

INTRODUÇÃO AOS FUNDAMENTOS DE UMA TEORIA GERAL DOS “NOVOS” DIREITOS

INTRODUCTION TO ELEMENTS OF THEORY GENERAL OF “NEW” RIGHTS

ANTONIO CARLOS WOLKMER

Professor Titular de História das Instituições Jurídicas dos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da UFSC. Doutor em Direito e membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (RJ). Pesquisador integrante do CNPq. CONPEDI e SBPC. Consultor “ad hoc” da CAPES e pesquisador da Fondazione Cassamarca (Treviso-Itália). Professor visitante de cursos de Pós-graduação em várias universidades do Brasil e do exterior (Universidad Pablo de Olavide, Sevilha-Espanha).

RESUMO

A moderna cultura jurídica expressa o fenômeno histórico de que cada época reproduz uma prática jurídica específica vinculada às relações sociais e às necessidades humanas. Atualmente, devido aos impactos provenientes do “espaço-tempo mundial”, expressos na conjunção de problemas ambientais e na mundialização da economia, se presencia uma crise na cultura jurídica, vive-se o deslocamento de modelos de fundamentação e a transição para novos paradigmas de conhecimento, de representação institucional e de representação social. Estes são fluxos que refletem na efetivação da Justiça. Sendo assim, o arcabouço normativista da moderna teoria jurídica convencional é pouco eficaz e não consegue atender a extensão competitiva das atuais sociedades globalizadas. Desse modo, as novas necessidades e conflitos precisam de “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.

PALAVRAS-CHAVE: Novos direitos, tutela jurisdicional, dimensão de direitos fundamentais.

ABSTRACT

The modern legal culture expresses the historical phenomenon that every time you reproduce a specific legal practice linked to social relations and human needs. Currently, due to impacts from the "space-time" world, expressed in the conjunction of environmental problems and globalization of the economy, it witnesses a crisis in legal culture, live the displacement models of reasoning and the transition to new paradigms of knowledge , representing institutional and corporate representation. These are flows that reflect the realization of justice. Thus, the normative framework of conventional modern legal theory is ineffective and fails to meet the extension of the current competitive globalized societies. Thus, the new needs and conflicts need "new" forms of rights that challenge and put in difficulty the traditional legal doctrine, its institutes and their formal and material modes individualistic guardianship.

KEYWORDS: new rights, guardianship rights, fundamental rights dimension.

1. INTRODUÇÃO

A moderna cultura jurídica, nascida na Europa Ocidental entre os séculos XVII e XIX, foi engendrada por longo processo interativo de fatores, como: o modo produtivo capitalista, a organização social burguesa, a projeção doutrinária liberal-individualista e a consolidação política da centralização estatal. Essa dinâmica expressa o fenômeno histórico de que cada época reproduz uma prática jurídica específica vinculada às relações sociais e às necessidades humanas. Por certo que o absolutismo monárquico e a burguesia vitoriosa urgente consolidam o processo de uniformização burocrática que suplantará a ordenação medieval das instituições corporativas e da pluralidade dos sistemas jurídicos. Concomitantemente a racionalização do poder e ao deslocamento rumo a centralização política, o Direito da sociedade moderna passa por uma uniformização secular, subordinando suas instituições de aplicação da Justiça e aglutinando seus operadores jurídicos à vontade estatal soberana. Ainda que os primórdios do modelo da legalidade devam ser encontrados na doutrina clássica do Direito natural, no liberal-contratualismo e no racionalismo cartesiano, foi a França pós-revolucionária que reconheceu e consolidou a tese da universalização e da formalização dos direitos naturais do

homem. O certo 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 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. Constrói-se, neste sentido, a teoria e a prática jurídica 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.

Entretanto, esta ordenação paradigmática que sustentará os modelos de Estado e Direito Modernos tem sofrido, nas últimas décadas do século XX, fortes impactos provenientes do "espaço-tempo mundial", expressos na conjunção de problemas ambientais e na mundialização da economia.

Nessa perspectiva, constata-se que o projeto da modernidade europeia está em crise: vive-se o deslocamento de modelos de fundamentação e a transição para novos paradigmas de conhecimento, de representação institucional e de representação social. Como assinalado em outro contexto¹, o arcabouço normativista da moderna teoria jurídica convencional é pouco eficaz e não consegue atender a extensão competitiva das atuais sociedades globalizadas "(...) que passam por distintas espécies de reprodução do capital, por acentuadas contradições sociais e por fluxos que refletem tanto crises de legitimidade quanto crises na efetivação da Justiça". Os impasses e insuficiências do atual paradigma da ciência jurídica tradicional abrem, lenta e constantemente, o horizonte para as mudanças e construção de novos paradigmas, direcionados para uma perspectiva pluralista, flexível e interdisciplinar². A teoria jurídica formalista, instrumental e individualista vem sendo profundamente questionada por meio de seus conceitos, de suas fontes e de seus institutos e das múltiplas transformações tecno-científicas, das práticas de vida diferenciadas, da complexidade crescente de bens valorados e de necessidades básicas, bem como da emergência de atores sociais portadores de

¹ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: novo marco emancipatório na historicidade latino-americana. Revista do SAJU. Porto Alegre: UFRGS, n. 01, dez. 1998, p. 152.

² Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 1-3

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 novo paradigma para a teoria jurídica em suas dimensões civil, pública e processual, capaz de contemplar o constante e o crescente aparecimento histórico de "novos" direitos que se desvinculam de uma especificidade absoluta e estaque assumem caráter relativo, difuso e individual. Trata-se de uma verdadeira revolução inserida na combalida e nem sempre atualizada dogmática jurídica clássica. O estudo desses "novos" direitos relacionados às esferas individual, social, metaindividual, bioética, ecossistêmica e de realidade exige pensar e propor instrumentos jurídicos adequados para viabilizar sua materialização e para garantir sua tutela jurisdicional, seja por meio de um novo Direito Processual, seja por meio de uma Teoria Geral das Ações Constitucionais. É o que se verá no desdobramento desta discussão teórica: primeiramente, a questão histórica e conceitual dos "novos" direitos; e finalmente, a proposição acerca dos instrumentos jurídicos capazes de garantir a tutela dos "novos" direitos.

2. NATUREZA E HISTORICIDADE DOS "NOVOS" DIREITOS

As teses de que os homens possuem direitos naturais que antecedem qualquer sociedade política se fortaleceram no século XVIII com a Declaração de Virginia (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 a liberdade e a dignidade humana. O processo de reconhecimento e afirmação de direitos do homem chamados de "fundamentais" constituiu uma verdadeira conquista da sociedade moderna ocidental. Esse processo do nascimento de direitos novos referentes ao homem, 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 sociedade³. Assim, para o pensador italiano o desenvolvimento e a mudança social estão diretamente vinculados com o nascimento, a ampliação e a 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."⁴.

Por certo, os "novos" direitos 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 desses "novos" direitos, objetivando precisar seu conteúdo, titularidade, efetivação e sistematização, um certo grupo de doutrinadores tem consagrado uma evolução linear e cumulativa 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 Norberto Bobbio, C. B. Macpherson, Maria de Lourdes M. Covre, Celso Lafer, Paulo Bonavides, Gilmar A. Bedin; W. Sarlet, Jose Alcebiades de Oliveira Jr. e outros⁵. Possivelmente a classificação dos direitos civis, políticos e sociais feita por 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-a integralmente, seja atualizando-a e ampliando as

³ **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 73. Sobre o aparecimento dos direitos do homem, consultar: SODER, Jose. **Direitos do homem**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960.

⁴ Op. cit., p. 68.

⁵ Cf MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, :-6. 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. 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, o. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 5144; BEDIN, Gilmar A. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. 2. Ed. Ijuí: Unijuí, 1998. p. 39-78; SARLET, logo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 46-58; OLIVEIRA JUNIOR, José A. de **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 83-96.

"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 críticos que vêm sendo feitos por autores nacionais (Paulo Bonavides, Ingo W. Sarlet, Paulo de T. Brandão e Antonio Augusto Cançado Trindade)⁶ 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:

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 introduzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade⁷.

Igualmente adverte Cançado Trindade que "as compartimentalizações dos direitos", defendida pela "teoria das 'gerações' de direitos", não contribui para uma compreensão mais lúcida da trajetória do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Para que tal formulação "(...) continue a expandir-se e fortalecer-se, impõem-se a visão necessariamente integral dos direitos humanos, a abarcar todos os domínios da atividade humana (o civil, o político, o econômico, o social, o cultural)"⁸.

Tendo em vista a compreensão atual do fenômeno dos "novos" direitos, far-se-á uma digressão histórica da moderna concepção dos direitos do homem (também cunhados de direitos humanos ou fundamentais)⁹ no que se refere ao seu conteúdo,

⁶ 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]. Entrevista com Antonio Augusto Cançado Trindade. In: Proposta, n. 92, mar./maio 2002, p. 39-56.

⁷ Op. cit., p. 525

⁸ Op. cit., p. 48

⁹ De acordo com a doutrina mais recente, alguns autores tendem a distinguir a denominação de "direitos humanos" (direitos numa esfera global) de "direitos fundamentais" (direitos tutelados e consagrados na constituição de um país), dando a entender que cada uma possui um sentido e um alcance. Assim sendo, os direitos humanos ou os direitos do homem podem ser compreendidos "como os direitos humanos para todos os homens em todos os lugares, pelo simples fato de serem homens. Os direitos fundamentais, por sua vez, podem ser entendidos como direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacialmente ou, em outras palavras direitos que o direito (positivo) vigente de cada Estado assim qualifica". Observar nesse sentido: RAMOS, Paulo Roberto B. **O direito a velhice**. São Paulo: pue, 2001. p. 79-80. [Tese de Doutorado em Direito]. Igualmente: BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 514.

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 tempos em tempos, mas resultam num processo de fazer-se e de complementariedade permanente¹⁰. Tendo claras a "inter-relação e a indivisibilidade" de todos os direitos, e levando em conta as tipologias de Marshall, Bobbio, Sarlet e Oliveira Jr.¹¹, propõe-se, na esteira do último autor, a ordenação histórica dos "novos" direitos em cinco grandes "dimensões".

2. 1. 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".

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 por meio das chamadas revoluções norte-americanas (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 fundamentais.¹²

Quanto às fontes legais institucionalizadas, os direitos civis clássicos de "primeira dimensão" surgiram e foram proclamados nas célebres Declarações de

¹⁰ Cf SARLET, Ingo W. Op. Cit., p. 47.

¹¹ Em seu livro **Teoria jurídica e novos direitos** (Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2000, p. 85-86, 99-100), influenciado pelas “faces evolutivas” do Direito moderno de N. Bobbio, o Prof. José Alcebíades 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. 6.

¹² Cf. SARLET, Ingo W. Op. cit., p. 47.

Direitos da Virginia-EUA (1776) e da França (1789). Da mesma forma, tais direitos e garantias são positivados, incorporados e consagrados pela Constituição Norte-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.

2.2 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 sua garantia e concessão a todos indivíduos por parte do poder público. Esses direitos são, como assevera Celso Lafer,

Direitos de crédito do indivíduo em relação a coletividade. Tais direitos - como o direito ao trabalho, à saúde, a 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 individualidade¹³.

Na contextualização histórica dos direitos de "segunda dimensão" está mais do nunca presente 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.

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, de 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)¹⁴.

¹³ LAFER, Celso. Op. Cit., p. 127.

¹⁴ Observar: BEDIN, Gilmar A. Op. cit., p. 61-72; WOLKMER, Antonio Carlos. (**Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil**). São Paulo: Acadêmica, 1989.

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.

2.3 Direitos de “terceira dimensão”

São os direitos metaindividuais, direitos coletivos e difusos, direitos de solidariedade. A nota caracterizadora desses "novos" direitos 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 a 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* (Lafér, Bonavides, Bedin, Sarlet)¹⁵ - 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.)¹⁶ - aglutinam-se aqui 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 metaindividuais, sob o ponto de vista subjetivo (ou seja, quanto à 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 (...).¹⁷

Aspecto nuclear dos direitos metaindividuais, 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 físicas, "genéricas e contingentes, acidentais e

¹⁵ 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.

¹⁶ Ver: OLIVEIRA JR., Jose A. de. Op. cit., p. 86 e 100.

¹⁷ **O direito "in vitro": da bioética ao biodireito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 53-54.

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.¹⁸

Na particularização desses "novos" direitos transindividuais importa lembrar que os chamados direitos relacionados a proteção do meio ambiente e do consumidor começaram a ganhar impulso no período pós-Segunda Guerra Mundial (1945-1950). A explosão das bombas atômicas em Hiroshima e Nagasaki, a mutilação e extermínio de vidas humanas, a destruição ambiental e os danos causados a 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 1970 e 1980 nos Estados Unidos e na Europa¹⁹. Como recorda o Prof. Jose Rubens M. Leite, os primeiros estudos no Brasil sobre a necessidade de instrumentos jurisdicionais para regulamentar interesses metaindividuais aparecem no final dos anos 1970 (os trabalhos de Jose Carlos Barbosa Moreira e Ada Pellegrini Grinover). O coroamento de toda discussão foi a aprovação da Lei da Ação Civil Pública (n. 7.347/85), que disciplina e protege o meio ambiente, o (consumidor, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico).²⁰

As transformações sociais ocorridas nas últimas décadas, a amplitude dos sujeitos coletivos, as formas novas e específicas de objetividades 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)²¹, os direitos da criança²², os direitos do idoso

¹⁸ Cf. SAUWEN, Regina E; HRYNIEWICZ, Severo. Op. cit., p. 54.

¹⁹ Consultar: CÁCERES, Eliana. Os direitos básicos do consumidor - uma contribuição. **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. **Revista da Faculdade de Direito da UFSC**. Florianópolis: Síntese, n. 2, p. 21-46, 1999.

²⁰ Cf. LEITE, Jose Rubens M. Interesses meta-individuais: conceitos - fundamentações e possibilidade de tutela. In: OLIVEIRA JR., Jose de A. de; LEITE, José R. M. (Org.). **Cidadania coletiva**. Florianópolis: CPGD/Paralelo 27, 1996. p. 10-31. Para aprofundamento em "novos" direitos ambientais e ecológicos, examinar SILVA-SANCHEZ, Solange S. **Cidadania ambiental: novos direitos no Brasil**. São Paulo: Humanitas/FFLGH, 2000; LEITE, Jose Rubens M. (Org.). **Inovações em direito ambiental**. Florianópolis: Fundação José A. Boiteux, 2000; VIRELLA, Marcelo D.; BORGES, Roxana C. (Org.). **O novo em direito ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

²¹ Consultar: UFSC. **Anais fazendo gênero**. Seminário de Estudos sobre a mulher. (Centro de Publicações. Ponta Grossa: UEPG, 1996; BONACCHI, Gabriela; IROPPI, Angela. **O dilema da cidadania: direitos e deveres das mulheres**. São Paulo: Unesp, 1995; BRUSCHINI, Cristina; HOLLANDA, Heloisa B. de (Org.). **Horizontes plurais: novos estudos de gênero no Brasil**. São

(Terceira Idade)²³, os direitos dos deficientes físico e mental²⁴, os direitos das minorias (étnicas, religiosas, sexuais)²⁵ e os novos direitos da personalidade (a intimidade, a honra, a imagem).

Por fim, interessa apontar as fontes na legislação nacional em que são contemplados, direta ou indiretamente, alguns dos principais "novos" direitos de "terceira dimensão". A fundamentação é encontrada na Lei da Ação Civil Pública (n. 7.347/85), na Constituição brasileira de 1988 (direitos não-expressos ou atípicos, art. 5º, § 2º), no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) e no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11-9-1990).

2.4 Direitos de “quarta dimensão”

São os "novos" direitos referentes à biotecnologia, a bioética e a regulação da engenharia genética. Trata dos direitos específicos que tem vinculação direta com a vida humana, como a reprodução humana assistida (inseminação artificial), aborto, eutanásia, cirurgias intra-uterinas, transplantes de órgãos, 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 permitira manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo"²⁶. Portanto, esses "novos" direitos emergiram no final do

Paulo: Editora 34/ Fundação Carlos Chagas, 1998; SEGUIN, Elida (Org.). **O direito da mulher**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999; STREY, Marlene N. et al. (Orgs.). **Construções e perspectivas em gênero**. São Leopoldo: Unisinos, 2000.

²² Ver: VERONESE, Josiane Rose P. **Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

²³ Examinar HADDAD, Eneida G. de Macedo. **O direito à velhice**. São Paulo: Cortez, 1993; RAMOS, Paulo R. Barbosa. **A velhice na Constituição. Sequência**. Florianópolis: UFSC, n. 38, p. 85-105, jul. 1999; SEGÚN, Elida. **O Idoso. Aqui e agora**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001; NOVAES, Wladimir. **Direito dos Idosos**. São Paulo: LTr, 1997.

²⁴ ROBERT, Cinthia. **O direito do deficiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

²⁵ O reconhecimento e a problematização dos direitos das minorias (coletividades étnicas, raciais, religiosas, sexuais e outras) vejam-se em: KYMLICKA, Will. **Ciudadania multicultural: una teoria liberal de Los derechos de Las minorias**. Barcelona: Paidós, 1996; SEGUIN, Elida (Coord.) **Direito das minorias**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

²⁶ BOBBIO, Norberto. Op. Cit.,p. 6

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 à uma prática normativa objetivada para o bem-estar e não para 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:

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.²⁷

Cumprido 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 1970, 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".²⁸ 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 a 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: bios = vida + ethiki = ética) está associada a alguns fatos relevantes: a) às experiências dos médicos nazistas na II Guerra Mundial (Mengele) geram a primeira declaração de "regras bioéticas" em 1947, com o Código de Nuremberg (revisto 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 esperma ou de embriões, "mães de

²⁷ SAUWEN, Regina F.; HRYNIEWICZ, Severo. Op. cit., p. 57.

²⁸ SILVA, Reinaldo Pereira e. **Análise bioética das técnicas de procriação assistida**. III: CARLIN, Volnei I. (Org.). **Ética & bioética: novo direito e ciências médicas**. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998. p. 119-120.

aluguel") ao longo dos anos 1970 e 1980; c) as conquistas da engenharia genética por meio da "clonagem" (cópia genética idêntica) da ovelha Dolly, em fevereiro de 1997, na Escócia.²⁹

Resta observar que esses "novos" direitos advindos da biotecnologia e da engenharia genética necessitam prontamente de uma legislação regulamentadora e de uma teoria jurídica (quer no que tange a aceitação de novas fontes, quer no que se refere as novas interpretações e às novas praticas 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 (n. 8.974), de 5-1-1995 e Lei de Doação de Órgãos (n. 9.434), de 4-2-1997. Existem vários projetos de lei tramitando no Congresso Nacional sobre clonagem, reprodução humana assistida e eutanásia.³⁰

2.5 Direitos de “quinta dimensão”

São os "novos" 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 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 Luis Carlos C. de Olivo que as mudanças substantivas confirmam que estamos na Era Digital, um novo período histórico não mais,

(...) baseado em bits, mas em Momos ou em coisas corpóreas. Esta e, então, a época do computador, do celular, do conhecimento, da informação, da realidade virtual, do ciberespaço, do silício, dos chips

²⁹ Cf. SAUWEN, R. F.; HRYNIEWICZ, S. Op. cit., p. 11, 8ge 141; LEITE, Eduardo de O. Da bioética ao Biodireito: reflexões sobre a necessidade e emergência de uma legislação. In: SILVA, Regina do Pereira e (Org.). **Direitos humanos como educação para a Justiça**. São Paulo: LTr, 1998. p. 107-109.

³⁰ Consular: SAUWEN, R. F.; HRYNIEWICZ, S. Op. cit., p. 141-211. Para aprofundamento nas questões da bioética, examinar: PESSINI, Leo; BARCHIIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 4. ed. São Paulo:

e microchips, da inteligência artificial, das conexões via cabo, satélite ou radio, da Internet e da intranet, enfim, da arquitetura em rede".³¹

Diante da contínua e progressiva evolução da tecnologia de informação, fundamentalmente da utilização da internet, torna-se fundamental definir uma legislação que venha regulamentar, controlar, 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 a 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 autorais, transações comerciais, entre outros. O segundo, o Direito Penal da Informática (...) diz respeito as formas preventivas e repressivas, destinadas ao bom e regular uso da informática no cotidiano.³²

Urge, pois, que o Direito se apresse em regulamentar a ciência da informática, o direito à privacidade e à informação e o controle dos crimes via rede, ou seja, incitação de crimes de uso de droga, de racismo, de abuso e exploração de menores, pirataria, roubo de direitos autorais, ameaça e calúnia de pessoas, e tantos outros.³³

Em síntese, o debate sobre as fronteiras do Direito e o controle jurisdicional do espaço virtual da informática e extremamente atual, pois, como lembra Luis Carlos C. Olivo, enquanto o termo "ciberespaço", utilizado por William Gibson (1984), enunciava o universo "dos computadores e a sociedade que os rodeia", a expressão "internet" difundiu-se nos anos 1989/90, a partir da criação da WWW, desenvolvida

³¹ OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. Aspectos jurídicos do comércio eletrônico. In: ROVER, Aires Jose (Org.). **Direito, sociedade e informática**: limites e perspectivas da vida digital. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p. 60.

³² BEPPLER, Daniela. Internet e informatização: implicações no universo jurídico. In: ROVER, Aires J. (Org.). Op. cit., p. 121. A mesma preocupação e tratada em: OLIVO, Luis Carlos C. de. **Direito e internet**: a regulamentação do ciberespaço. Florianópolis: UFSC/CIASC, 1998. p. 43-56.

³³ Observar neste sentido: OLIVO, Luis Carlos C. de. **Direito e internet**, cit., p. 43370.

"pelo pesquisador Tim Bemers-Lee, do Centro Europeu de Pesquisas Nucleares, em Londres".³⁴

As fontes legislativas sobre o tema são escassas, destacando-se a existência de inúmeros projetos de lei tramitando no Congresso Nacional, principalmente sobre a punição à pornografia e a violência por meio de mensagens eletrônicas e da internet.³⁵

3. PROBLEMATIZAÇÃO E FUNDAMENTOS DOS "NOVOS" DIREITOS

Preliminarmente importa questionar a natureza dos "novos" direitos: são produtos de "gerações", de uma evolução histórica (sucessão linear, gradual e cumulativa) ou são resultantes de um processo de permanente gestação e inter-relação, provocadas por reivindicações, conflitos e ações cooperativas? A problematização da questão permite transpor a concepção de que em cada época há direitos absolutos e específicos, impondo-se a ideia de direitos relativos e que nascem em qualquer momento enquanto necessidades ou exigências valorativas. E precise ter claro que a realidade contemporânea tem viabilizado constantemente "novos" direitos de natureza individual, social e metaindividuais. Até certo ponto pode-se concordar com Norberto Bobbio 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 nascer.³⁶

Ora, se o esquema evolutivo da passagem dos direitos de liberdade para os direitos sociais até a metade do século XX e aceito como correto, a mesma compartimentação, na advertência do Prof. 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

³⁴ OLIVO, **Direito e internet**, cit., p. I.

³⁵ Para o exame mais pormenorizado do Direito com a internet, o ciberespaço e o mundo virtual, pesquisar em: DE LUCCA, Newton; SIMAO FILHO, Adalberto (Coord.). **Direito & internet** - aspectos jurídicos relevantes. Bauru: Edipro, 2000; CORREA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. São Paulo: Saraiva, 2000; GRECO, Marco Aurelio. *Internet e direito*. São Paulo: Dialética, 2000; LEVY, Pierre. **O que é o virtual?** São Paulo: Editora 34, 1996.

³⁶ BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 5.

conteúdo ou significado histórico de quando foram reconhecidos e positivados nos séculos XVIII, XIX e nas primeiras décadas do século XX.³⁷

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 a realidade (...). O espaço dos direitos de cunho individual continua a existir plenamente, evoluem e até se ampliam, como ocorreu com a tutela da intimidade (...).³⁸

Em sua tese de 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 (...)³⁹.

E podem fazer alusão ao meio ambiente, quando determinadas experiências geram desequilíbrio ao ecossistema ou mesmo aqueles direitos que não deixam de ser, sob certo aspecto, de natureza individual, como a eutanásia, o transplante de órgãos ou a conservação artificial da vida.⁴⁰ 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".⁴¹

Posto o questionamento crítico, passa-se, agora, para algumas asserções sobre a *fundamentação* desses "novos" direitos. 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

³⁷ Cf. BRANDÃO, Paulo de T. **A Tutela judicial dos "novos" direitos**, cit., p. 123-124.

³⁸ Idem, ibidem, p. 126.

³⁹ Idem, ibidem.

⁴⁰ Idem, ibidem, p. 126-127.

⁴¹ Idem, ibidem, p. 127.

"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 contexto⁴², 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 criação⁴³. Por consequência, as situações de necessidade e carência constituem 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 e exclusão. Uma projeção para espaços periféricos como o brasileiro demonstra que as reivindicações e as demandas, legitimadas por sujeitos sociais emergentes, incidem, prioritariamente, sobre direitos a vida, ou seja, direitos básicos de existência e de vivência com dignidade.⁴⁴

Claro está, portanto, 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 crescentes prioridades impostas socialmente.

Ainda que os chamados "novos" direitos nem sempre sejam inteiramente "novos", na verdade, por vezes, o "novo" é o modo de obter direitos que não passam mais pelas vias tradicionais- legislativa e judicial-, mas provem de um processo de lutas específicas e conquista das identidades coletivas plurais para serem

⁴² Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. Sobre a teoria das necessidades: a condição dos "novos" direitos. *Alter Ágora. Revista do Curso de Direito da UFSC*. Florianópolis, n. 01, p. 42-47, maio 1994.

⁴³ Cf. WOLKMER, Antonio C. Sobre a teoria ... , *Alter Ágora*, cit., p. 43.

⁴⁴ Idem, ibidem, p. 46. A propósito, ver: SARLET, logo W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

reconhecidos pelo Estado ou pela ordem pública constituída. 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.⁴⁵

O lastro de abrangência dos "novos" direitos, legitimados pela consensualidade de novos sujeitos sociais, não está rigidamente estabelecido ou sancionado por procedimentos técnico-formais, porquanto diz respeito a direitos concebidos pelas condições de vida e exigências de um devir, direitos que "só se efetivam, se conquistados".⁴⁶

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.

4. TUTELA JURISDICIONAL DOS "NOVOS" DIREITOS

Ficou realçado até o momento que, na virada do milênio, vive-se uma crise dos paradigmas de fundamentação num cenário composto por novos atores sociais, demandas e necessidades emergenciais, conflitos plurais e degradação do ecossistema. Nesse contexto, o paradigma tradicional da ciência jurídica, da teoria do Direito (na esfera pública e privada) e do Direito Processual convencional vem sendo desafiado a cada dia em seus conceitos, institutos e procedimentos. Diante das profundas e aceleradas transformações por que passam as formas de vida e suas modalidades complexas de saber (genética, biotecnologia, biodiversidade, realidade virtual etc.), o Direito não consegue oferecer soluções corretas e compatíveis com os novos fenômenos, "o Direito tem-se mostrado inerte, com seu 'equipamento conceitual' defasado em

⁴⁵ Idem, ibidem, p. 46.

⁴⁶ DEMO, Pedro. **Participação é conquista**. São Paulo: Cortez, 1988. p. 61. Ver também: ALDUNATE, José (Coord.). **Direitos humanos, direitos dos pobres**. São Paulo: Vozes, 1991

relação aos avanços sociais impostos pelas ciências relacionadas com a Bioética, e com sua visão centrada preponderantemente (...) na norma".⁴⁷

E necessário, portanto, transpor o modelo jurídico individualista, formal e dogmático, adequando seus 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* (...)" ⁴⁸, própria das sociedades de massas. Importa, conseqüentemente, "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 interdisciplinar e solidária do Direito.⁴⁹

Partindo dessa avaliação, avança-se, agora, para algumas breves reflexões doutrinárias sobre as reais possibilidades de tutela jurisdicional dos chamados "novos" direitos.

Primeiramente, a menção o de alguns autores (Roxana Borges, Jose R. Morato Leite), que assinalam certo avanço dos tribunais superiores ao reconhecer a legitimidade de se propor ação civil publica em defesa dos direitos difusos, particularmente aqueles "novos" direitos referentes ao meio ambiente e aos consumidores. Comenta oportunamente o Prof. Jose R. Morato Leite que a processualística atual, por pressão das mudanças e dos novos conflitos sociais, passou por verdadeira revolução ao comec;ar a contemplar os crescentes interesses transindividuais. Salienta ainda que o ingresso, no Poder Judiciário, de ações que tratavam

(...) sobre a defesa coletiva do meio ambiente, consumidor, criança e adolescente, aposentado etc. ha duas décadas atrás significaria abordar temas que não faziam parte real do mundo jurídico e muito menos do direito processual. (...) Houve de fato uma superas;ao do processo civil clássico ligado essencialmente aos interesses intersubjetivos, para uma adaptação a solução de conflitos de massa; com vistas a esta adaptas;ao decorreu a necessidade da remodelação de antigos dogmas da processualística tradicional,

⁴⁷ SALDANHA, C. B.; BRANDÃO, P. T.; FERNANDES, T. B. Bioética e Biodireito. In: CARLIN, Volnei I. (Org.). Op. cit., p. 102.

⁴⁸ BORGES, Roxana Cardoso B. **Processo, ação civil publica e defesa do meio ambiente**: os direitos difusos em busca de uma concepção não-individualista de tutela e ampla legitimidade. In: LEITE, Jose R. Morato (Org.). **Inovações em direito ambiental**, cit., p. 158.

⁴⁹ BORGES, Roxana Cardoso B. Op. cit., p. 160.

principalmente os atinentes a coisa julgada, a legitimação e poder do Juiz.⁵⁰

Por esta razão, começaram a surgir no ordenamento jurídico nacional novas figuras e novos instrumentos objetivando defender a coletividade, instaurando a tutela de interesses metaindividuais específicos, como são os casos da Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), Lei n. 7.853/89 (Proteção às Pessoas Portadoras de Deficiência), Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), Lei n. 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, n. V, IX, X, XIV, XXV, XXVII e XXVIII).⁵¹

Reconhecida a importância desses mecanismos legais já consagrados, faz-se necessário avançar ainda mais no sentido de tentar viabilizar as possibilidades de uma teoria geral para a tutela dos "novos" direitos. Diante da insuficiência do modelo jurídico liberal individualista, abre-se a perspectiva de procedimentos estratégicos pluralistas e mais democráticos, ou seja, a produção legislativa e a resolução de conflitos no interior do Direito oficial (Poder Judiciário) e no espaço do Direito não-oficial (instâncias comunitárias descentralizadas).⁵²

Primeiramente, 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. 52, § 22), 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.⁵³

Um outro aspecto para se problematizar na esfera dos aparatos jurídico oficiais e que, como adverte Paulo de T. Brandão, na busca de "instrumentos efetivos para a tutela de direitos adjetivados como 'novos'", os doutrinadores ou operadores jurídicos ficam sempre no senso comum de encontrar uma saída dentro

⁵⁰ LEITE, Jose R. Morato. Interesses meta-individuais: conceitos - fundamentações e possibilidade de tutela. In: **Cidadania coletiva**, cit., p. 28-29.

⁵¹ Consultar: BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 56-57

⁵² Ver, nesse sentido: WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico** - fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001. p. 286 e s.

⁵³ A discussão e a natureza da temática envolvendo os chamados "direitos fundamentais atípicos" são, rica e densamente, tratadas por Jorge Bacelar Gouveia, em sua obra: **Os direitos fundamentais atípicos**. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1995.

do próprio Direito Processual convencional, qual seja: "a proposta principal e a da necessidade da modificação do Processo Civil" ou de "um Processo Civil mais avançado".⁵⁴ Para o autor, uma vez que a teoria geral do Direito Processual Civil não consegue contemplar adequadamente a complexidade e a porosidade dos "novos" direitos, ha que se encontrar a garantia de sua tutela na instrumentaliza:ao das chamadas Ações Constitucionais, que integram hoje o ordenamento jurídico nacional no que, doutrinariamente, se designaria como Direito Constitucional Processual.⁵⁵ Portanto, para o jurista catarinense, o "novo" direito de as:ao que informa e justifica tanto a tutela de "novos" direitos quanta as ações constitucionais, "em nada se confunde com o direito de as:ao a que se refere o Direito Processual Civil"⁵⁶. Assim, na busca de elementos para uma teoria geral dos "novos" direitos, alem das diretrizes abertas pela ordem constitucional (art. 52, § 22) e dos instrumentos flexíveis advindos de um "novo" direito de ação e de uma nova postura de seus operadores, importa assentar a rica complementação que podem revelar e oferecer as práticas extrajudiciais e a pluralidade auto-reguladora no espaço do Direito não-oficial.

Como já se examinou na obra Pluralismo jurídico - fundamentos de uma nova cultura no direito, diante da existência de limitações nos procedimentos, impõe-se a ousadia da criação de mecanismos alternativos, assentados em ações legislativas rápidas, efetivas e simplificadas, e em instancias jurisdicionais socialmente mais eficazes, informais e descentralizadas. Ao transpor os obstáculos para um acesso mais efetivo it Justiça por parte dos novos atores individuais, coletivos e transindividuais, e forçosa a exigência de uma gama de alterações profundas e inovações radicais que transcendam as esferas tradicionais de jurisdição, alcançando formas menos rígidas, mais céleres e plurais de procedimentos processuais.⁵⁷ Tais implicações vão desde as modalidades de gerar a produção de "novos" direitos até a sua apreciação jurisdicional por tribunais descentralizados, democráticos e com maior participação comunitária. Cabe destacar, dessa forma, no interior do Direito positivo estatal, a utilização não só de um Judiciário reformado e mais democrático, mas a ampliação e efetivação de outras instancias reguladoras

⁵⁴ BRANDÃO, Paulo de T. **A tutela judicial dos "novos" direitos**, cit., p. 177, 190 e 194.

⁵⁵ Idem, ibidem, p. 181, 19, 193 e 263.

⁵⁶ BRANDÃO, Paulo de T. **Ação civil pública**, cit., p. 105. Consultar ainda: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

⁵⁷ Cf. WOLKMER, Antonio C. **Pluralismo jurídico**, cit., p. 308.

dos conflitos que envolvem "novos" direitos, como a mediação, a conciliação, a arbitragem e os Juizados Especiais (Cíveis e Criminais). Por fim, no âmbito das práticas extrajudiciais e na pluralidade da legalidade não-oficial, a resolução de conflitos gerados por "novos" direitos passa por,

Novas modalidades não-institucionais de negociação e mediação, juízos arbitrais e Júri popular; formas ampliadas e socializadas de juizados especiais de pequenas causas; extensão e fragmentação de comitês ou conselhos populares de Justiça; criação de tribunais de bairros e de vizinhança; Justiça distrital, Juizados e Juntas itinerantes.⁵⁸

Em síntese, há de se reconhecer que hoje toda e qualquer dissolução referente à formulação de uma teoria geral sobre o fenômeno dos chamados "novos" direitos passa, obrigatoriamente, por alguns pontos, como sua natureza (especificidade), sua fundamentação (critérios e justificativa) e sua instrumentalização processual (um "novo" direito de ação).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como ficou claro na presente reflexão, a teoria e a prática do Direito moderno vem continuamente sofrendo nas últimas décadas o impacto da aglutinação de problemas essenciais, como as transformações nas condições de vida, a explosão demográfica, a globalização da economia e a degradação ambiental. Em consequência, 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, metaindividuais, bioéticas e virtuais. Tal situação estimula e determina o esforço de propor novos instrumentos jurídicos mais flexíveis, mais ágeis e mais abrangentes, capazes de regular situações complexas e fenômenos novos.

Procurou-se, também, expressar e as similar posturas inovadoras, como a de Paulo de T. Brandão⁵⁹ que, mesmo considerando aceitável, sob o aspecto meramente pedagógico, a divisibilidade dos direitos em "gerações", afasta-se de tais tipologias que não conseguem, nos dias atuais, explicar satisfatoriamente os fatos juridicizados. E a afirmação de que, no contexto mais recente, os direitos absolutos

⁵⁸ WOLKMER, Antonio C. **Pluralismo jurídico**, cit., p. 309.

⁵⁹ **Tutela Judicial**, cit. P. 262.

(individuais e coletivos) perdem espaço para os direitos relativos, contextualizados e solidários.

Por último, a proposição central de toda discussão: as incursões e o esboço preliminar de uma teoria geral do Direito (civil, público e processual) que tenha legitimidade e validade para instrumentalizar a efetiva tutela dos "novos" direitos. As horizontes para a construção de uma teoria geral dos "novos" direitos estão sendo delineados: alguns indícios apontam na direção do pluralismo jurídico (atores coletivos emergenciais, exigências valorativas contínuas, necessidades e lutas específicas e diversidade intercultural) do novo Direito Processual, da nova forma de interpretar e aplicar o Direito e do novo agente operador da Justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALDUNATE, Jose (Coord.). **Direitos humanos, direitos dos pobres**. São Paulo: Vozes, 1991.

BARBOZA, Heloisa H. e BARRETTO, Vicente de P. (Orgs.). Op. cit. BEDIN, Gilmar A. **Os direitos do homem e neoliberalismo**. 2. ed. Ijuí: Unijui, 1998.

BEPPLER, Daniela. Internet e informatização: implicações no universo jurídico. In: ROVER, Aires J. (Org.). **Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

BERLINGUER, Giovanni. **Questões de vida**. Salvador: APCEI Hucitec/Cebes, 1993.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 3. ed. Rio, Forense Universitária, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONACCHI, Gabriela; GROPPA, Ângela. **O dilema da cidadania: direitos e deveres das mulheres**. São Paulo: Unesp, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **A tutela judicial dos "novos" direitos**: em busca de uma efetividade para os direitos típicos da cidadania. Florianópolis: (PGD, 2000 [Tese de Doutorado em Direito].

BRANDÃO, Paulo de T. **Ação civil pública**. Florianópolis: Obra Ilirretica, 1996.

BRUSCHINI, Cristina; HOLLANDA, Heloisa B. de (Org.) **Horizontes plurais**: novos estudos de gênero no Brasil. São Paulo: Editora 34/Fundação Carlos Chagas, 1998.

CÁCERES, Eliana. Os direitos básicos do consumidor - uma contribuição. **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.

CORREA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. São Paulo: Saraiva, 2000.

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

DE LUCCA, Newton; SIMA.O FILHO, Adalberto (Coord.). **Direito & internet** - aspectos jurídicos relevantes. Bauru: Edipro, 2000.

DEMO, Pedro. **Participação e conquista**. São Paulo: Cortez, 1988.

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.

JUNGES, Jose Roque. Bioética. **Perspectivas e desafios**. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

KYMLICKA, Will. **Cidadania multicultural**: una teoria liberal de los derechos de las minorias. Barcelona: Paidós, 1996.

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

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

_____. Interesses meta-individuais: conceitos - fundamentações e possibilidade de tutela. In: OLIVEIRA JUNIOR, Jose A. de; LEITE, Jose R. M. (Org.). **Cidadania Coletiva**. Florianópolis: CPGDI Paralelo 27, 1996. p. 30-31.

LEVY, Pierre. **A tutela judicial dos "novos" direitos**: em busca de uma efetividade para os direitos típicos da cidadania. Florianópolis: CPGD, 2000. [Tese de Doutorado em Direito].

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

MACPHERSON, C. B. **Ascension e queda da justiça econômica e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 4. ed. Sao Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

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

NOVAES, Wladimir. **Direito dos idosos**. São Paulo: LTr, 1997.

OLIVEIRA JUNIOR, Jose A. de. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. Aspectos jurídicos do comercio. In: ROVER, Aires Jose (Org.). **Direito, sociedade e informática**: limites e perspectivas da vida digital. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

_____. **Direito e internet**: a regulamentação do ciberespaço. Florianópolis: UFSC/CIASC, 1998.

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

RAMOS, Paulo R. Barbosa. **A velhice na Constituição**. Sequência. Florianópolis: UFSC, n. 38, p. 85-105,jul. 1999.

_____. **O direito à velhice**. Silo Paulo: PUC, 2001 [Tese de Doutorado em Direito].

ROBERT, Cinthia. **O direito do deficiente**. Rio de Janeiro: Lumen Illilll.1999.

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

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SAUWEN Regina F.; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito "in vitro"**: da bioética ao biodireito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997 .

_____. (Org.) **O direito da mulher**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999 . .

O IDOSO. AQUI E AGORA. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SÉGUIN, Elida (Coord.) **Direito das minorias**. Rio de Janeiro: Forense, 2001

SGRECCIA, Elvio. **Manual de bioética**. São Paulo: Loyola, 1996.2 v.

SILVA, Reinaldo Pereira e. Análise bioética das técnicas de procriação assistida In: CARLIN, Volnei I. (Org.). **Ética & bioética: novo direito e ciências médicas**. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998. p. 119-120.

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

SODER, José. **Direitos do homem**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960.

STREY, Marlene N. et al. (Orgs.). **Construções e perspectivas em gênero**. São Leopoldo: Unisinos, 2000.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. "Entrevista". In: **Proposta**. Rio de Janeiro: Fase, n. 92 mar./maio 2002. p. 39-56.

UFSC. **Anais fazendo gênero**. Seminário de Estudos sobre a mulher. Centro de Publicações. Ponta Grossa: UEPG, 1996.

VARELLA, Marcelo D.; BORGES, Roxana C. (Org.). **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.

_____. **Historia do direito no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Ideologia, Estado e direito**; 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

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

_____. Sobre a teoria das necessidades: a condição dos "novos" direitos. *Alter Agora*. **Revista do Curso de Direito da UFSC**. Florianópolis, n. 01, p. 42-47, maio 1994.