

NOVOS DIREITOS E SUA FUNDAMENTAÇÃO

Joice Graciele Nielsson
Raquel Cristiane Feistel Pinto

Resumo: O presente texto faz uma análise da trajetória histórica expansiva e vitoriosa dos direitos humanos, retomando seu processo de evolução e identificando a questão conceitual e sua fundamentação tradicional. Alcança os fenômenos que marcaram a segunda metade do século passado e a revolução pela qual todos estes pressupostos vêm passando, abarcados pelo fenômeno da multiplicação de novos direitos, que passam a exigir novos olhares e fundamentos por parte do direito. Neste sentido, busca-se estudar a percepção e a evolução dos direitos humanos, a fim de apontar os caminhos para uma possível e necessária nova fundamentação, não mais conceituando-os como apenas direitos do cidadão, mas como direitos humanos anteriores ao Estado e pertencentes a todo o ser humano.

Palavras-chave: Dignidade Humana. Direitos Humanos. Fundamentos. Novos Direitos.

Abstract: This paper makes an analysis of the expansive and successful historical trajectory of human rights, resuming its historical development process and identifying the conceptual issue and its traditional reasons, to achieve the phenomena that marked the second half of the last century and the revolution by all these assumptions comes through, embraced by the phenomenon of multiplication of new rights, which will demand new looks and grounds by the law. In this sense, we seek to study perception and the evolution of human rights in order to point the way for a possible and necessary foundation of new, not only conceptualized as citizen rights human rights but human rights or as previous state and the inherent all humans.

Keywords: Fundamentals. Human Dignity. Human Rights. New Rights.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O tema dos direitos humanos e fundamentais assumiu diversas teorias de conceituação e fundamentação ao longo dos séculos. Conhecidos como direitos naturais nos séculos XVII e XVIII, chamados de direitos públicos subjetivos pela doutrina alemã e francesa do século XIX, e convertidos em direitos humanos e fundamentais a partir das revoluções americana e francesa. Neste processo, seu conteúdo e abrangência também se alteraram, de acordo com as necessidades e lutas de cada momento histórico.

Essa diversidade de conceitos se origina da tentativa, em cada momento histórico, de fundamentá-los, conferindo finalidade e significado, ou seja, aliado fundamentos que expliquem sua origem, e a partir dela, traçar metas em prol de sua promoção, proteção e efetivação.

Neste contexto, as necessidades, os conflitos e os novos problemas colocados pela sociedade atual, neste início de milênio engendram também novas formas de direitos que desafiam e colocam em dificuldade a dogmática jurídica tradicional, seus institutos e suas modalidades individualistas de garantia.

Impõe-se a construção de um novo paradigma para a teoria jurídica, capaz de contemplar o constante e crescente aparecimento histórico de novos direitos. Estes, que se desvinculam de uma especificidade absoluta e estaque assumem cada vez mais um caráter relativo, difuso e metaindividual. Por isto, o estudo atento desses novos direitos, relacionados às esferas individual, social, meta-individual, bioética, ecossistêmica e de realidade virtual exige pensar e propor um novo instrumental teórico, novos olhares e novos fundamentos.

É o que se verá no desdobramento desta discussão teórica: primeiramente, a questão da conceituação e fundamentação tradicionais dos direitos humanos, passando pela análise da sua trajetória evolutiva ao longo da modernidade. Em um segundo momento a análise das transformações ocorridas no âmbito de tema a partir da metade do século passado, e a emergência dos assim chamados novos direitos. Por fim apresenta-se alguns pressupostos capazes de contribuir para a

delimitação de uma teoria dos direitos humanos capaz de abarcar os fenômenos atuais, ou seja, uma fundamentação para os assim chamados novos direitos.

1 O CONCEITO E A FUNDAMENTAÇÃO DOS DIRETOS HUMANOS

Fundamentar os direitos humanos é, no atual cenário de mudança de paradigmas, uma necessidade cada vez mais acentuada na doutrina jurídica, implicando na identificação das teorias ideológicas que explicam e influenciam seu conceito, finalidade, características e amplitude ao longo do tempo.

Fundamentar significa, em essência, buscar uma justificação racional, ou seja, delimitar materialmente seu conteúdo. Neste sentido, Fernández (1984, p. 84) afirma que as principais correntes doutrinárias que, desde o século XVII justificam os direitos humanos, podem ser enquadradas nas seguintes teorias: a fundamentação jusnaturalista, que considera direitos humanos como direitos naturais; a fundamentação historicista ou positivista, que considera direitos humanos a partir do processo histórico e reconhecimento e posituação dos direitos culturalmente incorporados, pelo Estado, ao patrimônio do indivíduo; a fundamentação ética, que consiste na consideração dos direitos humanos como direitos morais.

Considerando tais teorias, necessário se faz analisar o processo histórico de construção, evolução e afirmação dos direito humanos, sendo esta uma trajetória vitoriosa e expansiva, embora paradoxal. Nesta longa caminhada, se consolidaram como um horizonte de sentido ético e, em consequência, como um parâmetro de legitimidade das sociedades atuais, uma vez que pressupõem a existência de sólidos vínculos de solidariedades, alicerçados na dignidade de cada ser humano.

Comumente imagina-se que os direitos humanos sempre existiram, e que sua origem coincide com a do primeiro ser humano. No entanto, quando investiga-se tempos remotos nada é encontrado, porque, de acordo com Annoni (2008), essa concepção de ser humano e de direito não existia, durante um longo período de negação à condição e à dignidade humana, que permaneceu até que o declínio do feudalismo e a expansão do comércio na Europa conferiram poder econômico e político à classe média emergente, ansiosa por liberdades individuais. Foi neste

momento que, como bem sintetiza Bedin (1997), emergiu um novo modelo de sociedade, que instalou o ambiente propício para o surgimento dos direitos do homem.

Deste modo, foi com o desenvolvimento laico do pensamento jusnaturalista, nos séculos XVII e XVIII, que as ideias acerca da dignidade da pessoa humana ganharam importância. É aqui que os indivíduos, cidadãos típicos, passam a ser os responsáveis pela elaboração das leis do Estado Liberal e serão eles, do ponto de vista simbólico, o fundamento do estado, que não obedece a nenhuma autoridade anterior ou exterior (como deus ou a tradição), mas sim sua livre vontade (Bedin, 1997).

Os direitos naturais vão, portanto, encontrar fundamento no século XVIII, por meio dos filósofos e teorias iluministas, culminando na sua positivação em diversos e importantes instrumentos legislativos estatais, como a Declaração de Direito da Virgínia (Declaração de Independência dos Estados Unidos), 1776, e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, marco da Revolução Francesa.

No bojo das revoluções se afirmaram historicamente as primeiras noções do que hoje se conhece por direitos humanos, sendo que sua síntese e materialização é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que, fruto da Revolução Francesa, buscava declarar a solução do intervencionismo inerente ao Antigo Regime através de uma série de inovações (HOBBSAWM, 1995). A Declaração e seus institutos foram paulatinamente estendidas ao ocidente, o que, além do caráter inovador, garantiu também um caráter peculiar de universalização à mesma, porque tinha como referência valores e ideias universais.

Deste modo, ainda que os primórdios do modelo da legalidade devam ser encontrados na doutrina liberal clássica do Direito natural, no liberal-contratualismo e no racionalismo cartesiano, foi, segundo Wolkmer (2003), a França pós-revolucionária que reconheceu e consolidou a tese da universalização e da formalização dos direitos naturais do homem. Mais do que isto, influenciado pela Revolução Francesa, os Estados ocidentais passam a estruturar-se pelo modelo de Estado Constitucional (Estado de Direito) adotado pela França e Estados Unidos, elevando ao rol de direitos fundamentais os direitos naturais, até então reivindicados (WOLKMER, 2006).

Neste momento, o absolutismo monárquico e a burguesia vitoriosa insurgente consolidam o processo de uniformização burocrática que suplantará a ordenação medieval das instituições corporativas e da pluralidade dos sistemas jurídicos. Concomitantemente à racionalização do poder, afirma Wolkmer (2003) e ao deslocamento rumo à centralização política, o Direito da sociedade moderna passa por uma uniformização secular, subordinando suas instituições de aplicação da Justiça e aglutinando seus opressores jurídicos à vontade estatal soberana.

O fato é que se estimulou, sob a égide de um Estado-Nação unificado, o processo de integração dos múltiplos sistemas legais sob o fundamento da igualdade de todos os indivíduos perante uma legislação comum. Assim, em face de crescentes modificações, a sociedade moderna europeia não só favorece a emergência de uma estrutura centralizada de poder (Estado-Nação Soberano), como edifica uma concepção monista de regulação social e uma racionalização normativa técnico-formalista (ciência jurídica), que tem no Estado a fonte legitimadora por excelência, e que perdurou até meados do século XX.

Neste cenário, verifica-se a fundamentação dos direitos humanos a partir do positivismo jurídico, que terá no século XIX e primeira metade do século XX seu ápice ideológico. Constrói-se, assim, segundo Wolkmer (2003), a teoria e a prática jurídicas assentadas sobre uma concepção individualista, patrimonial e científica, em que o Direito expressa o que está na lei escrita e o Estado, a fonte direta e exclusiva de todas as normas sociais válidas.

Tal visão só vai passar a ser questionada a partir de meados do século XX, quando acontecimentos como a Segunda Guerra Mundial obrigam e o fim do domínio do Estado Nação e do projeto político jurídico da modernidade obrigam a uma reformulação, ainda em curso das concepções e fundamentos do Direito, da Justiça, e também dos Direitos Humanos.

1.1 O nascimento da ideia de Direitos

Em sua configuração atual, direitos humanos são uma construção da modernidade. Forjados durante os séculos XVIII e XIX, juntamente com o desabrochar de uma concepção individualista de sociedade, antes denominados

direitos naturais, encontraram seu apogeu no século passado, quando passaram a assumir os contornos ideológicos que conhecemos hoje, na atual concepção contemporânea de direitos humanos (PIOVESAN, 2004).

Enquanto construção da Modernidade são direitos históricos e universais, que surgiram gradualmente, sendo seu surgimento, reconhecimento e proteção, fruto de um processo de luta contra o poder e de busca de sentido para a humanidade. Desta forma, são também variáveis, configuram-se e reconfiguram-se enquanto construção histórica, uma invenção humana, para citar Arendt (1989), que não nascem todos de uma vez, nem de uma vez por todas como realça Bobbio (1992).

Perez-Luño aponta, de forma semelhante, que os direitos humanos são respostas a determinadas agressões e injustiças perpetradas contra grupos humanos e constituem um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.

De acordo com Bobbio (1992), o desenvolvimento e a mudança social estão diretamente vinculados ao nascimento, ampliação e universalização dos novos direitos. Essa multiplicação histórica se processou, por três razões: a) o aumento da “quantidade de bens considerados merecedores de tutela”; b) a extensão da “titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem”; c) o fato do homem não ser mais concebido como um ser genérico, abstrato, “mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc.”.

Neste sentido, embora consideremos insuficiente a fundamentação historicista ou positivista (FERNÁNDEZ, 1984), temos claro que, em face da universalidade e da ampliação destes, e a fim obtermos uma melhor compreensão e precisão, do ponto de vista didático, de seu conteúdo, titularidade, efetivação e sistematização, a melhor forma de compreensão se constitui na exposição do que grande parte da doutrina tem consagrado como uma evolução linear e cumulativa de “gerações” sucessivas de direitos, que agora passaremos a analisar.

Compartilhando as interpretações de Bonavides (2000), Sarlet (2004), e Wolkmer (2003), substituem-se os termos “gerações” por “dimensões”, e tendo

claras as “inter-relações e a indivisibilidade” de todos os direitos, a classificação utilizada neste trabalho, com relação às dimensões/gerações será meramente indicativa e seguirá o tradicional modelo proposto por Marshall (1967), e complementado por Bedin (1997)

1.2 As dimensões de Direitos e suas características

O processo de reconhecimento e afirmação dos chamados direitos humanos constitui uma verdadeira conquista da sociedade moderna ocidental. Isto porque, como já pudemos observar, é somente a partir deste momento que os direitos contra a opressão do Estado, considerados naturais e inalienáveis, adquirem relevância política e jurídica.

Os direitos humanos reconhecidos nesta época são direitos dos governados (agora cidadãos e não mais súditos) face ao poder soberano dos governantes e das arbitrariedades da sociedade, são assim, os direitos liberais de “**primeira dimensão**”, inspirados no contratualismo de cunho individualista, e que visam proteger a esfera individual dos cidadãos contra os abusos do Estado. Tanto a Declaração americana quanto a francesa “partem dos homens considerados singularmente; os direitos que elas proclamam pertencem a indivíduos considerados um a um, que os possuem antes de ingressarem em qualquer sociedade” (BOBBIO, 1992).

Tais direitos, segundo afirma Bedin, podem ser denominados de direitos civis ou liberdades civis básicas, sendo aqueles que estabelecem um marco divisório entre a esfera pública e a esfera privada. São os chamados direitos negativos, estabelecidos contra o Estado, dentre os quais estão “todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado” (BOBBIO, 1992). São integrantes desta categoria de direito as liberdades físicas; as liberdades de expressão; a liberdade de consciência; o direito de propriedade privada; os direitos da pessoa acusada; as garantias dos direitos.

Seguindo este caminho, a partir do século XIX, como resultado da luta dos trabalhadores pela universalização do voto e pela liberdade de organização, haverá a conquista de direitos individuais exercidos coletivamente, referentes à liberdade de

todos de participarem do “corpo político”. São os direitos políticos de “**segunda dimensão**” que, não são mais direitos contra o Estado, mas passam a garantir aos cidadãos, direitos de participar do Estado (BEDIN).

Sua incorporação surge de um processo em que o Estado liberal clássico, no qual a participação política era restrita às classes possuidoras, foi posto em crise pelo progressivo processo de democratização produzido pela gradual ampliação do sufrágio, incorporando-se assim uma série de novos direitos àqueles já pertencentes à categoria dos direitos humanos (BOBBIO, 1992). Fazem parte do grupo dos direitos políticos de segunda dimensão, de acordo com Bedin: direito ao sufrágio universal; direito de constituir partidos políticos; direito de plebiscito, de referendo e de iniciativa popular.

A estes direitos de primeira e segunda dimensão, se somam ainda uma “**terceira dimensão**”, a dos direitos econômicos e sociais, como direitos que se realizam por meio do Estado. Na sua contextualização histórica estão presentes o surto do processo de industrialização e os graves impasses socioeconômicos que varreram a sociedade ocidental entre a segunda metade do século XIX e as primeiras décadas do século XX, em um cenário no qual falar em garantia de liberdades individuais, sem que o homem houvesse satisfeito suas necessidades primárias, como alimentar-se, vestir-se, morar, ter condições de saúde, segurança diante da velhice, da doença, do desemprego.

Passaram a integrar o rol dos direitos humanos os direitos de cunho econômico e social, dentre os quais conforme Bedin, destacam-se: os direitos relativos ao homem trabalhador (que incluem direitos individuais e os direitos coletivos dos trabalhadores; direito à liberdade sindical e direito à greve); os direitos relativos ao homem consumidor (direito à seguridade social, direito à educação, à saúde e à habitação).

Ao contrário dos direitos civis, que requerem uma ação “negativa”, um “não-agir” por parte do Estado, o reconhecimento dos direitos sociais diz respeito a uma visão de Estado intervencionista - o chamado *Welfare State* - capaz de garantir aos seus cidadãos o acesso ao bem-estar social. Ocorre assim a transição do Estado Liberal para o Estado Social, sendo seus 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 os indivíduos por parte do poder público.

Estas três dimensões de direitos, que asseguram liberdades civis, participação política e garantias sociais são complementares e caracterizam a concepção moderna de cidadania, demonstrando a trajetória vitoriosa e expansiva dos direitos humanos. Este processo de ampliação da cidadania foi marcado por uma trajetória universalista e indivisível, que vem se ampliando a cada dia.

Por fim, passamos a analisar a “**quarta dimensão**” de direitos, aqueles à que Bedin denominou de direitos de solidariedade, que surgiram no final da primeira metade do século XX, tendo como marco o ano de 1948, e compreendem os direitos do homem no âmbito internacional. Sua origem está na situação de revolução mundial e de guerra total que assinala o século XX (HOBBSAWM, 1995) cujos riscos e problemas que não alcançam apenas cada cidadão individualmente em cada nação, mas em termos intercontinentais ou até mesmo mundiais.

Neste sentido, importa reconhecer que a segunda metade do século XX inaugura a Era dos Direitos, como foi tratada por Louis Henkin, em sua famosa obra de mesmo nome (KENKIN, 1990). As atrocidades cometidas pelas duas guerras mundiais e pelos movimentos nazistas e fascistas da Europa trouxeram mais do que a preocupação com o futuro da humanidade, a certeza de que a vida era frágil e precisava ser protegida.

É nesta esteira que o Direito Internacional dos Direitos Humanos “surge em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial” (PIOVESAN, 1997). É neste momento histórico que observamos uma ruptura com a ordem até então estabelecida, representada pelo evento do totalitarismo ao desconsiderar a dignidade da pessoa humana. Deste processo, emergiu a necessidade de reconstruir os direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral, ou seja, o direito a ter direitos, ou ainda, o direito a ser sujeito de direitos, segundo Hannah Arendt na leitura de Piovesan (1997). Dessa maneira, é possível sustentar que a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos e o pós-guerra deveria significar sua reconstrução, levando ao processo de internacionalização dos direitos humanos.

Esta quarta dimensão de direitos identifica-se basicamente com quatro direitos que a compõe: o direito ao desenvolvimento; o direito ao meio ambiente sadio; direito à paz e; o direito à autodeterminação dos povos. Tratam-se de prerrogativas do gênero humano, essencialmente difusas, que inovam no tratamento dos direitos humanos, não sendo mais direitos contra o Estado, direitos de participar no Estado ou direitos por meio do Estado, mas sim, direitos sobre o Estado.

Logicamente esta definição não é exaustiva, uma vez que esta categoria é ainda bastante heterogênea e inclui as reivindicações dos movimentos pacifistas e ecológicos, como o direito à solidariedade internacional e o direito a viver em um ambiente saudável e protegido, e esta questão faz alusão também a experiências individuais, como a eutanásia, o transplante ou a conservação artificial da vida.

Há ainda os direitos de categorias sociais específicas, como os direitos de gênero (dignidade da mulher, subjetividade feminina), os direitos da criança e do adolescente, os direitos dos idosos, dos deficientes físicos e mentais, os direitos das minorias (étnicas, religiosas) à livre orientação sexual, dos indígenas e populações tradicionais, e os novos direitos ao livre desenvolvimento da personalidade (à intimidade, à honra, à imagem).

Para além disso, vinculado à proteção da pessoa humana em virtude de sua dignidade, vale destacar os novos direitos da pessoa à proteção contra eventuais excessos cometidos em sede de manipulações genéticas, inclusive fundamentando o que seria um novo “direito à identidade genética da pessoa humana”, ainda não contemplado como tal no nosso direito formal. SARLET (2009, p.116).

Há que se destacar ainda os novos direitos advindos das tecnologias de informação, do ciberespaço e da realidade virtual em geral. A expansão da rede de computadores e a internet abrem a perspectiva para o surgimento de uma série de novos sujeitos e demandas, como a garantia do direito à privacidade e à informação, e o controle dos crimes cometidos nesta esfera.

Por fim, há os direitos advindos da profunda e acelerada evolução da ciência, que inquietam e trazem dilemas éticos a toda a sociedade, e principalmente ao direito, sendo denominados por muitos autores como o campo da Bioética que envolvem pesquisas nos campos das nanotecnologias e da própria criação e

recriação da vida humana. Diante de tais conhecimentos, o Direito não consegue oferecer soluções corretas e compatíveis, se mostrando muitas vezes inerte, com seu equipamento conceitual defasado.

Assim, a partir da primeira metade do século XX, inicia-se a progressiva construção de um arcabouço internacional de proteção dos direitos humanos, formado por um conjunto de declarações, pactos, convenções e órgãos especializados da Organização das Nações Unidas (ONU). O regime global de direitos humanos, que vai além do domínio reservado das jurisdições nacionais, procura fornecer parâmetros para a atuação dos atores estatais no que diz respeito aos direitos humanos.

Os anos que se seguiram foram repletos de novas Conferências para se discutir a implementação das recomendações da Declaração e o reconhecimento de novos direitos, como os **direitos de gênero** - IV Conferência Mundial sobre a Mulher (1995); **ao desenvolvimento** - Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (1994); e Cúpula Mundial para o Desenvolvimento (1995); **à proteção dos refugiados** - Convenção de Ottawa (1997); **ao direito ao meio ambiente** - Protocolo de Kyoto (1997); Protocolo de Cartagena sobre a Segurança da Biotecnologia relativa ao Convenio sobre a Diversidade Biológica (2000); e a Conferência de Johannesburgo – Rio +20 (2002); **ao combate à corrupção** - Convenção das Nações Unidas contra a corrupção (2003); **ao combate ao terrorismo** - Convenio Internacional para a repressão de atos de terrorismo (2005); e ainda a **proteção às pessoas contra toda a forma de exploração** - Convenção das Nações Unidas sobre os direitos das Pessoas Portadoras de Necessidades Especiais (2006); e Convenção Internacional para a Proteção de todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado (2006), dentre outros.

Estes direitos difusos e coletivos, conhecidos como direitos de quarta dimensão, aos quais modernamente convencionou-se chamar de novos direitos, exigem, contudo, bem mais do que o reconhecimento de novos sujeitos, bens e direitos juridicamente tutelados. Exigem, sim, um novo olhar sob os velhos institutos, uma reformulação do Estado, do Direito e da Sociedade.

2 FUNDAMENTOS DOS NOVOS DIREITOS

Podemos afirmar que, neste momento de virada de milênio, vive-se uma crise dos paradigmas de fundamentação, em um cenário composto por novos atores sociais, demandas e necessidades emergenciais, conflitos plurais e degradação ambiental. Nesse contexto, segundo Wolkmer (2003), o paradigma tradicional da ciência jurídica, da teoria do Direito convencional vem sendo desafiado a cada dia em seus conceitos, institutos e procedimentos. Para amparar e fundamentar a emergência de novos direitos é necessário, utilizando a classificação de Fernández (1984), avançarmos da consideração histórica ou positivista para uma concepção/definição ética dos direitos humanos, o que implica fundamentá-los eticamente, considerando-os como direitos morais.

A expressão Direitos morais é recente, nascida em meados do século XX, para determinar as exigências do indivíduo, segundo valores morais básicos, como a dignidade da pessoa humana. Seus defensores resgatam a ideia de direitos humanos anteriores e superiores ao Estado de Direito, e que devem ser, portanto, reconhecidos e respeitados por todos em qualquer parte do mundo.

Neste sentido, de acordo com Perez-Luño, direitos humanos devem ser considerados em sua definição finalística ou teleológica, ou seja, conceituados como aqueles essenciais ao desenvolvimento digno da pessoa humana. Nesse sentido, enquanto direitos morais os direitos humanos teriam o status de critérios de julgamento ou princípios norteadores das condutas e comportamentos de Estados, organizações e seres humanos, constituindo-se como verdadeiro sistema de valores, um sistema axiológico de caráter geral (ROBLES, 2005). Ou, como na definição de Bielefeld (2000, p. 47), “um novo *ethos* de liberdade que, pela crise dessa era, tornou-se possível e, ao mesmo tempo, imprescindível”.

A teoria contemporânea dos direitos humanos, portanto, de acordo com Annoni (2008), percebe o ser humano e seus direitos como únicos, universais, indivisíveis e atemporais, integrados e interligados ao meio ambiente continuamente, o que permite explicar a existência simultânea de diferentes dimensões, interdependentes e de caráter *erga omnes*, e não hierarquicamente valorados. Este olhar aglutina o advento da “era dos direitos” ao desenvolvimento da



moderna teoria da justiça, que teve em Kant sem marco inicial, seguida pelas obras de Rawls, Dworki e Alexy.

Nesse sentido, a teoria contemporânea dos direitos humanos, que propõe a estes um fundamento ético atinge a maior extensão possível de pessoas e direitos, apresentando como pressupostos basilares a tese da individualidade dos direitos humanos e a visão holística dos direitos em todos os planos de acesso e influência do indivíduo, sendo, portanto, a única capaz de abarcar, em sua totalidade, a compreensão do fenômeno dos novos direitos.

Sob tal fundamento, ao observarmos a evolução histórica apresentada no primeiro tópico deste trabalho, podemos perceber que a tradição linear 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.

Portanto, compartilhamos a proposição de Wolkmer (2003), de considerar os novos direitos, eticamente fundamentados, como afirmação de necessidades históricas na relatividade e na pluralidade dos agentes sociais que hegemonomizam uma dada formação societária. Neste sentido, 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 em sua determinação.

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 consoante “ausência”, “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 criação. “Por consequência, as situações de necessidade e carência constituem a razão motivadora e a condição de possibilidade do aparecimento de ‘novos’ direitos” (WOLKMER, 2003).

As mudanças e o desenvolvimento no modo de viver, produzir, consumir e se relacionar dos indivíduos, grupos e classes podem perfeitamente determinar anseios, desejos e interesses que transcendem os limites e as possibilidades de cada sistema, gerando reivindicações e demandas legitimadas por novos sujeitos sociais emergentes. Desta forma, claro está que o surgimento e a existência dos “novos” direitos são exigências contínuas e particulares da própria coletividade diante das novas condições de vida e das recentes prioridades impostas socialmente.

Com relação ao uso do termo “novos” direitos (WOLKMER, 2003), compartilhamos a posição de Wolkmer (2003), para quem, embora os direitos novos nem sempre sejam realmente “novos”, e a novidade muitas vezes reside no modo de obtenção (e fundamentação), que não se restringe necessariamente ao reconhecimento legislativo e jurisprudencial, mas resulta de um processo dinâmico e complexo de lutas específicas e de conquistas coletivas.

Assim, a conceituação de novos direitos deve ser compreendida como a afirmação contínua e a materialização pontual de necessidades individuais (pessoais), coletivas (grupos) e metaindividuais (difusas) que emergem informalmente de toda e qualquer ação social, advindas de práticas conflituosas ou cooperativas, estando ou não previstas ou contidas na legislação estatal positiva, mas que acabam se instituindo formalmente (WOLKMER, 2003).

Enfim, o processo histórico de criação ininterrupta dos novos direitos fundamenta-se na afirmação permanente das necessidades humanas específicas e na legitimidade de ação dos novos atores sociais, capazes de implementar práticas diversificadas de relação entre indivíduos, grupos e natureza.

Para contemplar, garantir e materializar tais novos direitos e seus atores é necessário, portanto, transpor o modelo jurídico individualista, formal e dogmático, adequando seus conceitos, institutos e instrumentos, ainda pautados pelo paradigma do positivismo da modernidade, afim de que reconheçam a profunda e necessária vinculação entre Direito, Dignidade e Justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A era dos direitos ainda não acabou. Na verdade, ao que parece, este processo ainda vai perdurar por muitas décadas e novos direitos, bem como novos conceitos sobre velhos temas, ainda vão fomentar estudos e embates nos mais diversos ramos da ciência e dos saberes.

As décadas de 70 e 80 consolidaram a força dos movimentos sociais, e novos sujeitos de direito foram incorporados ao rol dos instrumentos regulatórios, tanto no plano interno como no âmbito internacional. A década de 90 presenciou a explosão, de novas tecnologias e, novamente, por consequência, de novos objetos de tutela e preocupação jurídica, como bioética e a questão das nanotecnologias.

No cenário internacional, a crescente preocupação com a proteção dos direitos humanos originou o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Dessa forma, os novos direitos ampliam o conceito de direitos fundamentais, internacionalizando-os e concebendo-os como o direito essencial à manutenção da paz, da vida e da integridade de todos os seres.

Com efeito, a ampliação de sujeitos, bens e direitos merecedores de tutela ocorrida, em especial, a partir da década de 90, quando o fenômeno da internet eliminou as fronteiras e as barreiras do tempo, ainda não atingiu seu limite. Mas já se pode vislumbrar uma nova tendência, novas necessidades, novas possibilidades.

Este novo paradigma cobre, como dito, a reformulação do papel do Estado e do Direito. Em verdade, clama por um novo Estado, menos burocrático e mais atento às demandas sociais, e por um Direito mais justo e solidário.

Aos direitos humanos, não resta outra senão a definição finalística que se traduz na proteção da dignidade da pessoa humana, e exige, como fundamento, a teoria ética, que considera todos os direitos humanos como valores morais imperativos a serem respeitados por todos os povos de modo atemporal e acultural. Sob tais premissas é que podemos começar a delinear os horizontes para a construção de uma teoria geral dos novos direitos.

REFERÊNCIAS

ANNONI, Danielle. Perspectiva histórica dos direitos humanos e os novos direitos. In: SILVA, Reinaldo Pereira e (Org.). **Novos direitos**: conquistas e desafios. Curitiba: Juruá, 2008.

ARENDDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BEDIN, Gilmar Antonio. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. Ijuí: Ed. UNIJUÍ, 1997.

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. **A era dos direitos**. 11. ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **A tutela judicial dos “novos” direitos**: em busca de uma efetividade para os direitos típicos da cidadania. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: CPGD, 2000.

FERNÁNDEZ, Eusebio. **Teoría de la justicia y derechos humanos**. Madrid: Debate, 1984.

HENKIN, Louis. **The age of rights**. New York: Columbia University Press, 1990.

HOBSBAWM, Eric J. **Era dos extremos**. O breve século XX, 1914-1991. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 2002.

_____. **La universidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. In **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, ano 1, n. 1, 2004.

_____. Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. In: _____. (Coord.). **Direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2006.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 2. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2002.

ROBLES, Gregório. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Barueri: Manole, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Dignidade da pessoa humana e “novos direitos” na Constituição Federal de 1988: algumas aproximações. In: MARTEL, Leticia de Campos Velho (Org.). **Estudos contemporâneos de direitos fundamentais**. Curitiba: Lumen Juris, 2009.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997. v. 1.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Síntese de uma história das idéias jurídicas**. Da antiguidade clássica à modernidade. Florianópolis: Boiteux, 2006.