

Direitos fundamentais: aspectos estruturais

Thiago Felipe de Souza Avanci*

1.Introdução.

Esta publicação foi resumida a partir de uma monografia jurídica de minha autoria, elaborada para obtenção do Bacharelado em Direito pela Universidade Católica de Santos. Trata-se, portanto, de um fragmento da obra "Direitos Fundamentais: Aspectos Estruturais e Históricos", publicada no ano de 2007, trabalho erigindo sob a orientação do DD. Procurador de Justiça do Estado de São Paulo, Dr. Me. Luiz Sales do Nascimento, titular à cadeira de Direito Constitucional na tradicional "Casa Amarela".

2.Breves notas sobre Direitos Fundamentais

2.1Conceito

São os direitos e as garantias constitucionalmente previstos, de modo específico (rol) ou genérico (princípios, paradigmas e normas constitucionais de eficácia contida), segundo os quais são suscetíveis todos os seres humanos, de modo isônomo, e pelos quais se permite a concretização da legalidade no Estado Democrático de Direito, e com o fim único de permitir irrestritamente a realização da dignidade humana.

Os Direitos Fundamentais são o reflexo positivado dos direitos humanos, os quais são derivados do direito naturalmente existente para cada ser humano.

2.2.Dignidade Humana enquanto princípio finalístico dos Direitos Fundamentais.

A Dignidade é, sem dúvida, o objeto de proteção dos Direitos Fundamentais, seu fim precípua.

Kant afirmou que o ser humano não existe como meio para uma finalidade, mas existe como um fim em si mesmo, ou seja, todo homem tem como fim natural a realização de sua própria felicidade, daí resultando que todo homem tem dignidade.

Sob um aspecto religioso, se o homem foi feito à imagem e semelhança de Deus, lhe é garantido um mínimo de dignidade.

A Constituição estabelece a Dignidade Humana como Princípio da República (art. 1º, IV CF).

Ao lado da Dignidade Humana, no entanto, como princípios pelos quais se lhe garantirão, estão o Princípio-meio da Isonomia e o Princípio-meio da Legalidade. Sem estes princípios-meios não há a realização do Princípio-fim da Dignidade Humana dentro do atual modelo Estatal.

2.3.Evolução dos Direitos Fundamentais

A professora Rosah Russomano atribuía a dois fatores o nascimento dos Direitos Fundamentais: o fator filosófico-religioso e o fator político. Tomo a liberdade de acrescentar um terceiro fator: o econômico.

2.3.1.O fator Religioso-Filosófico.

As primeiras manifestações que atribuíram ao homem a dignidade que lhe cabe foram filosóficas e religiosas.

Pela cultura judaica, por volta de 1.500 anos antes de Cristo (Faraó Ahmoses, da 18ª Dinastia), ocorreu uma tentativa de se concretizar a dignidade humana por uma série de preceitos, os Mandamentos, atribuídos a Deus, dados a Moisés.

Mesmo a Lei de Talião, se bem observada, é uma forma de manifestação dos Direitos Fundamentais (arcaica, sem dúvida): por esta lei, na vingança particular, não se pode fazer mais mal do que o mal feito pelo indivíduo a ser punido, sintetizado na máxima "olho por olho, dente por dente".

Mais adiante, com o nascimento da lógica, no período entre 600 e 480 a.C., coexistiram, sem se comunicar entre si, alguns dos maiores doutrinadores de todos os tempos: Buda, na Índia; Confúcio, na China; Pitágoras, na Grécia e o profeta Isaías, em Israel; e, a partir daí, o curso da História passou a constituir o desdobramento das idéias e princípios estabelecidos nesse período.

Com Jesus Cristo, a dignidade humana concretizou nova ordem, com um sentido que transcendia a garantia da dignidade individual, avançando-se para a doação fraterna como forma de garantir a dignidade humana do próximo. O mesmo desenvolvimento se deu com Maomé, pelos idos de 600 d.C., atingindo a cultura oriental.

Saliente-se que, contudo, muito embora houvessem muitos expoentes de filósofos e religiosos capazes de visualizar a dignidade ao homem, os Direitos Fundamentais somente tomaram a posição como tal quando houve interesse político contundente.

2.3.2.O Fator Político.

Iniciou-se um movimento política que fez frente ao absolutismo real, então soberano (the king can't do no wrong; le roi ne peut mal faire): a Magna Charta Libertatum, de 1215, a Petition of Rights, de 1621, o Bill of Rights, de 1668 e o Establishment Act, de 1701, todos da Inglaterra; The Virginia Declaration of Rights, dos EUA de 1776, que mais tarde, 1789, veio a ser incorporada à

Constituição Americana, por meio de emendas; A Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

Todo este movimento político se concretizou na Declaração dos Direitos Humanos, efetuada pela Organização das Nações Unidas, em 1948.

Por outro lado, uma necessidade de combate aos desenfreados anseios capitalistas fez com que a política social, nascida na Inglaterra medieval, ganhasse destaque: o Poor Law Act ou Poor Relief Act, da Inglaterra de 1601, editada pela Rainha Isabel; a Constituição Mexicana de 1917; a Constituição Weimar de 1919; a Carta Del Lavoro de 1927. É a clara concreção da lei da "mais-valia" de Marx.

2.3.3.Fator Econômico.

Em que pese os princípios dos Direitos Fundamentais sejam tão velhos quanto a humanidade, foi somente com a cominação do fator econômico que se difundiram de modo relevante.

Com o fim do feudalismo e início do mercantilismo e dos primeiros passos do capitalismo, a classe burguesa passou a ter profundo interesse em ver toda a população com direitos iguais. Isto porque se estabeleciam as leis mercadológicas, pelo qual se regem os interesses econômicos: não importa quem gastará o dinheiro, desde que se o faça.

Garantindo-se, portanto, a Dignidade Humana, crescente seria o mercado que movimentava a economia.

Da mesma forma, mais recentemente, foi-se permitindo a consolidação de leis trabalhistas e previdenciárias em favor dos trabalhadores, tais como descanso semanal remunerado e férias remuneradas. O interesse de manter trabalhadores sadios e descansados, apesar de parecer uma busca humanitária pela Dignidade Humana, escondia, na verdade, o objetivo de aumentar a produtividade da mão-de-obra.

Não mais bastasse, hoje, está se percebendo, principalmente em matéria ambiental, que o consumo desenfreado dos recursos é um negócio não lucrativo: não se pode lucrar com a destruição do mundo, ainda mais se levando em conta que a recuperação terrestre sairá mais cara do que a prevenção de destruí-la. Portanto, nasce um movimento, tardio, de proteção ao meio ambiente como forma de continuidade de obtenção do lucro.

3. Classificações didáticas dos Direitos Fundamentais.

Uma grande surpresa neste trabalho foi ter eu encontrado diversas Classificações didáticas dos Direitos Fundamentais, já que tinha a concepção de que o assunto era pacífico em sede doutrinária, com poucas vertentes.

Resumindo o que se estudará adiante, dada sua grandeza de conteúdo, assinalo que existem basicamente duas grandes correntes que analisam os Direitos Fundamentais: uma maneira periférico-central, na qual se analisa o contexto amplo e histórico, atentando às circunstâncias periféricas que levaram ao desenvolvimento daquele direito; ou uma maneira central-periférica, em que se observa o direito como ponto inicial e desenvolve-se sobre tudo aquilo que circunda o direito.

Como se pôde notar, a primeira corrente associa-se mais ao jus naturalismo, enquanto que a segunda, ao jus positivismo.

De se salientar que da corrente jus naturalista, decorrem ramificações.

3.1. Classificação conforme a Constituição – Critério Jus Positivista

Doutrinadores do renome de José Afonso da Silva [01], Celso R. Bastos e Ives Gandra Martins estudam e classificam os direitos fundamentais da mesma forma que a consagrada pela Constituição, onde se tem ordenados, os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de

nacionalidade, de cidadania (direitos políticos) e por fim, as garantias constitucionais.

Percebe-se, assim, que não se preocuparam em classificá-los como sendo dimensões ou gerações de direitos, mas, sim, em estudá-los e classificá-los individualmente, abordando um a um, de acordo com as disposições de nossa Lei Maior.

O Mestre Edgard de Oliveira Lopes [02] acentua, ainda uma outra forma de interpretação e estudo dos direitos fundamentais, forma esta acolhida pelo jurista Carl Schmitt. Os Direitos Fundamentais, segundo esta forma de estudo, seriam estabelecidos por dois critérios formais e um critério material de caracterização. Dessa feita, pelo primeiro critério formal, podem ser indicados como direitos fundamentais todos os direitos e garantias explicitados e alcunhados no documento constitucional. Já pelo segundo critério formal, os direitos fundamentais são aqueles que recebem da constituição um grau mais elevado de proteção, ou segurança, ou pelo menos de alteração dificultada.

E continua:

"Do ponto de vista material, Carl Schmitt entende que os direitos fundamentais variam de Estado para Estado, dependendo de sua ideologia, de sua forma, ou seja, cada Estado com sua especificidade de direitos. Assim, como pondera Bonavides (1999, p. 515), "vinculando os direitos fundamentais propriamente ditos a uma concepção de Estado de Direito Liberal, sem levar em conta a possibilidade de fazer-se, como se fez, desses direitos primeiro uma abstração e, a seguir, uma concretização, independente da modalidade de Estado e ideologia, em ordem a torná-los compatíveis com o sentido de sua universalidade, Carl Schmitt, nas considerações sobre o assunto, retrata com inteira exatidão o caráter de tais direitos enquanto direitos da primeira geração".

Pelas próprias palavras de Schmitt, percebemos com facilidade o que nos fora ensinado por Bonavides, pois o professor alemão diz o seguinte:

El auténtico derecho fundamental Del individuo es siempre absoluto, y corresponde al principio de distribución del Estado de Derecho, según el cual la libertad del individuo es ilimitada em principio, y la facultad del Estado, limitada em principio. De estas condiciones de absoluto y de ilimitado em principio no se sigue la imposibilidad absoluta de injerencias y limitaciones. Pero éstas aparecen como excepción, y ciertamente como una excepción calculable, mensurable y controlable con arreglo al supuesto y contenido. Por eso, no pueden tener lugar sino a base de leyes, entendiéndose Ley, em el concepto propio del Estado de Derecho, como una norma general, y no como cualquier acto particular del Rey o del Cuerpo legislativo, realizado em forma de ley. El derecho fundamental y de libertad se encuentra, pues, bajo la salvaguardia de la Ley."

Entendo que este critério positivista, em que pese todo respeito aos renomados juristas, não é a melhor maneira de serem analisados os Direitos Fundamentais.

Muito embora o resultado finalístico de um método de análise ou de outro seja o mesmo, observo que dada sua relevância e evolução histórica, os Direitos Fundamentais necessitam do estudo das circunstâncias que os delinearam.

Guardado o meu respeito a esta corrente, já que adota critério de classificação científico, ou seja, a própria lei. Passo ao estudo da seguinte.

3.2. Classificação segundo Gerações – Critério Jus Naturalista

Este critério é o mais complexo dos dois, pois, dada a sua perifericidade, acaba sendo extremamente dificultoso encontrar o centro, o alvo da teoria, ou seja, atingir perfeitamente o núcleo do direito. Por força desta complexidade, acaba envolvendo diversos outros sub-critérios, o que dá azo a uma discussão, acredito, que dificilmente irá se pacificar. Isto porque cada autor oferece como melhor critério de estudo o seu próprio, aliás, como eu mesmo fiz.

O cerne da controvérsia é simples: o que autoriza dizer que foi criada uma Geração ou Dimensão de Direito Fundamental?

Três correntes se destacam: a que se pauta pela importância do Direito Fundamental; a que utiliza a história como norte; e a que se vale dos destinatários do Direito Fundamental, à qual me perfilo.

Vamos a um vôo panorâmico sobre estes critérios, atentando-se, porém, ao fato de que serão estudados melhor, quando do enfoque específico de cada Geração.

3.2.1. Critério de classificação híbrido.

Analisa os Direitos Fundamentais segundo sua evolução histórica, levando em conta, segundo critérios pessoais, o nascimento de nova Geração quando do destaque de um Direito em um dado momento da história.

Os professores Bonavides, David Araújo e Serrano Júnior e tantos outros, segundo o critério de historicidade e importância, encerram seu entendimento que a Primeira Geração diria respeito aos Direitos Negativos, nascidos de uma exigência dos administrados ao Estado para que este se abstenha de invadir os seus Direitos Fundamentais Cíveis e Políticos.

A Segunda Geração, não obstante, sob seu entendimento, diz respeito aos Direitos Positivos, os Direitos Sociais, nascidos de um clamor popular pela intervenção Estatal para propiciar aos particulares melhores condições de vida.

Eis que a Terceira Geração, segundo esta corrente de pensamento, diria respeito aos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, na qual há uma necessidade de atuação Estatal para proteger os administrados de situações que incidam em grupos determináveis de indivíduos.

Para Bonavides, a Quarta Geração, seria aquela que tutelaria os direitos relativos à bioética, à democracia e à ecologia, enfim, os direitos que atinjam toda a humanidade.

Em recente estudo, Bonavides [03] elevou a Paz (kantiana) à categoria de Direito Fundamental de Quinta Geração.

Minha crítica a este critério reside no fato de, justamente, o Prof. Bonavides, sem maiores explicações, elevar o direito à paz à Quinta Geração. Aparentemente, até então, o referido Mestre estava fazendo uso de um critério de destinatários dos Direitos Fundamentais, quando, inusitadamente, estabelece a Paz kantiana como sendo a mais recente Geração daqueles direitos, valendo-se, desta feita, de um critério pessoal.

Como será visto em oportuno capítulo, nada justifica o direito à Paz ser categorizado no quadro que Bonavides indicou, senão adotando-se outra forma de critério que não a dos seus destinatários. Daí porque acredito que seu critério tenha passado a ser o de importância, não mais o de destinatários.

3.2.2. Critério Puramente Cronológico.

Segundo o critério histórico ou cronológico, as Dimensões dos Direitos Fundamentais surgiriam na medida em que surgissem novos direitos capazes de gerar uma comoção social.

O autor Hugo Cezar Hoeschl, utilizador deste critério, afirma que: "A primeira dimensão surge com a passagem do Estado de natureza para o estado civil. A segunda com a necessidade de regulamentação da vida privada, orientada pelos direitos civis. A terceira vem em razão das discussões sobre ampliação do exercício do poder, os direitos políticos. A quarta está ligada às questões de natureza coletiva, quando surgem os direitos sociais, influenciados pelo trabalho em massa. Os direitos difusos, principalmente nas questões ambientais e de consumo, provocaram uma nova aglutinação, de muito destaque na atualidade. Os temas ligados às questões da Bioética, como

manipulação genética, transplantes de órgãos e hibridação homem/máquina, entre outros, motivam a sexta dimensão. Realidade Virtual, Inteligência Artificial e Internet são os principais acontecimentos ligados à telemática e à vida digital. Centralizam a discussão sobre o direitos de sétima dimensão, e são o principal norte do direito digital" [04].

Como se pode notar, o referido autor inova completamente o modo de classificação, repartindo a doutrinariamente consagrada Primeira Geração, os Direitos Negativos, em duas Dimensões distintas: a Primeira, relativamente à transformação de um direito natural para um direito positivado, ou seja, o Princípio da Legalidade sendo vislumbrado como anterior a todas as demais gerações; a Segunda atinente, aí sim, aos demais Direitos Fundamentais de Primeira Geração, a exceção da Legalidade.

A Terceira Dimensão, para Hoeschl, está vinculada aos direitos políticos e a Quarta, aos direitos sociais, Gerações que, segundo a doutrina conservadora, se enquadrariam às Primeira e Segunda Gerações.

Uma Quinta Geração para Hoeschl diz respeito aos Direitos Difusos, enquanto que a Sexta Dimensão, à Bioética. Estas equivaleriam à Terceira Geração e eventualmente, à Quarta Geração, para a doutrina conservadora.

Finalmente, a Sétima Dimensão se escoraria nos direitos da informática e telemática [05], que no entender de outra parte da doutrina, se equipararia à Quarta ou Quinta Geração.

Muito embora seja completamente distinto o pensamento do autor em relação àquilo que se está familiarizado, foi ele, no meu entender, coerente com o pensamento e posicionamento dos demais autor que "criam" Direitos Fundamentais com a mesma velocidade com a qual surgem direitos novos. Explico.

Eis que Hoeschl, seguindo uma linha coerente de raciocínio, atribuiu uma ordem (critério) cronológico para definir o seu posicionamento dos Direitos

Fundamentais. O primeiro Direito Fundamental que surgiu, no seu entender, foi o que atribui legalidade aos direitos naturais.

Data vênia a este posicionamento, entendo que a Legalidade e a Isonomia são Princípios-meios de consecução do Princípio-fim de todos os Direitos Fundamentais, qual seja, a Dignidade Humana, aliás, o que já foi explicado na teorização geral dos Direitos Fundamentais, deste trabalho, sob o título de "Os Direitos Fundamentais. Princípios Sustentadores".

Deixada de lado minha opinião, retornemos à análise do posicionamento de Hugo Hoeschl. Para este autor, a atual última dimensão dos Direitos Fundamentais se encerraria nos direitos ligados à informática, o que também mostra coerência com seu critério cronológico.

3.2.3. Critério de classificação segundo os destinatários dos Direitos Fundamentais.

A princípio, pode-se achar uma contradição que eu adote este critério para classificar as Gerações de Direitos Fundamentais. Como se poderia estabelecer destinatários se os Direitos Fundamentais são Universais?

Em linhas gerais, a universalidade dos Direitos Fundamentais é uma de suas características essenciais. Desta maneira, há uma tutela abstrata dos Direitos Fundamentais a todas as pessoas, indistintamente. Contudo, para que haja uma tutela específica, é necessário um determinado evento fático que dê concretude a um determinado ou determinados Direitos Fundamentais [06].

Entendo, pois, desta forma, que os Direitos Fundamentais devem ser classificados do indivíduo para a humanidade, da célula para o organismo. Aliás, na vida prática, é assim que nos organizamos.

Assim sendo, a Primeira tutela deve dizer respeito ao homem, individualmente falando. São as Liberdades Constitucionais, termo utilizado pelo mestre Santi Romano, são, conforme já se considerou noutro capítulo, derivadas dos

diversos movimentos históricos ao longo da humanidade. Temos, pois, o Direito à Vida, à Liberdade, à Igualdade, etc.

A Segunda Geração, ao homem enquanto organismo social. Quando se notou que o ideal liberalista que movimentou a engrenagem dos Direitos Fundamentais de Primeira Geração não bastou para proteger os indivíduos, passou-se a apregoar que o Estado não deveria ser apenas o "vigia", em atuação passiva, do cumprimento dos ideais de Dignidade, como também adotar uma postura efetiva, ativa, para sua concreção. São os direitos sociais e políticos decorrentes dos excessos do liberalismo.

A terceira, ao homem enquanto organismo social determinável. Surgiram estes Direitos Fundamentais quando nascia no homem um sentimento em tutelar não só o individual e um coletivo determinado, mas também o coletivo indeterminado: diria mais, tutelar interesses que atingem, mediata ou imediatamente, a espécie humana, em grupos definidos. Nunes Junior e David Araújo asseveram que esta nova convergência de direitos está "volvida à essência do ser humano, sua razão de existir, ao destino da humanidade, pensando o ser humano enquanto gênero e não adstrito ao indivíduo ou mesmo a uma coletividade determinada" [07]. O Brasil enumera em sua Carta Constitucional estes direitos, porém não sob o signo de Difusos, Coletivos ou Fraternos, mas sim esparsamente por todo seu corpo e por legislação infraconstitucional.

E, até o momento, a quarta tutela ao homem enquanto elemento componente da humanidade. A Quarta Geração é uma categoria nova de direitos ainda em discussão e que se refere aos direitos das gerações futuras que criam uma obrigação para com a nossa geração, isto é, um compromisso de deixar melhor o mundo em que vivemos o mais possível, (ou menos estragado), do que como o recebemos, para as gerações futuras. Esta Geração de Direitos não somente diz respeito à humanidade de um modo globalizado, como também a direitos da humanidade existente e das gerações que virão a habitar este mundo, no futuro. Trata-se de um Direito Concreto com destinatários em potencial.

Eis aí o grande diferencial entre os Direitos Fundamentais de Terceira Geração aos de Quarta Geração. Enquanto que aqueles tutelam direitos de grupos humanos individualizáveis, estes tutelam direitos de grupos humanos de modo irrestrito, bem como as gerações futuras, ou seja, a humanidade como um todo.

4. Posicionamentos doutrinários sobre os Direitos Fundamentais de Quinta, Sexta e Sétima Gerações.

Sem a pretensão de fazer obra capaz de nortear o sistema que compreende os Direitos Fundamentais, acredito que, pelo desenvolver do Trânsito à Modernidade, os Direitos de Quinta Geração diriam respeito aos Direitos em Potência, ou seja, aqueles em Expectativa. Nesta modalidade, os tutelados seriam os grupos da Primeira à Quarta Geração.

Contudo, confesso que não tenho a capacidade para ir adiante nestas elucubrações, isto supondo que sejam corretas. Por esta razão, neste momento, mudo o foco de estudo para a observância dos demais critérios de classificação didática dos Direitos Fundamentais [08].

Defendida por apenas poucos autores, dentre eles, Antônio Carlos Wolkmer em seu livro "Introdução aos fundamentos de uma Teoria Geral dos "novos" Direitos", para tentar justificar os avanços tecnológicos, como as questões básicas da cibernética ou da internet, os Direitos de Quinta Geração.

Os sistemas informatizados e os de comunicação romperam fronteiras entre países e eliminaram a noção de presente e passado. A informação passou ser um bem jurídico essencial, para as mais simples vidas individuais e para as mais poderosas empresas e nações. O progresso tecnológico cresce, mas aumentam também os perigos de falta de respeito aos direitos humanos.

Para Hugo César Hoeschl, por sua vez, em "O Conflito e os Direitos da Vida Digital", "Já se fala em direitos de quarta, quinta, sexta e até sétima gerações,

surgidas com a globalização, com os avanços tecnológicos (cibernética) e com as descobertas da genética (bioética)" [09].

Já José Alcebíades Junior definiu a Quinta Geração como aquela que trata dos direitos da realidade virtual, "que nascem do grande desenvolvimento da cibernética na atualidade, implicando no rompimento de fronteiras tradicionais, estabelecendo conflitos entre países com realidades distintas, via Internet, por exemplo" [10].

Nesta toada, Irving William Chaves Holanda, encontrado no sítio virtual do Instituto Brasileiro de Política e Direito da Informática, lançando um esboço sobre esta nova espécie de direito, a qual cito:

"Ao enveredarmos no estudo do Direito encontramos as novas tendências oriundas dos avanços tecnológicos, tão comuns no mundo contemporâneo. Deparamo-nos com formas inovadoras de realizar acordos, contratos, acertos, negociações, enfim, Negócios Jurídicos em sua amplitude, o que ocasionou uma verdadeira reviravolta nas relações sociais, humanas, políticas e econômicas. Habetur pro veritate, vivenciamos, segundo José Alcebíades de Oliveira Junior, uma nova era, caracterizada por um impensável avanço tecnológico. Seguindo essa nova idéia que fora mesclada com os ensinamentos passados por Norberto Bobbio, originou-se a chamada quinta geração de direitos fundamentais, que se refere aos direitos da realidade virtual ou da cibernética, e é a partir dessas premissas que se desenvolvem a teorização feita nesta lavra. No presente estudo procura-se enfrentar a questão dos Negócios Jurídicos Virtuais que são, como consabido, os realizados por intermédio de PC's (personal computer) interligados à Rede Mundial de Computadores. A idéia de que a internet é uma "terra sem lei" chega a oferecer certa dificuldade na compreensão dos novos institutos e gerar insegurança quanto à construção sólida de uma disciplina, o que dificulta a aplicação prática e dá azo à desconfiança de muitos. Contudo, esse tipo de relação tem crescido muito nos últimos anos e, como era de se esperar, trouxe novos questionamentos e indagações no âmbito ético e legal, exigindo, desta feita, novas ferramentas jurídicas e profissionais preparados para lidar com essa

questão, e é dentro deste contexto que aflora um novo ramo do Direito, que de tão recente os especialistas sequer chegaram a um resultado comum de como denominá-lo, o mesmo começa a se desvencilhar do Direito Civil, ensejando, mesmo que de forma precária, fomentações inerentes a uma disciplina. O escopo do presente ensaio é traçar parâmetros que sirvam como fonte subsidiária na delimitação mais clara da expressão Negócio Jurídico Virtual, e, por conseguinte, na compreensão mais sistemática do tema. Para tanto, faremos alusão aos novos instrumentos que começam a ser implementados hodiernamente, tais como: Contratos Eletrônicos, Funções Unidirecionais de Hash, Assinatura Digital e a Criptografia. Por conseguinte, em breves linhas, finiremos uma explicação sobre a Infra-estrutura de Chaves Públicas no Brasil (ICP - Brasil), tudo colimando uma desmistificação do tema, ora trazido à baila." [11]

Saindo do cerne de direito eletrônico, Bonavides, novamente tentando inovar no tocante aos Direitos de Quinta Geração, e lança uma preleção como sendo "O direito à paz como direito fundamental da quinta geração", artigo disponível na revista do Superior Tribunal de Justiça, "Interesse Público", volume 8, nº. 40, de nov./dez. de 2006. Em dezembro, publicou o seguinte artigo no Jornal O Estado de São Paulo:

"O DIREITO à paz é o direito natural dos povos. Direito que esteve em estado de natureza no contratualismo social de Rousseau e que ficou implícito como um dogma na paz perpétua de Kant.

[...]

A essa idéia de concórdia adere uma ética que tem a probabilidade de governar o futuro, nortear o comportamento da classe dirigente, legitimar-lhe os atos e as relações de poder.

[...]

Devemos assinalar que a defesa da paz se tornou princípio constitucional, insculpido no artigo 4º, inciso VI, da nossa Constituição. Desde 1988, avulta entre os princípios que o legislador constituinte estatuiu para reger o país no âmbito de suas relações internacionais. E, como todo princípio na Constituição, tem ele a mesma força, a mesma virtude, a mesma expressão normativa dos direitos fundamentais. Só falta universalizá-lo, alçá-lo a cânone de todas as Constituições.

[...]

Elevou-se, assim, a paz ao grau de direito fundamental da quinta geração ou dimensão (as gerações antecedentes compreendem direitos individuais, direito sociais, direito ao desenvolvimento, direito à democracia). Fizemo-la, aliás, objeto de recente conferência em Curitiba, por ocasião do 9º Congresso Ibero-Americano de Direito Constitucional, que teve a presença de 2.000 pessoas de 20 Estados da Federação e de outros países. A paz logrou ali a dignidade teórica de um direito e de um princípio constitucional, constando da carta que o plenário daquela assembléia de juristas da América Latina e da Europa aprovou por aclamação.

[...]

A lição conclusiva destas reflexões se resume também em fazer da paz axioma da democracia. Fundamentando, enfim, a nova figura introduzida no rol dos direitos humanos, inspirada de dois filósofos da liberdade, asseveramos que a guerra é um crime e a paz é um direito. Sem a memória e a percepção dessa verdade gravadas na consciência dos povos e na razão dos governantes, nunca concretizaremos a mais solene, a mais importante, a mais inderrogável cláusula do contrato social: o direito à paz como supremo direito da humanidade." [12].

Em que pesem o entendimento dos autores, tanto no sentido de vincular os Direitos Fundamentais de Quinta Geração à questão da informática, como

também à questão da paz mundial, acredito que ambos estão lançando posicionamentos equivocados.

Retornando ao cerne de classificação dos Direitos Fundamentais, temos que estes se classificam por critérios de abrangência de tutelados, não simplesmente pelo mero desenvolvimento do pensamento humano ou pelo avançar da tecnologia.

Se classificarmos os Direitos Fundamentais pelo desenvolver da humanidade, a cada novidade filosófica ou tecnológica irá fazer nascer nova Geração de Direito Fundamental. Acredito que não é o melhor caminho, sob pena de se banalizar o instituto.

A paz Kantiana defendida por Bobbio e dita por Bonavides como sendo a Quinta Geração dos Direitos Fundamentais se enquadra tranquilamente nos critérios dos Direitos Fundamentais de Quarta Geração, pois tem como destinatários a humanidade atual e futura e em um prisma globalizado.

Por outro lado, os direitos virtuais mais parecem se enquadrar, dependendo dos casos, nos direitos de Primeira Geração, como, por exemplo, no caso de sigilo bancário e de correspondência, como também nos de Terceira Geração, como é o caso dos eventos que atingem uma coletividade de pessoas.

Sem grandes pretensões de fazer doutrina, pelo desenvolver do Trânsito à Modernidade, acredito que os Direitos de Quinta Geração diriam respeito aos Direitos em Potência, ou seja, aqueles em Expectativa. Nesta modalidade, os tutelados seriam os grupos da Primeira à Quarta Geração.

Há, ainda, autores que defendem outro posicionamento no tocante às Dimensões dos Direitos Fundamentais. É o caso de Hugo Hoeschl, que afirma que os direitos de quinta geração são "os direitos difusos, principalmente nas questões ambientais e de consumo, provocaram uma nova aglutinação, de muito destaque na atualidade". E continua: "Os temas ligados às questões da Bioética, como manipulação genética, transplantes de órgãos e hibridação

homem/máquina, entre outros, motivam a sexta dimensão. Realidade Virtual, Inteligência Artificial e Internet são os principais acontecimentos ligados à telemática e à vida digital. Centralizam a discussão sobre o direitos de sétima dimensão, e são o principal norte do direito digital. [13]"

Para Hoeschl, a Quinta Geração diria respeito aos Direitos Difusos, enquanto que a Sexta Dimensão, à Bioética. Finalmente, a Sétima Dimensão se escoraria nos direitos da informática e telemática [14]. Reitero minha crítica que fiz no capítulo em que classifiquei a forma de estudo dos Direitos Fundamentais: embora coerente, esta classificação apresenta, a meu ver, alguns lapsos em função de seu critério.

O que define a Sétima e Sexta Dimensões como sendo, aquela a que tutela os direitos de informática e telemática, e esta, a que tutela o biodireito? Os avanços médicos não decorreram, também, do desenvolvimento da informática?

E quanto aos Direitos de Primeira Dimensão, não seria um tanto superficial vinculá-los apenas à Legalidade? E os demais princípios?

Enfim, são dúvidas que parecem ter mais do que uma resposta correta; mas, como o direito é uma ciência "inexata", todas as respostas são válidas.

Conclusão.

Afirmo durante este trabalho que os Direitos Fundamentais guardam melhor classificação enquanto estudados sob a ótica de destinatários e alcance da tutela dos direitos e garantias arrolados.

De todos os critérios possíveis, entendi este como sendo o mais adequado, tendo em vista a evolução histórica dos Direitos Fundamentais e o rumo que possivelmente estão tomando, em termos inclusive de neoconstitucionalismo, com o "diálogo das fontes" e os jusnaturalismo e juspositivismo atualizados de acordo com as tendências filosóficas atuais.

Percebi, indubitavelmente, que o rol dos Direitos Fundamentais não pode ser engessado, como também não pode ser aberto e irrestrito, provocando, com isto, uma "inflação" de Direitos Fundamentais.

Em verdade, Bobbio [15] bem comenta acerca da transformação e ampliação dos direitos, afirmando bastar examinar os escritos dos primeiros jus-naturalistas para ver quanto se ampliou a lista dos direitos; Hobbes conhecia apenas um deles, o direito à vida. Complementa, ainda: "como todos sabem, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, 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; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não-impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como conseqüência a participação cada vez mais ampla, generalizada e freqüente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores –, como os de bem-estar e da liberdade através ou por meio do Estado."

Em contraposição, Philip Alston verificou uma falência dos Direitos Fundamentais, tendo em vista o crescente quadro de se "fundamentalizar" todo e qualquer direito, dentre os quais cita o direito ao turismo, ao desarmamento, ao sono, de não ser morto em guerra, de não ser sujeito a trabalho aborrecido, a co-existência com a natureza, de livremente experimentar modos de viver alternativos, etc. [16]

Exageros à parte, noto que a maior parte destes direitos decorre de Direitos Fundamentais já existentes e consagrados.

Como solução a esta inflação de Direitos Fundamentais, autores como Maurice Cranston, F.G. Jacobs e o próprio Alston procuraram eleger critérios para

eleição de Direitos Fundamentais, dentre os quais resumo: o direito deve ser fundamental, refletindo valor social importante, independente do lugar do mundo, de modo a ter alcance universal.

Interessante é que mesmo após tanto tempo em debate, questões tão básicas em Direito ainda, hoje, são objeto de discussões acaloradas.

Analisando-se a parte histórica deste trabalho, notamos os diversos fatores que fizeram permear ideais que, mais tarde, consolidaram Direitos Fundamentais. Interesses escusos e interesses econômicos, como o dos burgueses, em defender com tanta garra o respeito dos direitos individuais, revoltas e revoluções com interesses políticos, como foram os casos dos direitos sociais objeto de profunda crise entre os empregados e trabalhadores, movimentos gradativos e despretensiosos, tal como o que fez surgir os direitos trans-individuais na Europa, ainda pelos idos de 1200, e finalmente uma conscientização humana global em quase uma totalidade, fazendo emergir os direitos da humanidade.

Deveras, os Direitos Fundamentais (as três primeiras Gerações, ao menos) nasceram em épocas próximas umas das outras. Rememorando, a Magna Charta Libertatum, que constitui o marco dos Direitos de Primeira Geração é de 1215; o Poor Law Act ou Poor Relief Act, que constitui a primeira lei social, data também da Inglaterra de 1601; a primeira ocorrência de substituto processual, marco no direito trans-individual, é do ano de 1199, na Corte Eclesiástica de Canterbury, igualmente, na Inglaterra, se não considerar a ação coletiva de 1179, em Paris, dos aldeões de Rosnysous-Bois.

Entrementes, foi a modificação paulatina do pensamento humano que propiciou a consolidação de cada uma destas Gerações no patrimônio jurídico dos seres humanos. Primeiro, a preocupação é proteger o homem, individualmente falando; posteriormente, muda-se o foco para uma coletividade social de homens; mais adiante, uma coletividade nem sempre determinada de homens, ligados por situação de fato ou de direito; e finalmente, a proteção da humanidade como um todo.

Tendo visto isto, proponho a seguinte síntese gráfica:

É certo que é quase impossível prever o nascimento de novos Direitos Fundamentais até que surjam situações de clara anti-judiricidade que não guarneçam previsão de tutela legal, de maneira que, pelo andar da carruagem, provavelmente os próximos Direitos Fundamentais tutelados sejam os em expectativa, os direitos futuros que se consolidam a um indivíduo, a uma classe de indivíduos, a uma sociedade e a humanidade como um todo.

De uma forma ou de outra, é necessário a conscientização da humanidade que toda e qualquer ação, por menor e mais particularizada que pareça ser, acaba por refletir em uma série de eventos que eram imprevisíveis quando de seu início: uma bola de neve, uma reação em cadeia.

E é por este exato motivo que há necessidade de se mudar o foco do individualismo de Primeira Geração, que apartado de seu contexto não faz sentido, para o humanismo (ou altruísmo) de Quarta Geração.

Nesta toada, outra possibilidade para uma futura geração de Direitos Fundamentais, além da tutela de Direitos em Expectativa, seria o reconhecimento do direito das criaturas vivas deste planeta e de nossa atribuição de guardá-las e protegê-las.

É claro que seria necessária uma adequação aos princípios norteadores dos Direitos Fundamentais, mudando-se o foco, por exemplo, da Dignidade Humana para a Dignidade das Criaturas.

Contudo, esta proteção e guarda não pensada como forma de proteção da humanidade em si, como ocorre na Quarta Geração que idealizei, mas sim como forma de proteção da vida diversa da humana, ou seja, o altruísmo levado a outras espécies de habitantes do nosso planeta. Utopia?

Referências Bibliográficas.

ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 8ª.Ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

ARRUDA, José Jobson de A., e PILETTI, Nelson. Toda História. 3ª. Ed., São Paulo: Ática, 1995.

ARRUDA, José Jobson de A., SILVA, Francisco Alves da, e TURIN, Eva. História Antiga, Medieval e Moderna. Objetivo: São Paulo, 2002.

_____. História Contemporânea. Objetivo: São Paulo, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. Verbetes: "Expectativa" e "Expectativa Jurídica".

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 2ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1979.

BECHARA, Marcelo. A inclusão digital à luz dos direitos humanos. Disponível em <http://www.cgi.br/publicacoes/artigos/artigo34.htm>. Acessado em [09/05/2007](#).

BONAVIDADES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 12ª.Ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução: Carlos N. Coutinho. Nova ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. 4ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. 15ª.Ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, 25 ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva: 2003.

GARCIA, Maria. "Mas, quais são os direitos fundamentais?", Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 10, Abril-Junho/2002, nº.39, p. 115 e ss.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição, in Revista de Informação Legislativa, nº. 137, Janeiro/Março, 1998.

_____. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

HOESCHL, Hugo Cesar, BARCIA, Ricardo Miranda. A telemática e os direitos da sétima dimensão. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, São Paulo, v.174, p.9-14, 1999.

HORVALTH JÚNIOR, Miguel. Direito Previdenciário. 5ª. Ed., São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LOPES, Edgard de Oliveira. Os direitos fundamentais sob ótica das influências ético-filosóficas, consoante o magistério de Hans Kelsen, Miguel Reale e Willis Santiago Guerra Filho. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2872>>. Acesso em: 09 maio 2007.

MALUF, Said. Teoria Geral do Estado. 25ª.Ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

MARINHO, Claudia Ribas; RIBEIRO, Érica Bezerra Queiroz; COSTA, Filipe Corrêa da; HOESCHL, Hugo Cesar. Inclusão Digital No Direito Brasileiro:

Direito Difuso. Disponível em: <<http://www.ciberetica.org.br/trabalhos/anais/17-9-c1-1.pdf>> . Acessado em 13/05/2007, às 20:00h.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 22. ed. atual. até 20 de dezembro de 2005. São Paulo: Atlas, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 14^a. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. 1^a.Ed. atualiz., Capinas: Bookseller, 2000. Tomo V.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 13^a.Ed., São Paulo: Atlas, 2003.

MOLA, Alberto de Rovira. Nueva Enciclopèdia Jurídica. Barcelona: Francisco Seix ed., 1955. Tomo VII, verbete "Derechos Futuros".

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 33^a. ed. São Paulo: LTr, 2007.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. Teoria Jurídica e novos direitos. Rio de Janeiro. Lúmen lures, 2000.

PEDRO, Antônio. História da Civilização Ocidental Integrada. São Paulo: FTD, 1997.

RUSSOMANO, Rosah. Curso de Direito Constitucional. 3^a.Ed., Rio de Janeiro: Freita Bastos, 1977.

SANTOS, Filipe Loureiro ; VINHAS, Renato Braga. O Mandado de Segurança Coletivo como instrumento para a defesa coletiva de direitos . Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 3, nº 121. Disponível

em:<<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=569>> Acesso em: 2 fev. 2006.

SARMIENTO, Rafael Martinez. Enciclopedia Juridica Omeba. Buenos Aires: 1974. Verbete "Expectativa".

SILVA, Francisco Alves da, e COSTA, Hernani Maia. História Integrada: Brasil e América, vol. 1 e 2. Objetivo: São Paulo, 2002.

Notas

1. Op. Cit., p. 95-467.

2. LOPES, Edgard de Oliveira. Os direitos fundamentais sob ótica das influências ético-filosóficas, consoante o magistério de Hans Kelsen, Miguel Reale e Willis Santiago Guerra Filho. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2872>>. Acesso em: 09 maio 2007

3. In "O direito à paz como direito fundamental da quinta geração", artigo disponível na revista do Superior Tribunal de Justiça, "Interesse Público", volume 8, nº. 40, de nov./dez. de 2006

4. HOESCHL, Hugo César. A vida digital e os direitos da sétima dimensão. Disponível em:

<<http://www.digesto.net/ddigital/digital/Panorama1.htm>>. Acesso em 10 set.2003. apud MARINHO, Claudia Ribas; RIBEIRO, Érica Bezerra Queiroz; COSTA, Filipe Corrêa da; HOESCHL, Hugo Cesar. Inclusão Digital No Direito Brasileiro: Direito Difuso. Disponível em: <<http://www.ciberetica.org.br/trabalhos/anais/17-9-c1-1.pdf>> . Acessado em 13/05/2007, às 20:00 h.

5. HOESCHL, Hugo Cesar, BARCIA, Ricardo Miranda. A telemática e os direitos da sétima dimensão. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, São Paulo, v.174, p.9-14, 1999.

6. Para melhor compreensão, reporto-me aos tópicos: "Características comuns de todos os Direitos Fundamentais", na parte que se discorre sobre a

universalidade daqueles; e "Destinatários e Alcance dos Direitos Fundamentais".

7. Op. Cit. Pág. 100.

8. Ver capítulo homônimo.

9. BECHARA, Marcelo. A inclusão digital à luz dos direitos humanos. Disponível em <http://www.cgi.br/publicacoes/artigos/artigo34.htm>. Acessado em 09/05/2007.

10. In Teoria Jurídica e novos direitos. Rio de Janeiro. Lúmen Iures, 2000.

11. HOLANDA, Irving William Chaves. O negócio virtual e segurança jurídica. Disponível em http://www.ibdi.org.br/index.php?secao=&id_noticia=857&acao=lendo Acessado em 09/05/2007.

12. Direito à paz - Folha de S. Paulo - 3/12/2006.

13. HOESCHL, Hugo César. A vida digital e os direitos da sétima dimensão. Disponível em:

<<http://www.digesto.net/ddigital/digital/Panorama1.htm>>. Acesso em 10 set.2003. apud MARINHO, Claudia Ribas; RIBEIRO, Érica Bezerra Queiroz; COSTA, Filipe Corrêa da; HOESCHL, Hugo Cesar. Inclusão Digital No Direito Brasileiro: Direito Difuso. Disponível em: <<http://www.ciberetica.org.br/trabalhos/anais/17-9-c1-1.pdf>> . Acessado em 13/05/2007, às 20:00 h.

14. HOESCHL, Hugo Cesar, BARCIA, Ricardo Miranda. A telemática e os direitos da sétima dimensão. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, São Paulo, v.174, p.9-14, 1999.

15. A Era dos Direitos, 10 ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 32:33.

16. In FERREIRA FILHO, op. Cit., pág. 285, apud Conjuring up New Human Rigths: a proposal for quality control, American Journal of Internacional Law, n. 78, p. 607 e ss., 1984.

* Advogado militante em escritório de Guarujá, atuante nas áreas de Direito Civil (Responsabilidade Civil, Contratos e Obrigações, Família e Sucessões), Tributário, Penal, Comercial (Societário e do Consumidor), Trabalho e Previdenciário.

Disponível em:

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12838>

Acesso em: 30 mai.2009.