

DIREITOS HUMANOS: Novas Dimensões e Novas Fundamentações

Antonio Carlos Wolkmer

O projeto da modernidade ocidental passa por um profundo processo de questionamento e redefinição: vive-se o deslocamento de modelos de fundamentação e a transição para novos paradigmas de conhecimento, de representação institucional e de representação social. Os impasses e as insuficiências do paradigma da ciência tradicional entreabre, lenta e constantemente, o horizonte para as mudanças e a reconstrução de paradigmas, direcionados para uma perspectiva pluralista e interdisciplinar¹. A teoria jurídica formalista, instrumental e individualista vem sendo repensada através de seus conceitos, de suas fontes e de seus institutos diante das múltiplas transformações tecno-científicas, das práticas de vida diferencia-

¹ Observar, nesse sentido: WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

das, da complexidade crescente de bens valorados e de necessidades básicas, bem como da emergência de atores sociais, portadores de novas subjetividades (individuais e coletivas). Desse modo, as necessidades, os conflitos e os novos problemas colocados pela sociedade no final de uma era e no início de outro milênio, engendram também “novas” formas de direitos que desafiam e põem em dificuldade a dogmática jurídica tradicional, seus institutos formais e materiais e suas modalidades individualistas de tutela.

Impõe-se a construção de outro paradigma para a teoria jurídica em suas dimensões civil, pública e processual, capaz de contemplar o constante e o crescente aparecimento histórico de emergentes direitos humanos. Esses “novos” direitos de atribuição humana que se desvinculam de uma especificidade absoluta e estaque assumem caráter relativo, difuso e meta-individuais. Trata-se de uma verdadeira revolução inserida na combalida e nem sempre atualizada dogmática jurídica clássica. O estudo atento desses “novos” direitos humanos relacionados às esferas individuais, sociais, meta-individuais, bioética e realidade virtual exigem pensar e propor instrumentos jurídicos adequados para viabilizar sua materialização e para garantir sua tutela jurisdicional, seja através de um novo Direito Processual, seja através de uma Teoria Geral das Ações Constitucionais.

AS ETAPAS CÍCLICAS DOS DIREITOS DE NATUREZA HUMANA

As teses de que os homens possuem direitos naturais que antecedem qualquer sociedade política se fortaleceram no século XVIII com a Declaração de Virgínia (1776) e com a Declaração Francesa de 1789. Tais direitos que se afirmam como direitos dos indivíduos considerados “inalienáveis e sagrados” materializam reivindicações concretas acerca de valores históricos, sobretudo referentes à liberdade e à dignidade humana.

O processo de reconhecimento e afirmação de direitos chamados “humanos” ou “fundamentais” constituiu uma verdadeira conquista da sociedade moderna ocidental. Esse processo do nascimento de direitos, ainda que favorecido pelos ideais da cultura liberal-burguesa e pela doutrina do jusracionalismo, deve-se em grande parte, como assinala Norberto Bobbio, à estreita conexão com as transformações da sociedade². Assim, para o pensador italiano, o desenvolvimento e a mudança social estão diretamente vinculados com o nascimento, a

ampliação e universalização dos “novos” direitos. Essa multiplicação histórica dos “novos” direitos processou-se, no dizer de Bobbio, por três razões: a) aumentou a “quantidade de bens considerados merecedores de tutela”; b) estendeu-se “a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem”; c) o homem não é mais concebido como ser genérico, abstrato, “(...) mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente etc.”³.

Por certo, os direitos humanos em emergência materializam exigências permanentes da própria sociedade diante das condições emergentes da vida e das crescentes prioridades determinadas socialmente.

Em face da universalidade e da ampliação dos chamados “novos” direitos de natureza humana, objetivando precisar seu conteúdo, titularidade, efetivação e sistematização, os doutrinadores têm consagrado uma evolução linear e acumulativa de “gerações” sucessivas de direitos. Tal reflexão compreende várias tipologias (três, quatro ou cinco “gerações” de direitos), desde a clássica de T. H. Marshall até alcançar as formulações de

² Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 73.

³ BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 68.

Norberto Bobbio, C. B. Macpherson, Maria de Lourdes M. Covre, Celso Lafer, Paulo Bonavides, Gilmar A. Bedin, Ingo W. Sarlet, José Alcebíades de Oliveira Jr. e outros⁴. Possivelmente a classificação dos direitos civis, políticos e sociais feita por T. H. Marshall, em sua obra “Cidadania, Classe Social e Status”, tornou-se referencial paradigmático enquanto processo evolutivo de fases históricas dos direitos no Ocidente. Essa periodização foi e tem sido utilizada por muitos outros autores, seja reproduzindo integralmente, seja atualizando e ampliando as gerações de direitos. Desse modo, segundo T. H. Marshall o cenário europeu (particularmente o inglês) do século XVIII favoreceu o surgimento dos direitos civis, enquanto o século XIX consagrou os direitos políticos, e a primeira metade do século XX consolidou as reivindicações de direitos sociais e econômicos.

Cabe mencionar os questionamentos que vêm sendo feitos por autores nacionais (Paulo Bonavides, Ingo Sarlet e Paulo de T. Brandão)⁵ com relação ao uso técnico da expressão “gerações” de direitos, que induz o equívoco de um processo substitutivo, compartimentado e estanque. Com efeito, assinala Bonavides que

⁴ Cf. MARSHAL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976. p. 57-114; BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 6, 67-83; MACPHERSON, C. B. *Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 37-52; COVRE, Maria de Lourdes M. *O que é cidadania*. São Paulo: Brasiliense, 1991. p. 11-15; LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 125-133; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 514-528; BEDIN, Gilmar A. *Os direitos do homem e o neoliberalismo*. 2.ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 1998. p. 39-78; SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998. p. 46-58; OLIVEIRA JÚNIOR, José A. de. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 83-96.

⁵ Cf. BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 525; SARLET, Ingo. Op. cit., p. 47; BRANDÃO, Paulo de T. *A tutela judicial dos “novos” direitos*. em busca de uma efetividade para os direitos típicos da cidadania. Florianópolis: CPGD, 2000. p. 121-122. [Tese de Doutorado em Direito].

força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo “dimensão” substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade⁶.

Tendo em vista a compreensão atual do fenômeno dos “novos” direitos, far-se-á uma digressão histórica dos direitos humanos (também cunhados de direitos do homem ou fundamentais) no que se refere ao seu conteúdo, contextualização de época, importância e fontes legais institucionalizadas. Compartilhando as interpretações de Bonavides e de Sarlet, substituem-se os termos “gerações”, “eras” ou “fases” por “dimensões”, porquanto esses direitos não são substituídos ou alterados de tempo em tempo mas resultam num processo de fazer-se e de complementaridade permanente⁷. Isso claro e levando em conta as tipologias de Marshall, Bobbio, Sarlet e principalmente a de Oliveira Jr. (a mais completa até o presente momento)⁸, propõe-se, na esteira do último autor, a ordenação histórica dos direitos de natureza humana em cinco grandes “dimensões”.

Direitos de “primeira dimensão”

São os direitos civis e políticos. Trata-se dos direitos individuais vinculados à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança e à resistência às diversas formas de opressão. Direitos inerentes à individualidade, tidos como atributos naturais, inalienáveis e imprescritíveis, que por serem de defesa e serem estabelecidos contra o Estado, têm especificidade de direitos “negativos”.

⁶ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 525.

⁷ Cf. SARLET, Ingo W. Op. cit., p. 47.

⁸ Em seu livro “Teoria Jurídica e Novos Direitos” (p. 85-86, 99-100), influenciado pelas “fases evolutivas” do Direito moderno de N. Bobbio, o professor José Alcebiades de Oliveira Jr. avança e acrescenta mais duas etapas, ou seja, trabalha com uma tipologia de cinco grandes “gerações” de direitos. Sobre a classificação de Norberto Bobbio, examinar obra já citada desse autor: p. 06.

Esses direitos de “primeira dimensão”, fundamentais para a tradição das instituições político-jurídicas da modernidade ocidental, apareceram ao longo dos séculos XVIII e XIX como expressão de um cenário histórico marcado pelo ideário do jusnaturalismo secularizado,

do racionalismo iluminista, do contratualismo societário, do liberalismo individualista e do capitalismo concorrencial. Socialmente o período consolida a hegemonia da classe burguesa, que alcança o poder através das chamadas revoluções norte-americana (1776) e francesa (1789). Esses direitos individuais, civis e políticos, surgem no contexto da formação do constitucionalismo político clássico que sintetiza as teses do Estado democrático de Direito, da teoria da tripartição dos poderes, do princípio da soberania popular e da doutrina da universalidade dos direitos e garantias fundamentais⁹.

Quanto às fontes legais institucionalizadas, os direitos civis clássicos de “primeira dimensão” surgiram e foram proclamados nas célebres declarações de direitos de Virgínia (1776) e da França (1789). Da mesma forma, tais direitos e garantias são positivados, incorporados e consagrados pela Constituição Americana de 1787 e pelas Constituições Francesas de 1791 e 1793. Por fim, recorda-se que o mais importante código privado dessa época – fiel tradução do espírito liberal-individual – foi o Código Napoleônico de 1804.

Direitos de “segunda dimensão”

São os direitos sociais, econômicos e culturais, direitos fundados nos princípios da igualdade e com alcance positivo, pois não são contra o Estado mas ensejam a garantia e a concessão a todos indivíduos por parte do poder público. Esses direitos são, como assevera Celso Lafer,

⁹ Consultar, a propósito: SARLET, Ingo W. Op. cit., p. 48-49; BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 516-518; LAFER, Celso. Op. cit., p. 126-127; BEDIN, Gilmar A. Op. cit., p. 43-61.

direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado, porque (...) foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade”¹⁰.

Na contextualização histórica dos direitos de “segunda dimensão” está mais do que nunca presente o surto do processo de industrialização e os graves impasses socio-econômicos que varreram a sociedade ocidental entre a segunda metade do século XIX e as primeiras décadas do século XX.

O capitalismo concorrencial evolui para a dinâmica financeira e monopolista, e a crise do modelo liberal de Estado possibilita o nascimento do Estado do Bem-Estar Social, que passa a arbitrar as relações entre o capital e o trabalho. O período ainda registra o desenvolvimento das correntes socialistas, anarquistas e reformistas. Não menos importante para os avanços sociais são: a posição da Igreja Católica com sua doutrina social (a Encíclica *Rerum Novarum*, de Leão XIII, 1891); os efeitos políticos das Revoluções Mexicana (1911) e Russa (1917); os impactos econômicos do keynesianismo e o intervencionismo estatal do *New Deal*. Cria-se a Organização Internacional do Trabalho (1919); o movimento sindical ganha força internacional; a socialização alcança a política e o Direito (nascem o Direito do Trabalho e o Direito Sindical)¹¹.

As principais fontes legais institucionalizadas estão positivadas na Constituição Mexicana de 1917, na Constituição Alemã de Weimar de 1919, na Constituição Espanhola de 1931 e no Texto Constitucional de 1934 do Brasil.

¹⁰ LAFER, Celso. Op. cit., p. 127.

¹¹ Observar: BEDIN, Gilmar A. Op. cit., p. 61-72; WOLKMER, Antonio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1989.

Direitos de "terceira dimensão"

São os direitos meta-individuais, direitos coletivos e difusos, direitos de solidariedade. A nota caracterizadora desses direitos "novos" é a de que seu titular não é mais o homem individual (tampouco regulam as relações entre os indivíduos e o Estado), mas agora dizem respeito à proteção de categorias ou grupos de pessoas (família, povo, nação), não se enquadrando nem no público, nem no privado.

Ao reconhecer os direitos de terceira dimensão é possível perceber duas posições entre os doutrinadores nacionais: a) *Interpretação abrangente acerca dos direitos de solidariedade ou fraternidade* (Lafer, Bonavides, Bedin, Sarlet)¹²: incluem-se aqui os direitos relacionados ao desenvolvimento, à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente sadio, à qualidade de vida, o direito de comunicação etc.; b) *Interpretação específica acerca de direitos transindividuais* (Oliveira Jr.)¹³: aglutinam-se os direitos de titularidade coletiva e difusa, adquirindo crescente importância o Direito ambiental e o Direito do consumidor.

Avançando na perspectiva da segunda interpretação, ensinam Sauwen e Hryniewicz que

*os direitos meta-individuais, sob o ponto de vista subjetivo (ou seja, quanto a sua titularidade), se caracterizam pela indeterminação dos titulares dos interesses, indeterminação (um grupo mais ou menos indeterminado de indivíduos). Do ponto de vista objetivo, tais direitos se caracterizam pela sua indivisibilidade, ou seja, a satisfação ou lesão do interesse não se pode dar de modo fracionado para um ou para alguns dos interessados e não para outros (...)*¹⁴.

¹² Ver: LAFER, Celso. Op. cit., p. 131-133; BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 522-524; BEDIN, Gilmar A. Op. cit., p. 73-78; SARLET, Ingo W. Op. cit., p. 50-52.

¹³ Ver: OLIVEIRA JR., José A. Op. cit., p. 86 e 100.

¹⁴ SAUWEN, Regina F.; HRYNIEWICZ, Severo. *O direito "in Vitro". Da Bioética ao Biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 53-54.

Aspecto nuclear dos direitos meta-individuais, a distinção entre direitos difusos e coletivos nem sempre fica muito clara, podendo-se dizer que o critério subjetivo os diferencia (maior ou menor indeterminação dos titulares do Direito). Os direitos difusos centram-se em realidades fáticas, “genéricas e contingentes, acidentais e mutáveis” que engendram satisfação comum a todos (pessoas anônimas envolvidas mas que gastam produtos similares, moram na mesma localidade etc.), enquanto os direitos coletivos envolvem interesses comuns no interior de organizações sociais, de sindicatos, de associações profissionais etc.¹⁵.

Na particularização desses “novos” direitos transindividuais, importa lembrar que os chamados direitos relacionados à proteção do meio ambiente e do consumidor começaram a ganhar impulso no período pós-segunda Guerra Mundial. A explosão das bombas atômicas em Hiroshima e Nagasaki, a mutilação e o extermínio de vidas humanas, a destruição ambiental e os danos causados à natureza pelo desenvolvimento tecnológico desencadearam a criação de instrumentos normativos no âmbito internacional. Igualmente uma política governamental em defesa dos consumidores foi sendo estabelecida nas décadas de 70 e 80 nos Estados Unidos e na Europa¹⁶. Como recorda o professor José Rubens M. Leite, os primeiros estudos no Brasil sobre a necessidade de instrumentos jurisdicionais para regulamentar interesses meta-individuais aparecem no final dos anos 70 (os trabalhos de José Carlos Barbosa Moreira e Ada Pellegrini Grinover). O coroamento

¹⁵ Cf. SAUWEN, Regina F.; HRYNIEWICZ, Severo. Op. cit., p. 54.

¹⁶ Consultar: CÁCERES, Eliana. “Os Direitos básicos do Consumidor – uma contribuição”. In: *Revista Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 10, abr./jun. 1994; NORONHA, Fernando. “Direito do Consumidor: surgimento, especificidades e relações com os direitos civil e comercial”. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFSC*. Florianópolis: Síntese, n. 2, p. 21-46. 1999.

de toda discussão foi a aprovação a Lei da Ação Civil Pública (nº 7.347/85), que disciplina e protege o meio ambiente, o consumidor, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico¹⁷.

Transformações sociais ocorridas nas últimas décadas, a amplitude dos sujeitos coletivos, as formas novas e específicas de subjetividades e a diversidade na maneira de ser em sociedade têm projetado e intensificado outros direitos que podem ser inseridos na “terceira dimensão”, como os direitos de gênero (dignidade da mulher, subjetividade feminina)¹⁸, direitos da criança¹⁹, direitos do idoso (Terceira Idade)²⁰, os direitos dos deficientes físico e mental, os direitos das minorias (étnicas, religiosas, sexuais)²¹ e novos direitos da personalidade (à intimidade, à honra, à imagem).

Por fim, interessa apontar as fontes na legislação nacional em que são contemplados, direta ou indiretamente, alguns dos principais direitos “novos” de “terceira dimensão”. A fundamentação é encontrada na Lei da

¹⁷ Cf. LEITE, José Rubens M. “Interesses Meta-individuais: conceitos – fundamentações e possibilidade de tutela”. In: OLIVEIRA JR., José de A. de; LEITE, José R. M. (Orgs.). *Cidadania coletiva*. Florianópolis: CPGD/Paralelo 27, 1996. p. 30-31. Para aprofundamento em “novos” direitos ambientais e ecológicos, examinar: SILVA-SÁNCHEZ, Solange S. *Cidadania ambiental: novos direitos no Brasil*. São Paulo: Humanitas/FFLSH, 2000; LEITE, José Rubens M. (Org.). *Inovações em direito ambiental*. Florianópolis: Fundação José A. Boiteux, 2000; VARELLA, Marcelo D.; BORGES, Roxana C. (Orgs.). *O novo em direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

¹⁸ Consultar: UFSC. *Anais fazendo Gênero*. Seminário de Estudos sobre a mulher. Centro de Publicações. Ponta Grossa: UEPG, 1996; BONACCHI, Gabriela; GROPPI, Angela. *O dilema da cidadania*. Direitos e deveres das mulheres. São Paulo: UNESP, 1995; BRUSCHINI, Cristina; HOLLANDA, Heloisa B. de (Orgs.) *Horizontes plurais*. Novos estudos de gênero no Brasil. São Paulo: Editora 34/Fundação Carlos Chagas, 1998.

¹⁹ Ver: VERONESE, Josiane Rose P. *Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

²⁰ Examinar: HADDAD, Eneida G. de Macedo. *O direito à velhice*. São Paulo: Cortez, 1993; RAMOS, Paulo R. Barbosa. “A Velhice na Constituição”. In: *Seqüência*. Florianópolis: UFSC, n. 38, p. 85-105. Jul./1999.

²¹ O reconhecimento e a problematização dos direitos das minorias (coletividades étnicas, raciais, religiosas, sexuais e outras) veja-se em: KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Paidós, 1996.

Ação Civil Pública (nº 7.347/85), na Constituição Brasileira de 1988 (direitos não-expressos ou atípicos, art. 5º, § 2º), no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11/09/1990).

Direitos de “quarta dimensão”

São os direitos referentes à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética. Trata dos direitos que têm vinculação direta com a vida humana, como a reprodução humana assistida (inseminação artificial), aborto, eutanásia, cirurgias intra-uterinas, transplantes de órgão, engenharia genética (“clonagem”), contracepção e outros.

Tais direitos de natureza polêmica, complexa e interdisciplinar vêm merecendo a atenção de médicos, juristas, biólogos, filósofos, teólogos, psicólogos, sociólogos e de uma gama de humanistas e profissionais da saúde. Reconhece Norberto Bobbio serem direitos de “quarta geração”, espelhando os “efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”²². Portanto, esses direitos emergiram no final do século XX e projetam grandes e desafiadoras discussões nos primórdios do novo milênio. Tal fato explica o descompasso e os limites da Ciência Jurídica convencional para regulamentar e proteger com efetividade esses procedimentos. Daí a prioridade de se redefinirem as regras, os limites e as formas de controle que conduzam a uma prática normativa objetivada para o bem-estar e não a ameaça ao ser humano. Essas questões preocupantes para toda a humanidade reforçam a necessidade imperativa de uma legislação internacional. Nesse sentido, comenta Regina Sauwen,

²² BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 06.

*os conflitos advindos (...) da sofisticação das técnicas de procriação assistida, do tráfico de embriões e de órgãos, da produção de armas bioquímicas, da prática de controle da natalidade, da clonagem e de outros “possíveis” à Engenharia Genética só poderão ser adequadamente resolvidos por meio de acordos internacionais*²³.

Cumpramos esclarecer que o progresso das ciências biomédicas e as verdadeiras revoluções tecnológicas no campo da saúde humana projetaram preocupações sobre a regulamentação ética envolvendo as relações entre a biologia, medicina e a vida humana. Daí o surgimento, nos anos 70, da reflexão bioética, que, tendo sido até então uma mera reflexão deontológica no âmbito da ética médica, vem lançando-se “a propósitos muito mais amplos”²⁴. Naturalmente, a bioética ganha importância por revelar-se instrumental interdisciplinar de base ética que visa a pesquisar, na esfera da saúde, os meios necessários para gerenciar, com responsabilidade, a vida humana em geral. Pela necessária normalização das novas exigências valorativas e pela normatização das formas de controle, incorpora-se à Bioética, o que se pode designar de Biodireito.

Ainda que o termo *bioética* tenha surgido em 1971 nos Estados Unidos (Universidade de Wisconsin) com Van Rensselaer Potter, a breve história da Bioética (do grego: “*bíos*” = vida + “*éthiké*” – ética) está associada a alguns fatos relevantes: a) as experiências dos médicos nazistas na II Guerra Mundial (Mengele) geram a primeira declaração de “regras bioéticas” em 1947, com o Código de Nuremberg (revisado posteriormente com a Declaração de Helsinque, em 1964); b) as pesquisas e o desenvolvimento das tecnologias no campo biomédico, principalmente com a procriação assistida (congelamento de espermatozoides ou de embriões, “mães de aluguel”)

²³ SAUWEN, Regina F.; HRYNIEWICZ, Severo. Op. cit., p. 57.

²⁴ SILVA, Reinaldo Pereira e. “Análise Bioética das Técnicas de Procriação Assistida”. In: *Ética & bioética*. Novo Direito e ciências médicas. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998. p. 119-120.

ao longo dos anos 70 e 80; c) as conquistas da engenharia genética através da “clonagem” (cópia genética idêntica) da ovelha Dolly, em fevereiro de 1997, na Escócia²⁵.

Resta observar que esses direitos reconhecidos como “novos” advindos da biotecnologia e da engenharia genética necessitam prontamente de uma legislação regulamentadora e de uma teoria jurídica (quer no que tange à aceitação de novas fontes, quer no que se refere às novas interpretações e às novas práticas processuais) capaz de captar as novidades e assegurar a proteção à vida humana.

Por fim, alguns subsídios legais que podem viabilizar fundamentos para os “novos” direitos da bioética: Código de Nuremberg (1947), Declaração de Helsinque (1964), Lei Brasileira da Biossegurança (nº 8.974), de 05/01/1995 e Lei de Doação de Órgãos (nº 9.434), de 04/02/1997. Existem vários projetos de lei tramitando no Congresso Nacional sobre clonagem, reprodução humana assistida e eutanásia²⁶.

Direitos de “quinta dimensão”

São os direitos advindos das tecnologias de informação (*Internet*), do ciberespaço e da realidade virtual em geral.

A passagem do século XX para o novo milênio reflete uma transição paradigmática da sociedade industrial para a sociedade da era virtual. É extraordinário o impacto do desenvolvimento da cibernética, das redes de

²⁵ Cf. SAUWEN, R. F.; HRYNIEWICZ, S. Op. cit., p. 11, 89 e 141; LEITE, Eduardo de O. “Da Bioética ao Biodireito: reflexões sobre a necessidade e emergência de uma legislação”. In: SILVA, Reinaldo Pereira (Org.). *Direitos humanos como educação para a justiça*. São Paulo: LTr, 1998. p. 107-109.

²⁶ Consultar: SAUWEN, R. F.; HRYNIEWICZ, S. Op. cit., p. 141-211. Para aprofundamento nas questões da bioética, examinar: PESSINI, Léio; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. 4 ed. São Paulo: Loyola, 1998; SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética*. São Paulo: Loyola, 1996, 2 vs.; JUNGES, José Roque. *Bioética*. Perspectivas e desafios. São Leopoldo: UNISINOS, 1999; BERLINGUER, Giovanni. *Questões de vida*. Salvador: APCE/HUCITEC/CEBES, 1993. Sobre a questão do biodireito, ver: DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

computadores, do comércio eletrônico, das possibilidades da inteligência artificial e da vertiginosa difusão da *internet* sobre o campo do Direito, sobre a sociedade mundial e sobre os bens culturais do potencial massificador do espaço digital. Observa Luiz Carlos C. Olivo que as mudanças substantivas confirmam que estamos na Era Digital, um novo período histórico não mais

*(...) baseado em bits, mas em átomos ou em coisas corpóreas. Esta é, então, a época do computador, do celular, do conhecimento, da informação, da realidade virtual, do ciberespaço, do silício, dos chips e microchips, da inteligência artificial, das conexões via cabo, satélite ou rádio, da Internet e da intranet, enfim, da arquitetura em rede*²⁷.

Frente à contínua e progressiva evolução da tecnologia de informação, fundamentalmente da utilização da *Internet*, torna-se fundamental definir uma legislação que venha regulamentar, controlar e proteger os provedores e os usuários dos meios de comunicação eletrônica de massa. O debate sobre a informatização do universo jurídico divide os “internautas” entre os que se opõem à incidência do Direito na realidade virtual e os que proclamam a aplicação da lei e da jurisprudência no âmbito do ciberespaço.

Este universo em expansão, constituído de redes de computadores e meios de transmissão, abre a perspectiva para o surgimento de “novos” direitos concentrados, como escreve Daniela Beppler, em

um Direito Civil da Informática e um Direito Penal da Informática. O primeiro englobaria relações privadas e que envolvem a utilização da informática, como por exemplo, programas, sistemas, direitos auto-

²⁷ OLIVO, Luís Carlos Cancellier de. “Aspectos Jurídicos do Comércio Eletrônico”. In: ROVER, Aires José (Org.). *Direito, sociedade e informática*. Limites e perspectivas da vida digital. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2000. p. 60.

*rais, transações comerciais, entre outros. O segundo, o Direito Penal da Informática (...) diz respeito às formas preventivas e repressivas, destinadas ao bom e regular uso da informática no cotidiano*²⁸.

Urge, pois, que o Direito se apresse a regulamentar a ciência da informática, o direito à privacidade e à informação e o controle dos crimes via rede, ou seja, a incitação de crimes, uso de droga, racismo, abuso e exploração de menores, pirataria, roubo de direitos autorais, ameaça e calúnia de pessoas, e tantos outros²⁹.

Em síntese, o debate sobre as fronteiras do Direito e o controle jurisdicional do espaço virtual da informática é extremamente atual, pois, como lembra Luís Carlos C. Olivo, enquanto o termo “ciberespaço”, utilizado por Willian Gibson (1984), enunciava o universo “dos computadores e a sociedade que os rodeia”, a expressão “*internet*” difundiu-se nos anos 89/90, a partir da criação da WWW, desenvolvida “pelo pesquisador Tim Berners-Lee, do Centro Europeu de Pesquisas Nucleares, em Londres”³⁰.

As fontes legislativas sobre o tema são escassas, destacando-se a existência de inúmeros projetos de leis tramitando no Congresso Nacional, principalmente sobre a punição à pornografia e à violência através de mensagens eletrônicas e da internet³¹.

²⁸ BEPLER, Daniela. “*Internet e Informatização: implicações no universo jurídico*”. In: ROVER, Aires J. (Org.). Op. cit., p. 121. A mesma preocupação é tratada em: OLIVO, Luís Carlos C. *Direito e internet. A regulamentação do ciberespaço*. Florianópolis: UFSC/CIASC, 1998. p. 43-56.

²⁹ Observar neste sentido: OLIVO, Luís Carlos C. *Direito e internet*. Op. cit., p. 43-70.

³⁰ OLIVO, Ibidem. p. 01.

³¹ Para o exame mais pormenorizado do Direito com a *internet*, o ciberespaço e o mundo virtual, pesquisar em: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.), *Direito & internet – aspectos jurídicos relevantes*. Bauru: Edipro, 2000; CORRÊA, Gustavo Testa. *Aspectos jurídicos da internet*. São Paulo: Saraiva, 2000; GRECO, Marco Aurélio. *Internet e direito*. São Paulo: Dialética, 2000; LÉVY, Pierre. *O que é o virtual?* São Paulo: Editora 34, 1996.

FUNDAMENTOS DOS “NOVOS” DIREITOS DO HOMEM

Preliminarmente importa questionar a natureza dos “novos” direitos enquanto necessidades humanas: são produtos de “gerações”, de uma evolução histórica (sucessão linear, gradual e cumulativa) ou são resultantes de um processo de permanente gestação, provocados por reivindicações e conflitos? A problematização da questão permite flexibilizar a concepção de que em cada época há direitos absolutos e específicos, impondo-se a idéia de direitos relativos e que nascem em qualquer momento enquanto necessidades ou exigências valorativas. É preciso ter claro que a realidade contemporânea tem viabilizado constantemente direitos humanos de natureza individual, social e meta-individuais. Até certo ponto pode-se concordar com Norberto Bobbio de que

os direitos do homem (...) são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (...). Nascem quando devem ou podem nascer³².

Ora, se o esquema evolutivo da passagem dos direitos de liberdade para os direitos sociais até a metade do século XX é aceito como correto, a mesma compartimentação, na advertência do Professor Paulo de T. Brandão, não pode ser aplicada aos “novos” direitos de terceira, quarta e quinta dimensões. Os direitos civis, políticos e sociais que se constituem, presentemente, não possuem o mesmo conteúdo ou significado histórico de quando foram reconhecidos e positivados nos séculos XVIII, XIX e nas primeiras décadas do século XX³³.

³² BOBBIO, Norberto. Op. cit., p.

³³ Cf. BRANDÃO, Paulo de Tarso. Op. cit., p. 123-124.

A propósito e de forma esclarecedora, veja-se como leciona apropriadamente Paulo de T. Brandão:

*(...) as gerações de direitos terminam por induzir o errôneo entendimento de que a evolução se dá sempre no sentido da coletivização do exercício dos direitos, o que não corresponde à realidade, (...), o espaço dos direitos de cunho individual continua a existir plenamente, evoluem e até se ampliam, como ocorreu com a tutela da intimidade (...)*³⁴.

Em sua tese do doutorado, o autor entende que o enquadramento dos “novos” direitos em “eras” ou “períodos” não contribui para maior clareza na

*enunciação dos direitos de quarta e quinta gerações, uma vez que estes contemplam direitos que se inserem entre os direitos tipicamente individuais, sociais e transindividuais. Os direitos decorrentes da biotecnologia e da bioengenharia geram direitos sociais, que podem dizer respeito ao consumidor quando se trata de alimentos modificados (...)*³⁵.

E podem fazer alusão ao meio ambiente, quando determinadas experiências geram desequilíbrio ao ecossistema ou mesmo daqueles direitos que não deixam de ser sob certo aspecto, de natureza individual, como a eutanásia, o transplante de órgãos ou a conservação artificial da vida³⁶. Também outro não é o entendimento de Brandão com referência aos “novos” direitos provenientes da realidade virtual, pois a ação danosa da inserção de vírus no computador de alguém “pode gerar um interesse de cunho meramente individual (...); ou um interesse de ordem coletiva e até mesmo transnacional”³⁷.

³⁴ BRANDÃO, Paulo de T. Op. cit., p. 126.

³⁵ Idem.

³⁶ Ibidem, p. 126-127.

³⁷ BRANDÃO, Ibidem, p. 127.

Posta a problematização, passa-se, agora, para algumas asserções sobre a *fundamentação* desses “novos” direitos. A tradição linear e evolutiva da afirmação e conquista de direitos não tem deixado de realçar o valor atribuído às “necessidades” essenciais de cada época. Assim se explica a razão da priorização de “necessidades” por liberdade individual, na Europa Ocidental do século XVIII; de “necessidades” por participação política no século XIX; e por maior igualdade econômica e qualidade de vida no século XX. A proposição nuclear aqui é considerar os “novos” direitos como afirmação de necessidades históricas na relatividade e na pluralidade dos agentes sociais que hegemonomizam uma dada formação societária. Neste sentido, como já foi descrito em outro contexto³⁸, importa assinalar que mesmo inserindo as chamadas necessidades em grande parte nas condições de qualidade de vida, bem-estar e materialidade social, não se pode desconsiderar as determinantes individuais, políticas, religiosas, psicológicas, biológicas e culturais. A estrutura das necessidades humanas que permeia o indivíduo e a coletividade refere-se tanto a um processo de subjetividade, modos de vida, desejos e valores, quanto à constante “ausência” ou “vazio” de algo almejado e nem sempre realizável. Por serem inesgotáveis e ilimitadas no tempo e no espaço, as necessidades humanas estão em permanente redefinição e criação³⁹. Por conseqüência, a situação de necessidades e carências constitui a razão motivadora e a condição de possibilidade do aparecimento de “novos” direitos.

As mudanças e o desenvolvimento no modo de viver, produzir, consumir e relacionar-se, de indivíduos, grupos e classes podem perfeitamente determinar anseios, desejos e interesses que transcendem os limites e as possibilidades do sistema, propiciando situações de necessidade, carência

³⁸ Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. “Sobre a Teoria das Necessidades: a condição dos ‘novos’ direitos”. In: *Alter Ágora. Revista do Curso de Direito da UFSC*. Florianópolis, n. 1, p. 42-47. Maio/94.

³⁹ Cf. WOLKMER, Antonio C. Op. cit., p. 43.

e exclusão. Uma projeção para espaços periféricos como o brasileiro demonstra que as reivindicações e as demandas, legitimadas por sujeitos sociais emergentes, incidem, prioritariamente, em direitos à vida, ou seja, direitos básicos de existência e de vivência com dignidade⁴⁰.

Claro está, portanto, que o surgimento e a existência dos “novos” direitos são exigências contínuas da própria coletividade frente às novas condições de vida e às crescentes prioridades impostas socialmente.

Enfim, o processo histórico de criação ininterrupta dos “novos” direitos fundamenta-se na afirmação permanente das necessidades humanas e na legitimidade de ação dos novos sujeitos sociais.

CONCLUSÃO

O clássico modelo jurídico liberal-individualista tem sido pouco eficaz para recepcionar e instrumentalizar as novas demandas sociais, portadoras de “novos” direitos referentes a dimensões individuais, coletivas, meta-individuais, bioéticas e virtuais. Tal situação estimula e determina o esforço de propor novos instrumentos jurídicos mais flexíveis e mais abrangentes, capazes de regular situações complexas e fenômenos novos.

É necessário, portanto, transpor o modelo jurídico individualista, formal e dogmático, adequando conceitos, institutos e instrumentos processuais no sentido de contemplar, garantir e materializar os “novos” direitos. No mesmo sentido, entende Roxana Borges que, mais do que nunca, urge criar e incorporar novas concepções de direito, que se pautem pela ampliação “de direitos individuais para a categoria de direitos coletivos *lato sensu* (...)”⁴¹ próprio da sociedade de massa. Importa, conseqüentemente,

⁴⁰ WOLKMER, *Ibidem*, p. 46.

⁴¹ BORGES, Roxana Cardoso B. “Processo, Ação Civil Pública e Defesa do Meio Ambiente: os direitos difusos em busca de uma concepção não-individualista de tutela e ampla legitimidade”. In: LEITE, José R. Morato (Org.). Op. cit., p.158.

“uma inesperada mudança no conceito de alguns institutos jurídicos, como processo, dano, propriedade, vida, e uma reordenação do sistema jurídico (...)” que permita priorizar “outros bens como objeto de proteção”, direcionando o modelo para uma concepção solidária do Direito⁴².

Por essa razão, começaram a surgir no ordenamento jurídico nacional novas figuras e novos instrumentos objetivando defender a coletividade, instaurando a tutela de interesses meta-individuais específicos, como são os casos da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), Lei nº 7.853/89 (Proteção às Pessoas Portadoras de Deficiência), Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e novos dispositivos sobre os direitos da personalidade introduzidos pela Constituição Brasileira de 1988 (Título II, capítulo I, art. 5º, incisos 5, 9, 10, 14, 25, 27 e 28)⁴³.

Certamente, cabe explorar as possibilidades do Direito positivo nacional que, inovadoramente, em sua dogmática constitucional enuncia e propõe que, além dos direitos e garantias fundamentais claramente expressos no texto (art. 5º, § 2º), não se excluem outros direitos “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Tal reconhecimento do legislador permite compreender a relevância da existência de uma múltipla gama de direitos emergenciais.

Em síntese, além das diretrizes abertas pela ordem constitucional (art. 5º, § 2º), cabe buscar não só instrumentos flexíveis advindos de um “novo” direito processual de ação e de uma nova postura dos operadores jurídicos, mas também direcionar a cultura jurídica para as práticas extrajudiciais de resolução dos conflitos e para a pluralidade de produção legal comunitário-participativa.

⁴² BORGES, Roxana Cardoso B. Op. cit., p. 160.

⁴³ Ver: BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 56-57.

BIBLIOGRAFIA

- ALDUNATE, José (Coord.). *Direitos humanos, direitos dos pobres*. São Paulo: Vozes, 1991. p. 191.
- BEDIN, Gilmar A. *Os direitos do homem e o neoliberalismo*. 2.ed. Ijuí: Unijuí, 1998. p. 39-78.
- BERLINGUER, Giovanni. *Questões de vida*. Salvador: APCE/Hucitec/Cebes, 1993.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 73.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 514-528.
- BONACCHI, Gabriela; GROPPI, Angela. *O dilema da cidadania*. Direitos e deveres das mulheres. São Paulo: Unesp, 1995.
- BRANDÃO, Paulo de T. *Ação civil pública*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996. p. 105.
- _____. *A tutela judicial dos “Novos” direitos: em busca de uma efetividade para os direitos típicos da cidadania*. Florianópolis: CPGD, 2000. p. 121-122. (Tese de Doutorado em Direito).
- BRUSCHINI, Cristina; HOLLANDA, Heloisa B. de (Orgs.). *Horizontes pluraes*. Novos estudos de gênero no Brasil. São Paulo: Editora 34/Fundação Carlos Chagas, 1998.
- CÁCERES, Eliana. “Os Direitos básicos do Consumidor – uma contribuição”. In: *Revista Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 10, abr./jun. 1994.
- CARLIN, Volnei I. (Org.). *Ética & bioética*. Novo Direito e Ciências Médicas. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998.
- CORRÊA, Gustavo Testa. *Aspectos jurídicos da internet*. São Paulo: Saraiva, 2000.

COVRE, Maria de Lourdes M. *O que é cidadania*. São Paulo: Brasiliense, 1991. p. 11-15.

DEMO, Pedro. *Participação é conquista*. São Paulo: Cortez, 1988. p. 61.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Os direitos fundamentais atípicos*. Lisboa: Aequitas/Editorial Notícias, 1995.

GRECO, Marco Aurélio. *Internet e direito*. São Paulo: Dialética, 2000.

HADDAD, Eneida G. de Macedo. *O direito à velhice*. São Paulo: Cortez, 1993.

KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Paidós, 1996.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 125-133.

LEITE, Eduardo de O. “Da Bioética ao Biodireito: reflexões sobre a necessidade e emergência de uma legislação”. In: SILVA, Reinaldo Pereira e (Org.). *Direitos humanos como educação para a justiça*. São Paulo: LTr, 1998. p. 107-109.

LEITE, José Rubens M. “Interesses Meta-individuais: conceitos – fundamentações e possibilidade de tutela”. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José de A. de; LEITE, José R. M. (Orgs.). *Cidadania coletiva*. Florianópolis: CPGD/Paralelo 27, 1996. p. 30-31.

LEITE, José Rubens M. *Inovações em direito ambiental*. Florianópolis: Fundação José A. Boiteux, 2000.

LÉVY, Pierre. *O que é o virtual?* São Paulo: Editora 34, 1996.

LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). *Direito & internet: aspectos jurídicos relevantes*. Bauru: Edipro, 2000.

MACPHERSON, C. B. *Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 37-52.

MARSHAL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1976. p. 57-114.

NORONHA, Fernando. “Direito do Consumidor: surgimento, especificidades e relações com os direitos civil e comercial”. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFSC*, Florianópolis: Síntese, n. 2, p. 21-46, 1999.

OLIVEIRA JÚNIOR, José A. de. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 83-96.

OLIVO, Luís Carlos Cancellier de. *Direito e internet*. A regulamentação do ciberespaço. Florianópolis: UFSC/CIASC, 1998. p. 43-56.

_____. “Aspectos Jurídicos do Comércio Eletrônico”. In: ROVER, Aires José (Org.). *Direito, sociedade e informática*. Limites e perspectivas da vida digital. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2000.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. 4.ed. São Paulo: Loyola, 1998.

RAMOS, Paulo R. Barbosa. “A Velhice na Constituição”. In: *Seqüência*, Florianópolis: UFSC, n. 38, p. 85-105, jul./1999.

SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998. p. 46-58.

SAUWEN, Regina F.; HRYNIEWICZ, Severo. *O direito “in Vitro”*. Da Bioética ao Biodireito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 53-54.

SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética*. São Paulo: Loyola, 1996, 2 vs.; JUNGES, José Roque. *Bioética*. Perspectivas e desafios. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

SILVA, Reinaldo Pereira e. “Análise Bioética das Técnicas de Procriação Assistida”. CARLIN, Volneir I. (Org.). In: *Ética & bioética*. Novo Direito e ciências médicas. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998. p. 119-120.

SILVA-SÁNCHEZ, Solange S. *Cidadania ambiental: novos direitos no Brasil*. São Paulo: Humanitas/FFLSH, 2000.

Universidade Federal de Santa Catarina. Fazendo gênero. In: SEMINÁRIO DE ESTUDOS SOBRE A MULHER. 1996, Ponta Grossa. *Anais...* Ponta Grossa: UEPG, 1996. Centro de Publicações.

VARELLA, Marcelo D.; BORGES, Roxana C. (Orgs.). *O novo em direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

VERONESE, Josiane Rose P. *Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1989.

_____. “Sobre a Teoria das Necessidades: a condição dos ‘novos’ direitos”. In: Alter Ágora. *Revista do Curso de Direito da UFSC*, Florianópolis, n. 01, p. 42-47, maio/1994.

_____. Pluralismo Jurídico: novo marco emancipatório na historicidade latino-americana. In: *Revista do SAJU*, Porto Alegre: UFRGS, n. 01, dez./1998.

_____. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Pluralismo jurídico – fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3.ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.