos de observação (textos constitucionais para textos decorrentes de Tratados e Convenções Internacionais).

O método hipotético dedutivo expõe argumentos favoráveis em detrimento das razões contrárias em prol da construção de uma síntese que declina pelo simbolismo da abstração dessas proteções jurídicas que não tiveram a real materialidade reforçando pela pacificação social que se buscou nas diferentes gerações ou dimensões de direitos nos respectivos contextos em que direitos fundamentais foram protegidos.

Há que ser reconhecido os aspectos ideológicos presentes nas formalizações e proteções jurídicas, porém direitos não surgem no momento em que são protegidos juridicamente, elevando a necessidade em compreender as reais razões de sua respectiva

proteção jurídica como insurgência da relação com a tese da legislação simbólica concernente a necessidade da respectiva pacificação social dos diferentes contextos que as gerações ou dimensões aludiram.

Os diferentes momentos em que Karel Vasak denominou de “gerações” ou “dimensões” de direitos foram assolados com expressiva carga ideológica, haja vista que o critério formal positivista do ideário geracional pode ser verificável quando, por exemplo, esta proposta apresentou o descompasso cronológico das proteções ocorridas no âmbito dos Tratados e Convenções Internacionais cujas primeiras proteções de direitos atinentes à pessoa humana foram prerrogativas relativas ao trabalho e não os direitos civis e políticos como defendeu Karel Vasak (Convenção da OIT – Organização Internacional do Trabalho de 1919).

Portanto, fica claro a revisão histórica dos direitos humanos, no pensamento de Karel Vasak, em uma perspectiva marcada pela forte carga do positivismo jurídico que atrela o constitucionalismo no decorrer das “gerações” ou “dimensões” de direitos com o momento ou contexto histórico em que direitos foram protegidos, não afastando o aspecto ideológico que aparece quando se confere a previsão dos mesmos direitos em documentos diferentes, tal como, no exemplo dos Tratados e Convenções Internacionais, onde os primeiros direitos não foram os direitos civis e políticos, mas sim os atinentes ao trabalho com advento da Convenção da OIT (Organização Internacional do Trabalho) de 1919.

A afirmação das cargas ideológicas de Hans Kelsen e os resquícios do positivismo jurídico elevam as falhas do ideário da “geração” ou “dimensão” de direitos que acaba, inevitavelmente, substanciando propósitos ideológicos na proteção jurídica de direitos humanos nos contextos em que foram sendo inseridos no decorrer do histórico do constitucionalismo.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, H. Manual de direito internacional público. Atualização de Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Manual de direito internacional público. Atualização de Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ARENDRT, H. O declínio do Estado-Nação e o fim dos direitos do homem. In: _____. As origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 300-336. Tradução de Roberto Raposo.

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

BOBBIO, N. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 2004. Tradução de Carlos Nelson Coutinho.

BONAVIDES, P. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CANÇADO TRINDADE, 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.

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

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

DWORKIN, R. Uma questão de princípios. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Tradução Luiz Carlos Borges.

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

FONSECA, R. M. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002.

KELSEN, H. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

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

MORAES, A. Direito constitucional. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NEVES, Marcelo. A constituição simbólica. São Paulo; WMF Martins Fontes, 2007.

_____. Transconstitucionalismo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

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

PIOVESAN, F. A Constituição Brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos. In: _____. Temas de direitos humanos. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 44-56.

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

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

RAMOS, A. C. Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

REZEK, J. F.. Direito internacional público: curso elementar. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 8ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

SCHÄFER, J. Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, J. A. Curso de direito constitucional positivo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

WEIS, C. Direitos humanos contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.