



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
Credenciada pelo Decreto Estadual n.º 3.909, publicado no D.O.E. n.º 7.861, de 1.º-12-2008
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CAMPUS DE JACAREZINHO
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA
Recomendado pela Portaria do MEC nº 524, de 29 de abril de 2008

LEONARDO GÓES DE ALMEIDA

**A INCLUSÃO DIGITAL COMO DIREITO
FUNDAMENTAL NÃO EXPRESSO**

Jacarezinho - PR

2015



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
Credenciada pelo Decreto Estadual n.º 3.909, publicado no D.O.E. n.º 7.861, de 1.º-12-2008
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CAMPUS DE JACAREZINHO
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA
Recomendado pela Portaria do MEC nº 524, de 29 de abril de 2008

LEONARDO GÓES DE ALMEIDA

**A INCLUSÃO DIGITAL COMO DIREITO
FUNDAMENTAL NÃO EXPRESSO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito parcial de conclusão de curso.

Orientador: Prof. Dr. Vladimir Brega Filho

Jacarezinho – PR

2015



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
Credenciada pelo Decreto Estadual n.º 3.909, publicado no D.O.E. n.º 7.861, de 1.º-12-2008
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CAMPUS DE JACAREZINHO
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA
Recomendado pela Portaria do MEC nº 524, de 29 de abril de 2008

LEONARDO GÓES DE ALMEIDA

A INCLUSÃO DIGITAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL NÃO EXPRESSO

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito parcial de conclusão de curso.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho
UENP

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves
UENP

Prof. Dr. José Roberto Anselmo
ITE/Bauru

Jacarezinho, 20 de novembro de 2015.

À minha amada esposa, Clariana.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, ao meu orientador, Professor Vladimir Brega Filho, que desde o início acreditou no tema deste trabalho, prestando todo o auxílio necessário para a concretização do mesmo. Obrigado pela paciência!

Aos Professores Maurício Saliba e Fernando Brito. O primeiro pela honestidade intelectual em me ajudar ainda na confecção do pré-projeto. O segundo pelas valorosas orientações dadas em minha qualificação e principalmente pela sincera amizade desde a época de graduação.

Agradeço também à Natalina por toda a presteza e carinho que lhe são peculiares.

Aos meus colegas de escritório pela compreensão de minha ausência nos últimos meses.

Aos meus pais por me darem o caminho para chegar até aqui.

Aos meus irmãos que percorreram um longo trecho deste caminho ao meu lado.

Aos meus avós pelo amor incondicional.

E por fim, agradeço ao Dudu e ao Vi, os melhores presentes que Deus poderia me dar: amo vocês!

“Antes de ler o livro que o guru lhe deu

Você tem que escrever o seu”

Raul Seixas

ALMEIDA, Leonardo Góes de. **A inclusão digital como direito fundamental não expresso**. 2015. Dissertação de Mestrado – Programa de Mestrado em Ciência Jurídica – Universidade Estadual do Norte do Paraná.

RESUMO

O presente trabalho analisa a inclusão digital como direito fundamental. Tem como ponto de partida o processo evolutivo do homem, destacando que a história da humanidade é a história da tecnologia e da transformação da sociedade. Destaca o termo “inclusão digital” como uma apropriação do termo “inclusão social”, que se originou com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, tornando-se recorrente nos discursos em favor da luta dos grupos excluídos por fatores históricos, sociais, econômicos e culturais. Sustenta as Tecnologias de Informação e Comunicação, pelos seus inúmeros benefícios nas mais diversas áreas, como uma necessidade humana, que por seu caráter axiológico, são apropriadas pela sociedade, desafiando os envolvidos na produção de normas jurídicas voltadas para o tema. Estuda os direitos fundamentais e o perfil dado a eles pela Constituição Federal de 1988, que trouxe um forte conteúdo valorativo ao sistema jurídico brasileiro. Propõe que a inclusão digital seja pensada para muito além do acesso às TIC e da capacitação necessária para o uso de equipamentos e programas. Conclui que a apropriação desses benefícios é determinante para que seja reconhecida como direito fundamental.

Palavras-chave: inclusão digital; direitos fundamentais; internet.

ALMEIDA, Leonardo Góes de. **A inclusão digital como direito fundamental não expresso**. 2015. Dissertação de Mestrado – Programa de Mestrado em Ciência Jurídica – Universidade Estadual do Norte do Paraná.

ABSTRACT

The present work analyzes the digital inclusion as a fundamental right. It has, as a point of departure, the evolutionary process of mankind, giving more importance on the fact that mankind's history can be translated as the technology's history and the society's transformation. It highlights the term "digital inclusion" as an appropriation of the term "social inclusion", that originated itself with the Universal Declaration of Human Rights as of 1948, turning itself common within the speeches among the struggle of the excluded groups by historical, social, economic and cultural factors. It also sustains that the Informations and Communications Technologies, by its countless benefits in the majority of the areas, as a human necessity that, by its axiological character, are appropriated by the society, challenging the ones that are involved in the process of legal norms' production. It studies the fundamental rights and the profile given to them by the Federal Constitution of 1988, that brought a strong valorative content to the brazilian legal system. Proposes that the digital inclusion needs to be thought beyond the access to the ICT and the necessary capacitation to the use of equipments and programs. Concludes that the appropriation of these benefits is determinant to be recognized as a fundamental right.

Keywords: digital inclusion, fundamental rights, internet..

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. DO ANALÓGICO AO DIGITAL: UM BREVE HISTÓRICO.....	9
1.1 A Conquista Social da Terra.....	11
1.2 A Era Digital	28
1.2.1 Histórico e conceitos preliminares acerca da inclusão/exclusão digital... 33	
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E A SEGURANÇA DOS DIREITOS DO HOMEM.....	39
2.1 Perspectiva Histórica: dos Direitos Naturais do Homem aos Direitos Fundamentais Constitucionais	39
2.1.1 Sentido e evolução dos direitos humanos	40
2.1.2 As grandes etapas históricas na afirmação dos direitos humanos	42
2.1.3 Como os direitos se tornaram autoevidentes	44
2.2 Constitucionalismo e direitos fundamentais	47
2.2.1 Constitucionalismo na Idade Média.....	49
2.2.2 Constitucionalismo Moderno	52
2.2.3 Constitucionalismo Contemporâneo: a reivindicação do Estado de Direito	62
2.3 FUNDAMENTOS FILOSÓFICO-JURÍDICOS.....	64
2.3.1 Conceito e Natureza dos Direitos Fundamentais	64
2.3.2 Gerações (Dimensões) dos Direitos Fundamentais	66
3. O DIREITO FUNDAMENTAL À INCLUSÃO DIGITAL	74
3.1 A inclusão digital como Direito	77
3.2 A inclusão digital como direito fundamental	85
CONCLUSÃO	100
REFERÊNCIAS.....	103

INTRODUÇÃO

Nem sempre uma geração é capaz de contemplar as conquistas e desastres por ela praticados. As atrocidades da Segunda Guerra Mundial, por exemplo, ainda transparecem setenta anos depois, assim como a Declaração Universal de Direitos Humanos permanece objeto de análise, evidenciando a sua importância histórica e jurídica.

A atual geração, contudo, parece ter o privilégio de poder olhar para si própria e contemplar as atrocidades e conquistas que lhes são inerentes. A Internet e a explosão tecnológica evidenciam as conquistas desta geração.

O Direito, historicamente, reconhece conquistas sociais e, para reconhecê-las, leva quase uma geração inteira, quando não duas ou mais. Contudo, com o advento das tecnologias, e, principalmente, com a influência de novas tecnologias no campo de direito, por meio de processos digitais, crimes cibernéticos e tantos outros aspectos da era digital, parece ser possível um reconhecimento de tais avanços pelo direito, em tempo real.

Exigir uma positivação do Estado para reconhecer um direito à inclusão digital parece ser demais para um Estado que ainda não efetivou outros direitos fundamentais, já seculares. Entretanto, as demandas sociais exigem cada vez mais rapidamente uma posição do direito no que concerne à tutela de direitos inerentes à inclusão digital.

O Direito pode dar atenção à inclusão digital, mas não pode ser construído a partir de imposições que ofendam garantias jurídicas e nem a partir de teorias que não se adequam ao modelo de direito que vem se afirmando nos últimos anos. É necessária uma teoria que justifique a inclusão digital como direito, mais ainda, como um direito fundamental.

Para tanto, é necessário que seja construída uma concepção de Direito fundamental à inclusão digital e para tanto, no primeiro capítulo desenvolveu-se um conceito mais técnico de inclusão digital. Na verdade, como o trabalho está voltado para um pretense público da área jurídica, o primeiro capítulo foi utilizado como um esclarecimento prévio, uma espécie de sedimentação de alguns conceitos e noções essenciais do que deve ser compreendido como inclusão digital, a fim de se evitar que o trabalho se desenvolva sobre um

conceito vago de inclusão digital ou, o que seria ainda pior, sobre uma ausência de concepção da inclusão digital.

No segundo capítulo, o caminho adotado possui mais de um objetivo. O primeiro objetivo pode ser identificado com a construção e concepção de um estado de Direito. Estabelecer uma premissa de estado de Direito significa estabelecer como premissa um estado pautado e limitado pelo direito, mais ainda, um estado onde o Direito não admite conceitos jusnaturalistas e nem de matriz exclusivamente positivista. Tal percepção é essencial para poder pautar o caminho na construção de um Direito à inclusão digital.

O segundo objetivo perseguido pelo segundo capítulo foi o de construir um conceito histórico dos direitos fundamentais. A importância deste objetivo é latente, visto que se afirmando a o caminho trilhado na concepção dos direitos fundamentais no ocidente é possível desenhar um quadro favorável para a concepção de inclusão digital como direito fundamental

Ressalte-se que a construção histórica dos direitos fundamentais adota a já bem difundida teoria das dimensões ou gerações dos direitos fundamentais, bem como reconstrói a formação política do estado, enquanto estado liberal, social e democrático de direito.

No terceiro e último capítulo foram analisados o ordenamento jurídico a fim de verificar a existência de reconhecimento, mesmo que em âmbito infraconstitucional da inclusão digital. Adentrou-se na natureza acessória e finalística da inclusão digital para ao fim, com base na teoria de Alexy, identifica na inclusão digital um caráter de direito fundamental que pode ser reconhecido pelo estado como direito não expresso, mas que adentra ao sistema jurídico brasileiro pela abertura deixada pelo art. 5º, §2º da Constituição Federal.

A inclusão digital é direito fundamental, mesmo que não expressamente positivado, a construção deste conceito não prescinde de uma boa argumentação jurídica e de uma teoria que deixe claro ao interlocutor a rigidez conceitual própria das grandes teses do direito.

1. DO ANALÓGICO AO DIGITAL: UM BREVE HISTÓRICO

1.1 A Conquista Social da Terra

Uma vez que se pretenda analisar a evolução humana em uma perspectiva temporal, há que se recordar que a origem da vida na Terra remonta há muitos bilhões de anos, sendo que a extinção dos dinossauros se deu há cerca de 65 milhões de anos e, somente entre seis e dez milhões de anos atrás os ancestrais dos homens se distinguiram dos ancestrais dos chimpanzés e gorilas, o que leva à compreensão de que a história humana constitui uma ínfima história de vida (DIAMOND, 2010, p. 42).

Ou ainda, nas palavras de Edward O. Wilson (2013, p. 137):

A chave para as origens da condição humana não será encontrada exclusivamente em nossa espécie, porque a história não começou nem terminou com a humanidade. A chave será encontrada na evolução da vida social dos animais como um todo.

Um momento decisivo para a evolução da vida ocorreu há aproximadamente trezentos e setenta milhões de anos com o aparecimento dos vertebrados, dentre os quais prevaleceram os dinossauros, por quase cem milhões de anos, até a sua extinção, estimada em cerca de sessenta e sete milhões de anos.

As etapas da evolução que se seguem são explicadas por Jared Diamond (2010, p. 42), para quem, “inicialmente, os nossos próprios ancestrais teriam sido classificados como só mais uma espécie de grande símio, mas uma sequência de três mudanças nos lançou na direção dos humanos modernos”.

A primeira mudança, conforme se vê na lição do autor, ocorreu quando, há aproximadamente quatro milhões de anos, os ancestrais humanos habitualmente caminhavam eretos sobre os dois membros traseiros, diferentemente dos gorilas e chimpanzés, que só o faziam ocasionalmente (DIAMOND, 2010, p. 42).

A segunda mudança, também apontada pelo mesmo autor, ocorreu há cerca de três milhões de anos, momento em que a linhagem humana se dividiu

em duas espécies distintas, quais sejam um homem-símio caracterizado por um crânio robusto e dentes muito grandes, o qual se presume ter sido herbívoro, denominado como *Australopithecus robustus*; e um homem-símio com um crânio de estrutura mais leve e dentes menores, o qual se supõe tenha sido onívoro, conhecido como *Australopithecus africanus*. O último homem-símio, denominado *Homo habilis* ('homem habilidoso') evoluiu com um crânio maior, que continuou a crescer, assim como o corpo (DIAMOND, 2010, p. 45).

O *Homo habilis* tinha cérebro maior que os australopitecíneos, mas que representava somente metade do volume do cérebro do *Homo sapiens*.

A posição do *Homo habilis*, e de outras espécies hominíneas existentes na África entre 3 e 2 milhões de anos atrás, é portanto de importância crucial na análise da evolução humana. As mudanças no crânio do *habilis* podem ser interpretadas como o começo da corrida evolutiva até a condição humana moderna. Elas representam não apenas um avanço anatômico, mas uma mudança básica no modo de vida da população de *habilis*. Em termos mais simples, o *habilis* tornou-se mais inteligente que os outros hominíneos à sua volta (WILSON, 2013, p. 50-51).

Surge, então, o *homo erectus* ('o homem que caminha ereto'), que os antropólogos datam de um milhão e setecentos mil anos atrás, sendo que há cerca de um milhão de anos ele deixou o continente africano e expandiu os horizontes, chegando, ao que as ferramentas de pedra e os ossos indicam, ao Oriente Próximo, ao Extremo Oriente e à Europa (DIAMOND, 2010).

Como característica desse um milhão e meio de anos entre o *homo erectus* e o surgimento do *homo sapiens*, anota Jared Diamond (2010, p. 47) que

As únicas ferramentas que sobrevivem desse período são ferramentas de pedra que podem, complacientemente, ser descritas como grosseiras em comparação com as ferramentas de pedra belamente polidas fabricadas até recentemente pelos polinésios, pelos índios norte-americanos e por outros povos modernos da Idade da Pedra. As ferramentas de pedra iniciais variam em forma e tamanho, e os arqueólogos se basearam nessas diferenças para nomeá-los como 'machadinha' e 'cutelo'. Esses nomes ocultam o fato de que nenhuma dessas primitivas ferramentas possui uma forma consistente ou distintiva que sugere uma função específica, como ocorre com as agulhas e pontas de flechas deixadas pelos homens de Cro-

Magnon, muito posteriores.

De aproximadamente quinhentos mil anos atrás data o *homo sapiens* ('o homem sábio'), a respeito do qual Jared Diamond (2010, p. 46) anota que continuou a empregar as mesmas ferramentas que o *Homo erectus* vinha fabricando há quase um milhão de anos, de modo que o aumento drástico no tamanho do seu cérebro não teve grandes significados, e "as pinturas rupestres, as casas e os arcos e flechas só surgiriam dali a centenas de milhares de anos no futuro", ilustrando claramente o paradoxo de que não houve proporção direta entre a ascensão do homem à sua condição (de humanidade) e as mudanças genéticas que enfrentou.

A terceira e última grande mudança, que distinguiu os ancestrais humanos dos simiescos, foi o uso regular de ferramentas de pedra.

No período imediatamente anterior ao Grande Salto Para a Frente, pelo menos três populações humanas distintas ocuparam diferentes partes do Velho Mundo. Foram os últimos humanos verdadeiramente primitivos suplantados por populações totalmente modernas na época do Grande Salto. Consideremos esses dentre os últimos primitivos cuja anatomia é mais bem conhecida e que se tornaram uma metáfora dos rudes sub-humanos: os homens de Neandertal. [...] Os primeiros exemplos de 'crânios mais desenvolvidos' datam de cerca de 130.000 anos e a maioria dos espécimes data de 74.000 anos. Apesar de sua origem arbitrária, o seu fim foi abrupto: os últimos neandertalenses desapareceram há aproximadamente 40.000 anos. Quando eles floresceram, a Europa e a Ásia estavam na Idade do Gelo (DIAMOND, 2010, p. 50-53).

As ferramentas de pedra eram utilizadas agarradas com as mãos, sem cabos nem fixação. Não se apresentam de tipos diferenciados, com funções específicas, da mesma forma que não havia ferramentas de osso padrão, nem arco e flecha. O número de sítios arqueológicos reforça a ideia de que não eram bons caçadores, uma vez que a sua densidade populacional era significativamente mais baixa que a dos Cro-Magnons posteriores. Aliás, os povos anatomicamente mais modernos que viviam na África naquela mesma época não se destacavam como caçadores. Acredita-se que tenham construído algum tipo de abrigo rudimentar para se protegerem do clima frio em que

viviam, sendo que o que resta deles são algumas pilhas de pedras e buracos de colunas, “comparados com os elaborados remanescentes das moradas construídas mais tarde pelos homens de Cro-Magnon” (DIAMOND, 2010, p. 52-53).

Os neandertalenses não deixaram objetos artísticos e as suas ferramentas de cem mil ou quarenta mil anos atrás são essencialmente as mesmas, ou seja, “não variaram no tempo nem no espaço para sugerir a mais humana das características, a inovação”. Foram os primeiros a deixar evidências do uso regular do fogo e de cuidados com os doentes e anciãos (DIAMOND, 2010, p. 53-54).

Os contemporâneos mais bem caracterizados dos neandertalenses são os da África, alguns dos quais tinham uma anatomia craniana praticamente moderna. (...) As ferramentas de pedra desses africanos de aparência moderna eram muito similares às dos neandertalenses, cuja aparência decididamente não era moderna, e por isso nos referimos a eles como ‘africanos do Paleolítico Médio’. Eles ainda careciam de utensílios de ossos padronizados, arco e flecha, redes, anzóis, arte e de uma variação cultural das ferramentas entre um lugar e outro. Apesar dos seus corpos modernos, esses africanos ainda não tinham tudo o que era necessário para dotá-los de plena humanidade. [...] Como sucedeu com povos anteriores e com os caçadores modernos da Idade da Pedra, suspeito que a maior parte da dieta desses caçadores um tanto ineficientes do Paleolítico Médio era composta de plantas e pequenos animais (DIAMOND, 2010, p. 55-57).

Outro ponto que merece destaque na exposição diamondiana diz respeito ao fato de que os africanos do Paleolítico Médio eram, definitivamente, mais eficazes do que os chimpanzés, mas não chegavam a ter a habilidade dos boxímanes ou dos pigmeus modernos, não caçavam grandes animais (DIAMOND, 2010, p. 57).

Assim, com Jared Diamond (2010, p. 57), pode-se sintetizar a cena que o mundo humano apresentava no período entre cem mil e cinquenta mil anos atrás, da seguinte forma:

O Norte da Europa, a Sibéria, a Austrália, as ilhas oceânicas e todo o Novo Mundo ainda estavam vazios de gente. Os neandertalenses viviam na Europa e no oeste asiático; na África, gente anatomicamente moderna cada vez mais parecida conosco e, no leste asiático, povos que não se pareciam com

os neandertalenses nem com os africanos, mas que só conhecemos por um punhado de ossos. Pelo menos no início, essas três populações eram primitivas nas ferramentas, no seu comportamento e na capacidade limitada de inovar. (...) As evidências de uma ascensão abrupta são mais claras na França e na Espanha ao final da Idade do Gelo, por volta de 40.000 anos atrás. No lugar dos neandertalenses apareceram povos completamente modernos do ponto de vista anatômico, comumente denominados homens de Cro-Magnon, a partir do sítio francês onde os ossos foram identificados. Se um deles tivesse passeado pela Champs-Élysées em vestimentas modernas, ele ou ela não teria se distinguido dos parisienses (DIAMOND, 2010, p. 57).

Multicitado autor ensina que para os arqueólogos, as ferramentas dos homens de Cro-Magnon são tão significativas quanto o seu esqueleto, muito mais diversos na forma e claros na função do que os registros arqueológicos anteriores. Os utensílios insinuam que a anatomia moderna foi acompanhada pelo comportamento inovador moderno.

Como decorrência dessa inovação apontada pelos arqueólogos, anota Jared Diamond (2010, p. 57) que

Muitas ferramentas ainda eram de pedra, mas feitas de lascas finas retiradas de pedras maiores, o que lhes proporcionava um número dez vezes maior de lâminas cortantes do que as que obtinham anteriormente a partir de uma quantidade dada de pedras brutas. Pela primeira vez surgiram ferramentas feitas de ossos e chifres. Igualmente, as ferramentas eram inequivocamente compostas de várias partes atadas ou coladas, como pontas de lanças fixadas em hastes ou cunhas de machados encaixados em cabos de madeira. As ferramentas são classificadas em distintas categorias com função em geral óbvia, como agulhas, brunidores, pilões e socadores, anzóis, redes e cordas.

Registra, ainda, o seguinte:

Surgem armas sofisticadas para matar a distância e com segurança animais grandes e perigosos – arpões, dardos, lanças e arco e flecha. As cavernas sul-africanas ocupadas por essa população passam a exibir ossos de presas ferozes, como búfalos do Cabo e porcos adultos, enquanto as cavernas europeias estão repletas de ossos de bisões, alces, renas, cavalos e íbices. Até hoje, caçadores armados com poderosos rifles telescópicos têm dificuldade para capturar algumas dessas espécies, que devem ter exigido métodos de caça coletiva altamente especializados, baseados no conhecimento

detalhado do comportamento de cada espécie (DIAMOND, 2010, p. 58).

E complementa:

Vários tipos de evidências comprovam a eficácia desses povos do final da Idade do Gelo como caçadores de grandes presas. Os seus sítios arqueológicos são muito mais numerosos do que os dos anteriores neandertalenses e os dos africanos do Paleolítico Médio, o que implica um êxito maior na obtenção de alimento. Diversas espécies de grandes mamíferos que haviam sobrevivido a muitas Idades do Gelo anteriores estavam extintas ao final da última Idade do Gelo, o que sugere que foram exterminadas pelas novas habilidades dos caçadores humanos (DIAMOND, 2010, p. 58).

Nesse passo, nítido o aperfeiçoamento da tecnologia, que permitia aos humanos a ocupação de novos ambientes por áreas já ocupadas da Eurásia e África, sendo que chegaram à Austrália há cerca de cinquenta mil anos, o que aclara a noção de que existiam embarcações capazes de cruzar até sessenta milhas entre o leste da Indonésia e a Austrália; chegaram ao norte da Rússia e da Sibéria há aproximadamente vinte mil anos, o que comprova diversos avanços, a exemplo das vestimentas costuradas, “cuja existência se reflete nas agulhas com buracos, nas pinturas rupestres de parcas e nos ornamentos das tumbas com desenhos de saias e calças”, e das peles quentes; além, ainda, das moradias apuradas, com colunas, pisos e paredes feitos de ossos de mamute. A ocupação da Sibéria e do Alasca cominou na ocupação da América do Norte e da América do Sul, há cerca de onze mil anos (DIAMOND, 2010, p. 58-59).

Os neandertalenses obtinham matérias-primas a poucos quilômetros de casa, mas os homens de Cro-Magnon e seus contemporâneos praticavam trocas em longas distâncias não só em busca de matérias-primas, como também de ornamentos ‘inúteis’. Utensílios de pedras de alta qualidade, como obsidiana, jade e pederneiras são encontrados a centena de quilômetros das jazidas dessas pedras. O âmbar do Báltico chegou ao sudeste europeu, e conchas mediterrâneas foram levadas ao interior da França, Espanha e Ucrânia. O sentido estético evidente que se reflete nas trocas do final da Idade Média do Gelo está relacionado aos avanços que mais admiramos nos homens de Cro-Magnon: a sua arte (DIAMOND, 2010, p.

60).

Assim ocorreu a substituição dos neandertalenses por populações anatomicamente modernas, que teriam vivido até os sessenta anos, o que resultou do aperfeiçoamento dos utensílios necessários para a sobrevivência e de algumas mudanças biológicas.

Até essa mudança, a cultura humana se desenvolveu a “passos de tartaruga” por milhões de anos, sendo que a evolução cultural que houve nos últimos quarenta mil anos foi maior do que no milhão de anos anteriores.

Durante a maior parte dos muitos milhões de anos desde que a nossa linhagem divergiu da linhagem dos primatas antropóides, continuamos vivendo como meros chimpanzés glorificados. Num período recente, de 40 mil anos atrás, o oeste europeu ainda era ocupado por neandertalenses, seres primitivos para os quais a arte e o progresso mal existiam. Então houve uma mudança abrupta, com o aparecimento de gente anatomicamente moderna na Europa, que trouxe arte, instrumentos musicais, lamparinas, comércio e progresso. Pouco depois, os neandertalenses desapareceram (DIAMOND, 2010, p.).

Com base no que até agora foi exposto, ainda que de forma preliminar, tem-se traçada a história evolutiva do homem pelo surgimento dos humanos com anatomia e capacidades comportamentais completamente modernas, o que, na concepção diamondiana foi o “grande salto para frente”.

Cada uma das etapas evolutivas foi uma adaptação completa em si mesma, que requereu uma sequência específica de uma ou mais pré-adaptações que ocorreram anteriormente.

O *Homo sapiens* é a única espécie de mamífero grande – portanto grande o suficiente para desenvolver um cérebro do tamanho humano – que deu todas as guinadas necessárias no labirinto evolutivo. A sua primeira adaptação foi a vida em terra. O progresso em tecnologia, além das pedras lascadas e flechas de madeira, requer o fogo. A segunda pré-adaptação foi um corpo de tamanho grande, de uma magnitude alcançada na história da Terra apenas por uma porcentagem minúscula de espécies de animais terrestres (WILSON, 2013, p. 61-62).

Em seguida, na sucessão de pré-adaptações, vieram as mãos tenazes

com dedos espatulados macios que se desenvolveram para segurar e manipular objetos separados. Para usar mãos e dedos com eficácia, as espécies candidatas à eussocialidade tiveram de liberá-los da locomoção a fim de manipular objetos com facilidade e habilidade. Os seres humanos modernos são geniais na manipulação de coisas com as mãos e com os dedos. Os poderes integradores do cérebro para as sensações advindas da manipulação de objetos transbordam para todos os demais domínios da inteligência (WILSON, 2013, p. 62-63).

O passo subsequente – a próxima guinada acertada no labirinto evolutivo – foi uma mudança na dieta para incluir uma quantidade substancial de carne. As vantagens da cooperação na busca da carne levaram à formação de grupos altamente organizados, sendo que

As primeiras sociedades consistiam em famílias estendidas, mas também em adotados e aliados. Expandiram-se até uma população que pudesse ser sustentada pelo ambiente local. Uma população expandida constituiu uma vantagem nos conflitos que inevitavelmente surgiam entre diferentes grupos. Essa etapa e as vantagens resultantes dela são vistas não apenas nos humanos atuais – tanto os caçadores-coletores como os habitantes urbanos – mas também, em um grau limitado, nos chimpanzés. Cerca de 1 milhão de anos atrás, sucedeu-se o uso controlado do fogo, uma vitória singular dos homínídeos. [...] Junto com a carne, o fogo e o ato de cozinhar, os locais de acampamento durando mais que uns poucos dias e, portanto, persistentes o suficiente para serem defendidos como um refúgio, marcaram o seguinte e vital passo evolutivo.[...] Junto com os locais de acampamento ao pé do fogo veio a divisão do trabalho. Ela surgiu automaticamente: já existia uma predisposição dentro dos grupos à auto-organização por hierarquias dominantes (WILSON, 2013, p. 63-64).

Nessa quadra histórica, importante a observação feita por Edward O. Wilson (2013, p. 23), ao introduzir a abordagem acerca da eussocialidade, no sentido de que os seres humanos passaram a criar culturas por meios de linguagens maleáveis e a inventar símbolos que possibilitam a compreensão mútua e geraram desta forma, redes de comunicação infinitamente maiores do que a de qualquer animal.

É de ser observado, como propõe o autor, que o *Homo Sapiens* é o que os biólogos denominam ‘eussocial’, o que significa que os membros do

grupo abrangem várias gerações e tendem a realizar atos altruístas como parte de sua divisão de trabalho. Para “jogar o jogo à maneira humana”, as populações em evolução tiveram de adquirir um grau crescente de inteligência. Tiveram de sentir empatia pelos outros, avaliar as emoções, tanto de amigos como de inimigos, julgar as intenções de todos eles e planejar uma estratégia para as interações sociais. Conseqüentemente, o cérebro humano tornou-se ao mesmo tempo altamente inteligente e intensamente social (WILSON, 2013, p. 27-28).

Aliás, refletindo sobre o poder e a universalidade da tendência de formar grupos, o autor acentua ainda que

As pessoas precisam de uma tribo. Ela proporciona um nome, além de um sentido próprio e social em um mundo caótico. Torna o ambiente menos desorientador e perigoso. O mundo social de cada ser humano moderno não é uma tribo única, e sim um sistema de tribos entrelaçadas, em meio às quais costuma ser difícil encontrar uma só bússola. [...] O impulso elementar de participar com profundo prazer de grupos se traduz facilmente, num nível mais alto, em tribalismo. As pessoas tendem ao etnocentrismo (WILSON, 2013, p. 77-80).

Uma pessoa etnocêntrica considera que as normas e valores da sua própria cultura são melhores do que as das outras culturas, o que frequentemente dá origem a preconceitos e ideias sem qualquer fundamento. Uma visão etnocêntrica demonstra desconhecimento dos diferentes hábitos que formam as diferentes culturas, levando ao desrespeito, à depreciação e intolerância com quem apresenta traços diferentes, marcando atitudes impregnadas de preconceitos.

E é justamente a partir do reconhecimento dessa tendência humana, que se compreende a importância da socialização, que equivale ao processo de ensinar a pessoa a participar da sociedade, o que tem início com o nascimento e se estende até a morte, caracterizando um grande processo de aprendizagem. Tal fato ocorre porque a pessoa precisa ser treinada para exercer os vários papéis que se apresentam em sociedade. Esse treinamento inicial ocorre junto à família, que o prepara para a socialização em outros grupos sociais (GUERRA, 2004, p. 5).

As ideias até aqui expostas procuraram demonstrar de que forma, na

marcha da história, o modo de agir humano vem se modificando. Tal fenômeno, aliás, é inerente à própria essência do objeto do presente estudo.

Por outras palavras, cabível se mostra o questionamento a respeito dos traços determinantes da condição humana. E como uma primeira resposta, Hannah Arendt (2014) adianta que se o nascimento insere o homem no mundo, no mundo humano ele somente se insere através de palavras e atos, em uma forma de segundo nascimento.

Parece, pois, pouco mais que evidente, na matriz arendtiana, que a condição humana compreende mais que as condições sob as quais a vida foi dada ao homem. Nesse sentido,

Os homens são seres condicionados, porque tudo aquilo com que eles entram em contato torna-se imediatamente uma condição de sua existência. (...) Além das condições sob as quais a vida é dada ao homem na Terra e, em parte, a partir delas, os homens constantemente criam suas próprias condições, produzidas por eles mesmos, que, a despeito de sua origem humana e de sua variabilidade possuem o mesmo poder condicionante das coisas naturais. O que quer que toque a vida humana ou mantenha uma duradoura relação com ela assume imediatamente o caráter de condição da existência humana (ARENDE, 2014, p. 217-218).

A reforçar essa noção, a mesma autora ainda observa que

É com palavras e atos que nos inserimos no mundo humano, e essa inserção é como um segundo nascimento, no qual confirmamos e assumimos o fato simples do nosso aparecimento físico original. Não nos é imposta pela necessidade, como o trabalho, nem desencadeada pela utilidade, como a obra. Ela pode ser estimulada pela presença de outros a cuja companhia possamos desejar nos juntar, mas nunca é condicionada por eles; seu impulso surge do começo que veio ao mundo quando nascemos e ao qual respondemos quando começamos algo novo por nossa própria iniciativa. [...] O fato de o homem ser capaz de agir significa que se pode esperar dele o inesperado, que ele é capaz de realizar o infinitamente improvável (ARENDE, 2014, p. 219-220).

E mais adiante arremata:

Se a ação, como início, corresponde ao fato do nascimento, se é a efetivação da condição humana da natalidade, o discurso

corresponde ao fato da distinção e é a efetivação da condição humana da pluralidade, isto é, de viver como um ser distinto e único entre os iguais. [...] Ao agir e falar, os homens mostram quem são, revelam ativamente suas identidades pessoais únicas, e assim fazem seu aparecimento no mundo humano, enquanto suas identidades físicas aparecem, sem qualquer atividade própria, na conformação singular do corpo e no som singular da voz. [...] A rigor, o domínio dos assuntos humanos consiste na teia das relações humanas que existe onde quer que os homens vivam juntos (ARENDDT, 2014, p. 220-228).

Em igual sentido, Edward O. Wilson (2013, p. 137-271) escreve que a explosão de inovações que levou a humanidade ao domínio mundial com certeza não resultou de uma única mutação fortalecedora. Tampouco adveio como alguma inspiração mística que desceu sobre nossos ancestrais batalhadores. Nem pode ter resultado do estímulo de terras novas e recursos abundantes – desfrutados também pelas espécies relativamente pouco progressistas dos cavalos, leões e macacos antropóides. Mais provavelmente o que dotou o *Homo sapiens* de uma capacidade tão elevada para a cultura foi a aproximação gradual e enfim chegada a um divisor de águas com a transposição de um nível limítrofe de capacidade cognitiva.

Explicativa a asserção do autor de que a diferença básica e crucial entre a cognição humana e a de outras espécies de animais,

[...] incluindo nossos parentes genéticos mais próximos, os chimpanzés, está na capacidade de colaborar com o propósito de atingir metas e intenções compartilhadas. A especialidade humana é a intencionalidade, amoldada por uma memória operacional imensa. Tornamo-nos experts em interpretar a mente e os campeões mundiais em inventar cultura. Não apenas interagimos intensamente entre nós, como fazem outros animais com organizações sociais avançadas, mas em um grau singular acrescentamos o impulso por colaborar. [...] Os seres humanos estão emaranhados em redes sociais. Como o proverbial peixe n'água, temos dificuldade em conceber qualquer lugar diferente desse ambiente mental que desenvolvemos (WILSON, 2013, p. 273).

Com efeito, não há como deixar de destacar, na eloquente lição do autor, a seguinte passagem:

A linguagem foi o Graal da evolução social humana. Uma vez consolidada, concebeu poderes quase mágicos à espécie

humana. A linguagem utiliza símbolos e palavras arbitrárias para transmitir significado e gerar um número potencialmente infinito de mensagens. É capaz de, em última análise, expressar, ao menos de forma aproximada, tudo que os sentidos humanos conseguem perceber, cada sonho e experiência que a mente humana consegue imaginar, e cada enunciado matemático que nossas análises conseguem desenvolver. Parece lógico que a linguagem não criou a mente, mas vice-versa. A sequência na avaliação cognitiva foi da interação social intensa nos primeiros povoados a um sinergismo com capacidade crescente de interpretar e agir conforme as intenções, a uma capacidade de criar abstração ao lidar com os outros e o mundo externo e, finalmente, à linguagem (WILSON, 2013, p. 275).

Para Peter L. Berger (1991, p. 79-86), no processo de socialização, a pessoa passa a ser identificada com precisão no mapa social. O autor acentua que as pessoas se localizam em setores específicos do sistema social, sendo que a sociedade as precedeu e sobreviverá a todos, constituindo “paredes de nosso tempo”.

Importante neste momento destacar, com Celso Albuquerque Mello (1996, p. 4), um conceito de sociedade, por mais impreciso que possa ser. Acentua o autor os três significados mais comuns empregados para o termo:

a) Um sentido mais lato refere-se à totalidade das relações sociais entre as criaturas humanas; b) Cada agregado de seres humanos de ambos os sexos e de todas as idades, unidos num grupo que se autopropetua e possui suas próprias instituições e culturas distintas em maior ou menor grau, pode ser uma sociedade; c) As instituições e a cultura de um grupo de pessoas de ambos os sexos e todas as idades, grupo esse inclusive, mais ou menos distinto e que se autopropetua.

Nesse rumo, múltiplas definições, decorrentes das várias facetas e imprecisões relacionadas ao termo ora em comento, complementam-se. Busca-se sistematizar e estabelecer diferenciações entre sociedade e comunidade, considerando-se a intensidade do vínculo psicológico nos grupos sociais.

As comunidades são compostas por indivíduos unidos por laços naturais ou, ainda, por objetivos comuns que transcendem os interesses particulares. Simpatia, afinidade e sentimento de pertencer ao grupo caracterizam os indivíduos, assegurando a sua união e a cooperação de cada

um.

Na origem, a comunidade foi causada por necessidades que exigiram a união dos indivíduos como condição indispensável para superá-las. No processo desta união, as necessidades humanas se totalizaram, como ainda se totalizam, na necessidade maior que as envolve, extremamente geral, primariamente fundamental: a necessidade da comunidade (BARROS, 2003, p. 16).

As sociedades, diferentemente, são grupos baseados na vontade livre das pessoas que os integram ou que formam uma associação deliberada para a consecução de determinados fins. Os contratos se estabelecem na base dos interesses individuais.

Vê-se, portanto, que o querer orgânico reúne em si as condições da comunidade, ao passo que a vontade refletida produz a sociedade.

Admitida essa premissa, um próximo passo que se anuncia é a perquirição acerca da conjuntura social pós-moderna marcada pela globalização, bem como a verificação, com lentes mais aguçadas, de quais seriam os desafios e exigências que essa nova conjuntura apresenta.

A globalização pode ser definida como um processo inerente à sociedade global, relacionado à economia, tecnologia, sociedade, informação e cultura, que tem sua raiz na revolução dos meios de produção, transporte e comunicação, e também na liberalização e abertura dos mercados nacionais.

Não se trata, portanto, de um fenômeno novo, mas, isto sim, há séculos em evolução, intensificando os fluxos de pessoas, bens, capitais e hábitos culturais.

As Grandes Navegações e a Revolução Industrial foram dois momentos importantes desse processo. Com eles, o espaço geográfico mundial tem caminhado em direção a uma crescente homogeneidade, que resulta da imposição de um sistema econômico mundial, acompanhado por rápidas transformações sociais e culturais.

De qualquer modo, importa, nesta quadra, que se tenha presente a circunstância, oportunamente destacada por Zygmunt Bauman (2007, p. 7), de que

A 'globalização' está na ordem do dia; uma palavra da moda

que se transforma rapidamente em um lema, uma encantação mágica, uma senha capaz de abrir as portas de todos os mistérios presentes e futuros. Para alguns, “globalização” é o que devemos fazer se quisermos ser felizes; para outros, é a causa da nossa infelicidade. Para todos, porém, “globalização” é o destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um processo que nos afeta a todos na mesma medida e da mesma maneira. Estamos todos sendo ‘globalizados’ – e isso significa basicamente o mesmo para todos.

Em verdade – e tal aspecto é destacado por Eric Hobsbawn (2000, p. 27),

Antes de tudo, a globalização depende da eliminação de obstáculos técnicos, não de obstáculos econômicos. Ela resulta da abolição da distância e do tempo. Os revolucionários avanços tecnológicos nos setores de transportes e comunicações, desde o final da Segunda Guerra Mundial, foram responsáveis pelas condições para que a economia alcançasse os níveis atuais de globalização.

Desde logo, percebe-se (ao menos assim se espera) que a Internet nada mais seria do que a expressão tecnológica da globalização. Significativas, nesse ponto, as palavras de Octávio Ianni (2006, p. 119):

Quando o sistema social mundial se põe em movimento e se moderniza, então o mundo começa a parecer uma espécie de aldeia global. Aos poucos, ou de repente, conforme o caso, tudo se articula em um vasto complexo todo moderno, modernizante, modernizado. E o significado por excelência da modernização parece ser a comunicação, a proliferação e generalização dos meios impressos e eletrônicos de comunicação, articulados em teias multimídias alcançando todo o mundo. [...] A noção de aldeia global é uma expressão da globalidade das ideias, padrões e valores socioculturais. Concebe-se como uma teoria da cultura mundial, entendida como cultura de massa, mercado de bens culturais, universo de signos e símbolos, linguagens e significados que povoam o modo pelo qual uns e outros se situam no mundo, ou pensam, imaginam, sentem e agem.

Além disso, nesse sentido de aldeia global, segundo o autor, prevalece a mídia eletrônica como um poderoso instrumento de comunicação, informação, compreensão, explicação sobre o que vai pelo mundo, que passa a desempenhar o singular papel de intelectual orgânico dos centros mundiais

de poder, dos grupos dirigentes das classes dominantes (IANNI, 2006, p. 122).

Aliás, o mesmo autor adverte ainda que

Tudo se globaliza e virtualiza, como se as coisas, as gentes e as ideias se transfigurassem pela magia da eletrônica. A onda da modernidade não para nunca, espalhando-se pelos mais remotos e recônditos cantos (IANNI, 2006, p. 123).

Esse contexto pode ser sintetizado nas seguintes palavras de Octávio Ianni:

A informática transforma radicalmente os processos de trabalho e produção, bem como as formas de sociabilidade. Indivíduos e coletividades se movem e se reproduzem cada vez mais através das técnicas e procedimentos informáticos, mediados em âmbito local, nacional, regional e mundial. A produção, distribuição, troca e consumo dos mais diversos bens como a educação e a saúde, o esporte e a religião, a política e o governo estão passando por esse processo de mediação tecnológica (*apud* ROVER, 2006, p. 89).

Nicholas Negroponte aclara a noção de que o que se tem é o modo de vida digital se tornando realidade, pois “a informática não tem mais a ver com os computadores, tem a ver com a vida das pessoas” (*apud* ROVER, 2006, p. 96).

Justamente no que diz com este ponto, resulta evidente a conexão com a inclusão digital, que merecerá atenção mais detida no próximo segmento.

E dentro desse ambiente, como consequência das tecnologias, os meios de comunicação auferem maiores recursos, mais dinamismos, alcances longínquos. Esses meios quebram ou excedem fronteiras, culturas, idiomas, religiões, regimes políticos, variedades e dessemelhanças socioeconômicas e hierarquias raciais, de sexo e idade.

Esse comportamento influencia a vida das pessoas e das próprias cidades, fazendo com que a cidade real venha a ceder espaço para uma cidade virtual, conforme leciona Paul Virilio (1999, p. 18).

A questão da existência de dois espaços distintos – o território delimitado geograficamente (cidade real) e o ciberespaço (cidade virtual), que é o espaço da “inteligência coletiva”, é enfrentada por Pierre Lévy (2008, p. 194-

195) através da articulação, de tal forma que as diferenças entre esses dois ambientes

são também qualidades de processos sociais que se opõem. As instituições territoriais são antes hierárquicas e rígidas, enquanto as práticas dos cibernautas têm tendência a privilegiar os modos transversais de relação e fluidez de estruturas.

Nesse ponto, é bem de se ver que as possibilidades técnicas estariam para incitar a colaboração coletiva no trato de problemas e possibilidades de soluções também coletivas, aproximando ao máximo essas ações dos grupos envolvidos.

Conclui-se que a proposta do autor – de articular os dois espaços – não pretende eliminar e nem mesmo substituir um pelo outro. Pretende, diferentemente, compensar, naquilo que for possível, a lentidão, a inércia e a rigidez indelével do território por sua exposição em tempo real no ciberespaço. Visa, também, a permitir a solução e, sobretudo, a elaboração dos problemas da cidade por meio da colocação em comum das competências, dos recursos e das ideias.

Assim é que merece acolhida a lição do filósofo, ao pontificar que

Habitamos todos os meios com os quais interagimos. Habitamos (ou habitaremos), portanto, o ciberespaço da mesma forma que a cidade geográfica e como uma parte fundamental de nosso ambiente global de vida. A organização do ciberespaço procede de uma forma particular de urbanismo ou de arquitetura, não física, cuja importância só irá crescer. Contudo, a arquitetura suprema procede do político: ela diz respeito à articulação e ao papel respectivo dos diferentes espaços. Colocar a inteligência coletiva no posto de comando é escolher de novo a democracia, reutilizá-la por meio da exploração das potencialidades mais positivas dos novos sistemas de comunicação (LÉVY, 2008, p. 196).

Não se refuta os apontamentos de Pierre Lévy no tocante ao uso do *ciberespaço*, que exige profunda reforma das mentalidades, dos modos de organização e dos hábitos políticos. Pelo contrário, recorrendo-se novamente ao autor, desvela-se que

[...] uma política voluntarista por parte dos poderes públicos, de coletividades locais, de associações de cidadãos e de grupos de empresários pode colocar o *ciberespaço* a serviço do desenvolvimento de regiões desfavorecidas, explorando ao máximo o seu potencial de inteligência coletiva: valorização das competências locais, organização das complementaridades entre recurso e projetos, trocas de saberes e experiências, redes de ajuda mútua, maior participação da população nas decisões políticas, abertura planetária para diversas formas de especialidades e de parceria etc. (2008, p. 185-186).

Enumerados os problemas, são sugeridas as seguintes soluções:

A verdadeira democracia eletrônica consiste em encorajar, tanto quanto possível – graças às possibilidades de comunicação interativa e coletiva oferecidas pelo ciberespaço – , a expressão e a elaboração dos problemas das cidades pelos próprios cidadãos, a auto-organização das comunidades locais, a participação nas deliberações por parte dos grupos diretamente afetados pelas decisões, a transparência das políticas públicas e sua avaliação pelos cidadãos (LÉVY, 2008, p. 186).

Não há grupo ou organização específica que controle essa ampla rede mundial. A verdade é que não há nenhuma centralização gerencial para a Internet. Pelo contrário, trata-se de uma junção de milhares de redes e organizações individuais, cada uma delas gerida e sustentada por seu respectivo usuário.

Cada rede coopera com outras redes para administrar o tráfego da Internet, de modo que os dados possam percorrê-las. Juntas, todas essas redes e organizações estruturam o mundo conectado da Internet. Para que redes e computadores contribuam desse modo, entretanto, é imprescindível que haja um acordo geral sobre alguns itens, como procedimentos na Internet e padrões para protocolos.

Tais redes que compõem a Internet podem ser encontradas em empresas privadas, universidades, agências governamentais e serviços comerciais e são fundadas separadamente umas das outras, através de várias formas, como taxas de usuários, suporte de associados, impostos e doações.

Conforme definido na alínea “a” do item 3 da Norma 004/95, aprovada pela Portaria nº 148 do Ministério das Comunicações, Internet é o “nome

genérico que designa o conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o software e os dados contidos nestes computadores.”

Já o Marco Civil da Internet (Lei 12965/14) a define como “o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes”.

A transnacionalidade proporcionada pela Internet corresponde à articulação diferente entre o espaço real e a criação de um novo domínio de contestação política e ambiência cultural que são equivalentes ao espaço tal qual se experimenta.

São assim denominados de *ciberespaço* e *cibercultura*.

Na cultura do livro, os escritores escrevem mas são os editores que decidem o que se publica. Uma vez atingido o patamar de publicação e distribuição (livrarias, bibliotecas), o livro adquire um estatuto de texto impresso permanente, o que dá autoridade ao autor pelo leitor conferida. Ora, o hipertexto não está impresso, não tem necessariamente um autor, não passou por uma autoridade de controlo de qualidade (editor), não custa dinheiro e o seu acesso faz-se por intermédio de um portal sem identidade espacial. Os hipertextos dialogam entre si por meio de ligações internas, são muito inter-referenciais. O leitor do hipertexto desloca-se através de mundos mutantes e tentadores (VILCHES, 2013, p. 155).

A capacidade das redes para introduzir novos atores e novos conteúdos no processo de organização social, com relativa independência dos centros de poder, aumentou ao longo do tempo com a mudança tecnológica e, mais concretamente, com a evolução das tecnologias da comunicação (CASTELLS, 2009, p. 48).

A história da humanidade é a história da tecnologia e da própria evolução da sociedade. Evidentemente, este é um processo dialético que constrói visões de mundo que constitui todos os indivíduos em cada época de sua evolução (ROVER, s.d, s.p, *online*).

1.2 A Era Digital

Na seara da informação e do conhecimento, o cenário atual é o de redes interligadas, que teve um crescimento visível a partir da década de 90 e aumentou exponencialmente nos últimos anos.

Realidade esta que vem assim desvelada por Aires José Rover (2006, p. 87):

Hodiernamente, o homem vive num mundo em que a vagareza do ritmo biológico não determina mais a evolução da sociedade humana, mas o mundo da velocidade de transporte digital das informações. O indivíduo pós-moderno não tem mais tempo e por todos os lados está determinado por máquinas que, em princípio, podem lhe tirar a consciência do trabalho que realiza e, por conseguinte, sua capacidade de criação no mundo. Sua matéria-prima é a informação que diretamente molda, mas não determina os processos da existência individual e coletiva. Organiza-se numa verdadeira forma de rede, bem adequada à crescente complexidade das interações que ocorrem, pois é baseado na flexibilidade, na possibilidade dos processos serem reversíveis, bem como das organizações e instituições serem modificadas fundamentalmente pela auto-organização de seus componentes. Há convergência de tecnologias específicas para um sistema altamente integrado e que se torna interdependente. Tudo é muito dinâmico. O tempo voa e o jeito é aprender a pilotá-lo. Na era digital a urgência caracteriza o relacionamento entre profissionais e seus clientes e o aperfeiçoamento diário tornou-se uma obrigação.

Tudo ocorre em alta velocidade. Todos os processos que envolvem a sociedade exigem um grande número de decisões num intervalo de tempo o mais ínfimo possível. A tecnologia e a economia e, em consequência, os demais sistemas sociais refletem bem essa revolução, que gera um novo paradigma constituído de um agrupamento de inovações técnicas, organizacionais e administrativas, inter-relacionadas, cujo fator-chave são os insumos baratos de informação derivados do avanço da tecnologia em microeletrônica e telecomunicações, caracterizadas pela queda dos custos relativos e pela disponibilidade universal.

A tecnologia que marcava, há algumas décadas, o imaginário dos grandes diretores de Hollywood, em seus filmes de ficção científica, foi alcançada e de tal forma superada, já que uma parcela significativa das famílias de classe média e alta é contemplada com vários itens

eletroeletrônicos que vêm se tornando cada vez mais comuns.

Já não parece possível sair de casa sem portar o aparelho celular, da mesma forma não parece que referido telefone móvel tenha alguma serventia quando não conectado a Internet, assim como viajar com a família sem antes calcular a rota pelo GPS¹ também parece inviável.

Além desses exemplos, outros tantos poderiam ser elencados.

Seria possível empregar grande parte da presente dissertação somente para demonstrar o quanto as inovações tecnológicas vêm se tornando cada vez mais imprescindível ao cotidiano e responsável por duas necessidades para quem se habitua a utilizá-la: a obtenção de conteúdo, o que justifica a aquisição de aparelhos, e a produção e compartilhamento de conteúdos. Necessidades estas, que por seu caráter axiológico, são apropriadas pela sociedade, desafiando os envolvidos na produção de normas jurídicas voltadas para o tema.

As inovações tecnológicas estão geralmente disponíveis em todos os lugares. Em contraste, as inovações sociais devem ser adaptadas às culturas específicas da sociedade a menos que elas tomem em conta os problemas decorrentes das características regionais, locais, ou étnicas, devendo-se ter em consideração as tradições sociais, os valores específicos ou as estruturas sociais estabelecidas. As inovações sociais são igualmente importantes para a implantação de inovações tecnológicas. A relação com as inovações na tecnologia – como as vinculadas aos computadores e internet em geral – precisa ser apreendida, pois especialmente as pessoas idosas têm problemas com elas. São exemplos da necessidade de interação entre as necessidades tecnológicas e as inovações sociais, o teletrabalho e o telediagnóstico médico. Essas inovações, para ser aplicadas, necessitam ser socialmente aceitas pelas pessoas envolvidas para assim poder gerar benefícios (HOFFMANN-RIEM, 2015, p. 13-14).

Veja-se, contudo, que esta revolução tecnológica não está ao alcance de todos, como será tratado no tópico seguinte.

Desse modo, a despeito do assunto inclusão digital, constata-se que integra diversas narrativas e reivindicações, com adesão inclusive dos meios políticos, de modo que passa a ser inserida na seara de obrigações do Estado,

¹ *Global Positioning System*, ou Sistema de posicionamento global.

em razão da dependência do desenvolvimento de políticas públicas específicas para a sua efetivação.

É bem de ver que ao se considerar que a inclusão digital está no campo da obrigação do Estado, devendo ser tratada no patamar dos direitos de primeira grandeza, provoque discordâncias com espreque no fato de que a inclusão social ainda não é uma realidade efetivada para muitos brasileiros.

Centra-se, pois, a tese de referidos críticos, na exclusão social, de molde a apontar a inclusão digital como um direito de menor premência.

Mas há como se imaginar alguém ser incluído socialmente sem o sê-lo pelo viés digital? No contexto do presente trabalho tem-se que não.

A exclusão digital acentua as desigualdades, de forma a dificultar ainda mais a inserção social e impedir o exercício da plena cidadania.

As necessidades humanas estão em constante transformação, o que se explica em razão das práticas históricas, econômicas, culturais e, evidentemente, da evolução social e tecnológica. Dessa forma, inequívoca a concepção de que o Direito não tem uma essência inerte, mas, isto sim, está em constante construção, de molde a acompanhar os novos valores apropriados pela sociedade.

Do transporte que se faça dessa ideia de transformação social e do respectivo mecanismo de construção e fundamentação do sistema jurídico, surge a noção clara de que o Direito não acompanhou a desenfreada disseminação tecnológica das últimas décadas e está muito aquém dos anseios pós-modernos.

Percebe-se, pois, que há uma crise generalizada do Direito ao enfrentar as novas práticas do mundo globalizado e sem fronteiras.

A nova sociedade digital encontra-se dividida em duas classes: conectados e não conectados. Interessante notar a relação existente, nesse processo, com a divisão de classes no capitalismo, em que se dividem os recursos de interatividade na sociedade da informação: às elites conectadas, todas as formas de acesso às redes e conhecimentos; aos desconectados resta a limitação dos meios de comunicação de massa (VILCHES, 2013, p. 27-31).

Nessa linha de raciocínio, a expressão “desconectados” abarca os excluídos digitalmente, tanto por falta de capacidade técnica, quanto social,

cultural, intelectual, e econômica de acesso às novas tecnologias e aos desafios da sociedade da informação, ou seja, essa incapacidade não deve ser vista de forma meramente técnica ou econômica, mas também cognitiva e social.

A perspectiva meramente tecnocrática deve ser abandonada em prol de uma visão mais complexa do processo de inclusão. A ação de incluir deve objetivar a ampliação dos capitais técnico, cultural, social e intelectual (LEMOS, 2007, p. 42).

É lapidar a conclusão de Pierre Lévy (2008, p. 237) no que diz com a exclusão digital como reflexo natural da sociedade da informação:

Cada novo sistema de comunicação fabrica excluídos. Não havia iletrados antes da invenção da escrita. A impressão e a televisão introduziram a divisão entre aqueles que publicam ou estão na mídia e os outros.

Com base nisso, defende-se que a inclusão digital assume um papel fundamental enquanto necessidade social e econômica, sendo decorrente da preocupação com a exclusão. Seu conceito prevê que as pessoas na atual sociedade da informação precisam estar habilitadas para acessar, adaptar e criar informação e conhecimento, por meio das tecnologias disponíveis.

Nesse passo, conforme aponta Edilson Cazeloto (2008, p. 17), deve ser reconhecido que toda a sociedade deve se empenhar em exorcizar este novo fantasma, “que ameaça deixar uma parte gigantesca da humanidade no mais completo obscurantismo: a exclusão digital”.

Mais adiante, o autor complementa:

Como todos os demônios temíveis, essa ameaça de privação da luz indireta das telas recebe vários nomes: *apartheid* digital, *tecnoapartheid*, *digital divide* ou abismo tecnológico, entre outros. Em comum, a percepção de que, se não forem tomadas medidas corretivas, a concentração de acesso aos equipamentos informáticos tenderá a ampliar a distância entre os ricos e os pobres, provocando uma cisão irrecuperável na já combatida justiça social. A visão consensual que se estabeleceu nas sociedades tecnologicamente desenvolvidas é que a exclusão digital veio, portanto, somar-se ao arcabouço de misérias e humilhações sofridas por aqueles que não possuem os elementos necessários para participar da sociedade de consumo (CAZELOTO, 2008, p. 17).

Diversos segmentos da sociedade organizam-se e constituem uma nova esfera na luta pela igualdade de oportunidades, com programas de inclusão digital. Declaradamente o objetivo é inserir toda população no ciberespaço, através das mais diversas estratégias de disseminação das máquinas e dos subsídios necessários à plena integração dos menos afortunados à sociedade digital.

Saliente-se que a inclusão digital é uma necessidade e o modo como será efetivada merece profunda reflexão.

A democratização do acesso à internet e às tecnologias em geral é um processo de universalização do conhecimento e exercício da cidadania, garantido pela Constituição Federal de 1988, que não significa massificação.

O objetivo é equiparar oportunidades e fornecer acessos mínimos, sobrelevando a inclusão digital como política pública, tornando o acesso à inclusão considerado tão importante como as demais *commodities*, tais como fornecimento de luz e água.

Quem não aderir aos meios digitais será automaticamente segregado. Há graus de exclusão basicamente resumidos a dois grupos: os voluntariamente excluídos e o excluído social.

Também merece relevo o fato de que é preciso fornecer instrução adequada para quem esteja disposto a compreender o que significa ser um excluído digital e o impacto que isso causa em sua vida.

Não se trata, a inclusão digital, tão-somente da possibilidade do pagamento de contas pela internet, da integração de uma rede social ou do envio e recebimento de e-mails, mas, isto sim, do pleno exercício da *cidadania* e da democratização do acesso ao conhecimento.

Feitas estas considerações, procurar-se-á, na sequência, destacar algumas noções preliminares importantes para a compreensão de todo esse processo.

1.2.1 Histórico e conceitos preliminares acerca da inclusão/exclusão digital

A necessidade social de obtenção e produção de conhecimento, com

todas as suas decorrências, dentro do panorama da inclusão digital, marca a atual quadra histórica, em que o homem se insere virtualmente nas Tecnologias de Informação e Comunicação, fenômeno explicado através de diferentes expressões, a exemplo de *digital divide*, diferença digital, *apharteid* digital, inclusão digital e exclusão digital.

Não há como negar – a despeito da discussão que o tema requer em torno de todos os aspectos históricos, sociais, culturais e econômicos que o envolvem – que uma conceituação clara do que efetivamente é a inclusão digital se revela no mínimo difícil de ser obtida.

Inicialmente, cumpre salientar tratar-se, o termo “inclusão digital”, de uma apropriação do termo “inclusão social”, que surgiu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Assim, à luz do que dispõe a Declaração Universal da ONU, o clamor por inclusão social passou a marcar os discursos em todo o mundo, tornando-se apropriado para definir a luta dos grupos excluídos das práticas sociais, históricas, econômicas e culturais.

A Declaração Universal de 1948 representa, de modo inegável, o apogeu de um processo ético – iniciado com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa –, que cominou no reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua condição de dignidade, ou seja, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. Reconhecimento que somente foi possível quando, ao término da mais desumanizadora guerra da História, chegou-se à conclusão de que a ideia de superioridade de uma raça, de uma classe social, de uma cultura ou de uma religião, sobre todas as demais, põe em risco a própria sobrevivência da humanidade (COMPARATO, 2011, p. 240).

Além disso, convém destacar, por oportuno, que o termo “inclusão digital” passou a ser empregado justamente para determinar a luta pelo acesso às Tecnologias de Informação e Comunicação, como caminho para superação das desigualdades.

Além disso, não se deverá olvidar que se há a necessidade de inclusão, há o reconhecimento da exclusão.

O fator econômico exclui grande parte da população do acesso aos bens das Tecnologias de Informação e Comunicação.

Todavia, percebe-se que este fator vai além da capacidade financeira do consumidor e alcança as empresas de infraestrutura no que diz com os resultados que podem ser auferidos em um determinado espaço geográfico, o que significa que o consumidor poder ter capacidade financeira para a aquisição dos aparelhos necessários, mas não ter acesso às Tecnologias de Informação e Comunicação, com qualidade e quantidade desejadas.

A exclusão digital não está vinculada apenas aos aspectos econômicos, mas alcança também a barreira cultural, em torno da qual há uma complexidade de elementos, assim como a exclusão digital histórica e social, marcada, por exemplo, pelo menor acesso de mulheres em relação aos homens e de negros em relação aos brancos.

O termo 'inclusão digital' já denota em si uma forma de hierarquização. Ele remete a um conjunto de discursos e práticas cujo objetivo é levar a informatização a grupos sociais que, sem esses procedimentos, muito provavelmente não teriam condições de acesso às ferramentas informáticas. Desse modo, não é possível falar, por exemplo, em 'inclusão digital' para adolescentes urbanizados das classes altas ou médias simplesmente porque o uso de computadores já está de tal forma incorporado ao cotidiano desses indivíduos, que a manipulação de interfaces e equipamentos informáticos não se separa de outras dimensões do vivido: ela está na educação, no lazer, nas práticas culturais. A inclusão digital é, portanto, um *artifício da engenharia social* criado para estender ao maior número possível de cidadãos os eventuais benefícios que uma elite já desfruta integralmente, como parte 'natural' de sua inserção na sociedade. Ela despense esforços e recursos públicos e privados para generalizar o conhecimento de técnicas que já estão 'naturalmente' disponíveis a uma minoria, advindo daí a percepção de sua estreita ligação com a ideia de 'democracia': a inclusão digital repousaria sobre o pressuposto ético da igualdade (CAZELOTO, 2008, p. 125).

As estatísticas mostram que nos últimos anos houve um crescimento expressivo do número de usuários conectados à rede mundial de informação. Este número é relativamente bem superior ao caso das tecnologias anteriores.

Por mais significativo que tenha sido o avanço tecnológico no último século, no limiar do terceiro milênio, há ainda uma parcela importante de excluídos dos benefícios da utilização direta das principais tecnologias. Nos

países mais desenvolvidos, há uma tendência de expansão desses benefícios a uma maior parcela da sociedade (PAIS, 2010, p. 101-102).

A exclusão digital começou a ser discutida nos Estados Unidos da América, em 1989, e ganhou impulso durante o governo de Bill Clinton, alguns anos depois, quando ele e seu então vice-presidente Al Gore citaram o termo *digital divide* em um discurso realizado em Knoxville, Tennessee. (BRANDÃO, 2010, p. 17)

De qualquer forma, foi a partir de 1993 que as discussões e os estudos acerca da exclusão digital ganham força com a criação da *National Information Infrastructure* (NII) no documento *Agenda for Action*, onde a internet é colocada como tecnologia básica, que deveria ser universalizada, posta ao alcance de todos os estadunidenses.

A ideia de acesso universal nos Estados Unidos é antiga, desde o tempo em que a tecnologia protagonista era o telefone, conforme destaca Marco Brandão (2010, p. 18):

A questão dos *have nots* do telefone não era tão importante quanto a das tecnologias da informação. O telefone proporciona comunicação um a um, enquanto a Internet permite a interatividade em tempo real com diversos interlocutores em qualquer parte do mundo e transfere informação no formato escrito, audiovisual e até sensorial, recuperando, assim a forma de comunicação que mais se aproxima do ser humano, o que parecia solucionado até então apenas com o império das mídias audiovisuais. A Internet oferece um mundo infinito de informações disponíveis de várias maneiras e, portanto, potencializa infinitas vezes a criação do conhecimento.

No Brasil, o “Projeto Clicar” e as “Escolas de Informática e Cidadania”, criados pela Universidade de São Paulo e pelo Comitê para Democratização da Informática (CDI), são considerados os pioneiros no que se refere a uma primeira tentativa de inclusão digital em larga escala.

Formalmente, as atividades do Projeto Clicar foram realizadas entre 1996 e 2012. Anos em que oportunizaram que milhares de crianças e adolescentes pudessem buscar novos conhecimentos através do livre acesso a computadores, jogos, livros, atividades lúdicas e interativas com a tecnologia, promovendo aprendizagem e desenvolvimento social, numa perspectiva de

educação integral (PROJETO CLICAR, *online*).

O Comitê de Democratização da Informática traz em sua página inicial a informação de que mais de 1 milhão e 640 mil pessoas foram incluídas socialmente através das tecnologias da informação, com três projetos em destaque: CDI Bibliotecas, CDI Escolas e CDI Comunidade (CDI, *online*).

A partir dos projetos ora mencionados, outros tantos despontaram no cenário nacional, fazendo com que o Governo Federal criasse, em 1997, o Programa Nacional de Informática na Educação (ProInfo, atualmente “Programa Nacional de Tecnologia Educacional”), que

É um programa educacional com o objetivo de promover o uso pedagógico da informática na rede pública de educação básica. O programa leva às escolas computadores, recursos digitais e conteúdos educacionais. Em contrapartida, estados, Distrito Federal e municípios devem garantir a estrutura adequada para receber os laboratórios e capacitar os educadores para uso das máquinas e tecnologias. Para fazer parte do Proinfo Urbano e /ou Rural, o município deve seguir três passos: a adesão, o cadastro e a seleção das escolas. A adesão é o compromisso do município com as diretrizes do programa, imprescindível para o recebimento dos laboratórios. Após essa etapa, deve ser feito o cadastro do prefeito em nosso sistema, que permitirá o próximo passo, que é a inclusão das escolas no Proinfo (MEC, *online*).

Difundir a Internet ou colocar mais computadores nas escolas, por si só, não constitui necessariamente grandes mudanças sociais. Isso depende de onde, por quem e para que são usadas as tecnologias de comunicação e informação. (CASTELLS, 2005, p.17).

Hodiernamente, o conceito de inclusão digital se amplia. Não se trata apenas de ter acesso às tecnologias, mas alcança também a qualidade desse acesso: um número cada vez maior de usos exige velocidade de banda larga e computadores inacessíveis à maioria da população dos países em desenvolvimento.

É consenso que ter acesso às Tecnologias da Informação e da Comunicação é imprescindível para o enriquecimento cultural, o desenvolvimento econômico, a igualdade social, a melhoria da educação.

O mundo das comunicações e dos intercâmbios modernos requer educação e formação básica. A igualdade de oportunidades culturais, assim

como de oportunidades econômicas, pode ser muito importante em um mundo globalizante. Estes são alguns dos desafios compartilhados entre o mundo econômico e o mundo cultural.

A abrangência e a intensidade do uso da internet na maioria das áreas da atividade social, econômica e política leva à marginalidade os que têm acesso apenas limitado a ela.

À medida que as tecnologias de acesso se tornam mais complexas, desacelera-se sua adoção pelos grupos de menor acesso educacional e também de renda, aprofundando os nichos de separação, pois a capacidade de processar informações é essencial, produzindo efeitos altamente limitantes e negativos para aqueles que não conseguem utilizar esse acesso, e, por tal motivo ficam muito atrás dos outros.

Educação, informação, ciência e tecnologia são essenciais para gerar valor na economia baseada nas redes interligadas, o que exige investimentos contínuos e muito elevados.

Almeja-se reduzir as distâncias entre aqueles que usufruem plenamente dos benefícios advindos das novas tecnologias e aqueles que são excluídos, por razões sociais, econômicas, geográficas ou demográficas. O que se pensa como princípio, é que esta diminuição da segregação eletrônica não pode prescindir da atuação do poder público, por intermédio de políticas que enfrentem a exclusão digital que aparta parcelas significativas da sociedade das benesses oferecidas pelas plataformas comunicativas da web.

Também se parte do princípio de que o acesso e a efetivação dos direitos fundamentais, bem como a inclusão digital, no contexto brasileiro devem ser promovidos não apenas para dar mais eficiência às ações do Estado, mas, sobretudo, para reafirmar e difundir os instrumentos democráticos, na busca da efetividade aos direitos fundamentais.

Partindo-se da premissa de que necessário se mostra identificar o conteúdo que deve embalar essa nova visão e fornecer-lhe o devido aparato axiológico, que, no presente trabalho, será buscado através do estudo dos direitos fundamentais, desenvolve-se o capítulo seguinte.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E A SEGURANÇA DOS DIREITOS DO HOMEM

Os direitos fundamentais podem ser abordados sob várias classificações. É possível fazer uma abordagem apenas pelas suas características, pelo seu local de positivação, pela sua natureza (status) negativa ou positiva, dentre outros vários critérios adotados.

Comumente utiliza-se a classificação dos direitos fundamentais estabelecidos em dimensões ou gerações que agrega dois critérios de classificação, o histórico e o filosófico-político.

Esta classificação, bastante difundida no país será aqui adotada. Vale ressaltar que se trata de uma construção teórica pautada no modelo de construção de direitos fundamentais a partir das premissas históricas, sociais, econômicas e políticas estabelecidas a partir da Europa.

2.1 Perspectiva Histórica: dos Direitos Naturais do Homem aos Direitos Fundamentais Constitucionais

Vale a pena demarcar, inicialmente, que o direito ocidental em quase todos os seus aspectos jurídicos foi construído sobre dois princípios éticos, o cristianismo e o helenismo grego.

Por isso, ao desenvolver uma análise histórica dos direitos fundamentais deve se ter em conta que tal evolução não abarca uma construção global, mas uma análise decotada pelos princípios éticos cristãos e pelo racionalismo grego, bem como pela história construída a partir do ponto de vista europeu.

Há, de fato, uma significativa importância em uma abordagem histórica dos direitos fundamentais, por ser igualmente correto partir-se do pressuposto de que onde, por que e como nasceram, acima de tudo, diz com a condição humana do indivíduo.

Imperioso se faz destacar alguns momentos, concepções doutrinárias e formas jurídicas que antecederam e exerceram clara influência sobre o seu reconhecimento – no final do século XVIII – em nível de direito constitucional

positivo.

2.1.1 Sentido e evolução dos direitos humanos

O curso inteiro da História pode ser dividido em duas etapas, formando o eixo histórico da Humanidade.

Quando se estabeleceu essa grande linha divisória histórica, conhecida como período axial, as explicações mitológicas que dominavam, até então, o imaginário, foram abandonadas, e o curso posterior da História passou a constituir um desdobramento das ideias e dos princípios durante esse período expostos.

Assim, com Fábio Konder Comparato (2011, p. 21-24), pode-se sintetizar, da seguinte forma, a relevância desse período:

Foi durante o período axial que se enunciaram os grandes princípios e se estabeleceram as diretrizes fundamentais de vida, em vigor até hoje. No século V a.C., tanto na Ásia quanto na Grécia (o 'século de Péricles'), nasce a filosofia, com a substituição, pela primeira vez na História, do saber mitológico da tradição pelo saber lógico da razão. O indivíduo ousa exercer a sua faculdade de crítica racional da realidade.

Outro ponto que merece destaque na concepção de referido autor, diz respeito à coincidência histórica entre a supressão de todo poder político superior ao do próprio povo com o questionamento dos mitos religiosos tradicionais. Não mais se admite que não seja o próprio homem o critério supremo determinante das ações humanas. Este se torna, então, em si mesmo, o principal objeto de análise e reflexão, e aparece, aos seus próprios olhos, como sendo em si mesmo um óbice à compreensão, uma dificuldade proposta à razão humana. Nesse sentido, Comparato (2011, p. 22-23) acentua que

Na linha dessa tendência à racionalização, durante o período axial, as religiões tornam-se mais éticas e menos rituais ou fantásticas. Em lugar dos antigos cultos da natureza, ou da adoração dos soberanos políticos, busca-se alcançar uma esfera transcendental ao mundo e aos homens; [...] Por outro lado, em meio à multidão dos mini-Estados e cidades-Estados

da época, com culturas locais próprias e em perpétua guerra entre si, começam a ser tecidos laços de aproximação e compreensão mútua entre os diversos povos.

A par desses traços, sublinha o autor que o período axial marca o momento histórico em que o ser humano passa a ser considerado, na essência de sua igualdade, como sendo dotado de liberdade e razão, inobstante as inúmeras diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais: fundamento intelectual para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, assim considerados por sua ligação a ela inseparável.

(...) essa convicção de que todos os seres humanos têm direito a ser igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: a lei escrita, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada (COMPARATO, 2011, p. 24).

A primazia da lei escrita tem na Grécia, mais particularmente em Atenas, o seu marco como fundamento da sociedade política, como se verifica no trecho abaixo transcrito:

(...) Na democracia ateniense, a autoridade ou força moral das leis escritas suplantou, desde logo, a soberania de um indivíduo ou de um grupo ou classe social, soberania esta tida doravante como ofensiva ao sentimento de liberdade do cidadão. Para os atenienses, a lei escrita é o grande antídoto contra o arbítrio governamental, pois, como escreveu Eurípedes na peça *As Suplicantes* (versos 434-437), 'uma vez escritas as leis, o fraco e o rico gozam de um direito igual; o fraco pode responder ao insulto do forte, e o pequeno, caso esteja com a razão, vencer o grande (COMPARATO, 2011, p. 25).

O período axial da História representa o despontar da ideia de uma igualdade essencial entre todos os homens, sendo que vinte e cinco séculos foram necessários para que a primeira organização internacional a englobar a quase totalidade dos povos da Terra proclamasse, na abertura de uma Declaração Universal de Direitos Humanos, que 'todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos' (COMPARATO, 2011).

2.1.2 As grandes etapas históricas na afirmação dos direitos humanos

A compreensão da dignidade como valor supremo da pessoa humana e de seus direitos, no decorrer da História, apresenta-se fortemente ligada à dor física e ao sofrimento moral. Essa transformação é assim explicada por Fábio Konder Comparato (2011, p. 50):

A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal de abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, pelas mutilações em massa, pelos massacres coletivos e pelas explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de uma vida mais digna para todos.

E Lynn Hunt (2009, p. 80), com muita propriedade, observa o seguinte:

(...) da década de 1760 em diante, campanhas de vários tipos levaram à abolição da tortura sancionada pelo estado e a uma crescente moderação nos castigos (até para os escravos). Os reformadores atribuíam suas realizações à difusão do humanitarismo do Iluminismo. Em 1786, o reformador inglês Samuel Romilly olhou para trás e afirmou cheio de confiança que 'à medida que os homens refletem e raciocinam sobre esse tema importante, as noções absurdas e bárbaras de justiça que prevaleceram por eras têm sido demolidas, e têm sido adotados princípios humanos e racionais em seu lugar'.

Veja-se, contudo, que além da chave de compreensão histórica ora destacada, quando se analisa a transposição das diferentes etapas da afirmação dos direitos humanos, merece destaque o claro sincronismo que há entre as grandes declarações de direitos e as grandes descobertas científicas ou invenções técnicas.

Comentando a afirmação dos direitos humanos e as invenções técnico-científicas como propulsores, na história moderna, do movimento unificador da humanidade, sobreleva Comparato (2011, p. 51) mais o seguinte:

(...) São os dois grandes fatores de solidariedade humana, um de ordem técnica, transformador dos meios ou instrumentos de convivência, mas indiferente aos fins; o outro de natureza ética, procurando submeter a vida social ao valor supremo da justiça. A solidariedade técnica traduz-se pela padronização de costumes e modos de vidas, pela homogeneização universal

das formas de trabalho, de produção e troca de bens, pela globalização dos meios de transporte e comunicação. Paralelamente, a solidariedade ética, fundada sobre o respeito aos direitos humanos, estabelece as bases para a construção de uma cidadania mundial, onde já não há relações de dominação, individual ou coletiva (COMPARATO, 2011, p. 51).

Evidentemente, uma rápida investigação na história dos termos auxilia na fixação precisa do momento em que surgiram os “direitos humanos”. A expressão não era empregada com frequência pelas pessoas do século XVIII, para as quais o significado divergia do que hoje lhe é atribuído. Assim é que Lynn Hunt (2009, p. 21) coloca a questão:

Durante o século XVIII, em inglês e em francês, os termos ‘direitos humanos’, ‘direitos do gênero humano’ e ‘direitos da humanidade’ se mostraram todos demasiado gerais para servir ao emprego político direto. Referiam-se antes ao que distinguia os humanos do divino, numa ponta da escala, e dos animais, na outra, do que a direitos politicamente relevantes como a liberdade de expressão ou o direito de participar na política. Assim, num dos empregos mais antigos (1734) de ‘direitos da humanidade’ em francês, o acerbo crítico literário Nicolas Lenglet-Dufresnoy, ele próprio um padre católico, satirizava ‘aqueles monges inimitáveis do século VI, que renunciavam tão inteiramente a todos ‘os direitos da humanidade’ que pastavam como animais e andavam por toda parte completamente nus’.

Empregado por Voltaire, em *Tratado sobre a intolerância*, o termo ‘direito humano’ apareceu em francês, pela primeira vez, em 1763, com significado semelhante a ‘direito natural’. Todavia, malgrado a ampla influência da obra, o seu emprego não se difundiu.

Enquanto os ingleses continuaram a preferir ‘direitos naturais’ ou simplesmente ‘direitos’ durante todo o século XVIII, os franceses inventaram uma nova expressão na década de 1760 – ‘direitos do homem’ (*droits de l’homme*. [...]) O termo ‘direitos do homem’ começou a circular em francês depois da aparição em *O contrato social* (1762), de Jean-Jacques Rousseau, ainda que ele não desse ao termo nenhuma definição e ainda que – ou talvez porque – o usasse ao lado de ‘direitos da humanidade’, ‘direitos do cidadão’ e ‘direitos da soberania’ (HUNT, 2009, p. 21-22).

Emmanuel-Joseph Sieyès utilizou a expressão no incendiário panfleto

contra a nobreza (O que é o Terceiro Estado). Lafayette, rascunhando uma declaração de direitos, referiu-se explicitamente aos 'direitos do homem', assim como Condorcet, em seu rascunho. Todos do início de 1789.

Antes de 1789, 'direitos do homem' tinham poucas incursões no inglês. A Revolução Americana, todavia, incitou o marquês de Condorcet, defensor do Iluminismo francês, a dar o primeiro passo para definir 'os direitos do homem', que para ele incluíam a segurança da pessoa, a segurança da propriedade, a justiça imparcial e idônea e o direito de contribuir para a formulação das leis. Quando a linguagem dos direitos humanos apareceu, na segunda metade do século XVIII, havia a princípio pouca definição explícita desses direitos. Rousseau não ofereceu nenhuma explicação quando usou o termo 'direitos do homem'. O jurista inglês William Blackstone os definiu como 'a liberdade natural da humanidade', isto é, os 'direitos absolutos do homem, considerado como um agente livre, dotado de discernimento para distinguir o bem do mal' (HUNT, 2009, p. 23).

Não se pode deixar de evidenciar que as grandes conquistas da humanidade foram precedidas de grandes eventos políticos, nem sempre pacíficos e democráticos, mas essenciais para o rompimento com um modelo político e jurídico de um período para construir-se, muitas vezes sobre a ruína do antigo modelo, uma nova concepção de sociedade e de direitos, esse é, porém, o lastro deixado pelas revoluções liberais do século XVIII.

2.1.3 Como os direitos se tornaram autoevidentes

A reforçar a noção de que a afirmação de autoevidência é fundamental para a construção histórica dos direitos humanos, destacando a dificuldade de determinar a sua definição, esclarece Lynn Hunt (2009, p. 24-25) que

Os direitos humanos são difíceis de determinar porque sua definição, e na verdade a sua própria existência, depende tanto das emoções quanto da razão. A reivindicação de autoevidência se baseia em última análise num apelo emocional: ela é convincente se ressoa dentro de cada indivíduo. Além disso, temos muita certeza de que um direito humano está em questão quando nos sentimos horrorizados pela sua violação. Rabaut Saint-Étienne sabia que podia apelar ao conhecimento implícito do que não era 'mais aceitável'. (...)

Diderot dava apenas uma indicação vaga do significado de direitos naturais: 'como homem', concluía, 'não tenho outros direitos naturais que sejam verdadeiramente inalienáveis a não ser aqueles da humanidade'. Mas ele tocara na qualidade mais importante dos direitos humanos: eles requeriam certo 'sentimento interior' amplamente partilhado.

E complementa a autora, dizendo o seguinte:

Até Jean-Jacques Burlamaqui, o austero filósofo suíço da lei, insistia que a liberdade só podia ser experimentada pelos sentimentos interiores de cada homem: 'Tais provas de sentimento estão acima de toda objeção e produzem a *convicção* mais profundamente arraigada'. Os direitos humanos não são apenas uma doutrina formulada em documentos: baseiam-se numa disposição em relação às outras pessoas, um conjunto de convicções sobre como são as pessoas, um conjunto de convicções sobre como são as pessoas e como elas distinguem o certo e o errado no mundo secular. As ideias filosóficas, as tradições legais e a política revolucionária precisaram ter esse tipo de ponto de referência emocional interior para que os direitos humanos fossem verdadeiramente 'autoevidentes'. E, como insistia Diderot, esses movimentos 'tinham de ser experimentados por muitas pessoas, não somente pelos filósofos que escreviam sobre eles' (HUNT, 2009, p. 25, grifo do autor).

Aliás, Lynn Hunt (2009, p. 25-26) ainda destaca que as noções de liberdade e direitos eram sustentadas por um conjunto de pressupostos sobre a autonomia individual, frisando que para ter direitos humanos, as pessoas deviam ser vistas como indivíduos separados, dotadas de capacidade de exercer um julgamento moral independente:

(...) como dizia Blackstone, os direitos do homem acompanhavam o indivíduo 'considerado como um agente livre, dotado de discernimento para distinguir o bem do mal'. Mas, para que se tornassem membros de uma comunidade política baseada naqueles julgamentos morais independentes, esses indivíduos autônomos tinham de ser capazes de sentir empatia pelos outros. Todo mundo teria direitos somente se todo mundo pudesse ser visto, de um modo essencial, como semelhante. A igualdade não era apenas um conceito abstrato ou um slogan político. Tinha de ser internalizada de alguma forma.

Em 1761, um ano antes de publicar “O Contrato Social”, Rousseau ganhou atenção internacional com o romance *Júlia* ou A nova Heloísa, que comovia os leitores ao se identificarem com as personagens, e principalmente com Júlia, o que os predispôs a uma nova forma de empatia.

Embora Rousseau tenha feito circular o termo ‘direitos humanos’, esse não é o tema principal do romance, que gira em torno de paixão, amor e virtude. Ainda assim, *Júlia* encorajava uma identificação extremamente intensa com os personagens e com isso tornava os leitores capazes de sentir empatia além das fronteiras de classe, sexo e nação. Os leitores do século XVIII, como as pessoas antes deles, sentiam empatia por aqueles que lhes eram próximos e por aqueles que eram muito obviamente seus semelhantes – as suas famílias imediatas, os seus parentes, as pessoas de sua paróquia, os seus iguais sociais costumeiros em geral. Mas as pessoas do século XVIII tiveram de aprender a sentir empatia cruzando fronteiras mais amplamente definidas. Por meio da troca fictícia de cartas, em outras palavras, os romances epistolares ensinavam a seus leitores nada menos que uma nova psicologia e nesse processo estabeleciam os fundamentos para uma nova ordem política e social (HUNT, 2009, p. 38, grifo da autora).

A capacidade de empatia não foi inventada no século XVIII. Trata-se de uma característica universal. Todavia, embora seja arraigada à biologia do cérebro, que propicia uma predisposição essencial, cada cultura modela a expressão de empatia de acordo com as suas particularidades. A empatia só se desenvolve por meio da interação social, cujas formas a configuram de importantes maneiras.

No século XVIII, os leitores de romances aprenderam a estender o seu alcance de empatia. Ao ler, eles sentiam empatia além de fronteiras sociais tradicionais entre os nobres e os plebeus, os senhores e os criados, os homens e as mulheres, talvez até entre os adultos e as crianças. Em consequência, passavam a ver os outros – indivíduos que não conheciam pessoalmente – como seus semelhantes, tendo os mesmos tipos de emoções internas. Sem esse processo de aprendizado, a ‘igualdade’ talvez não tivesse um significado profundo e, em particular, nenhuma consequência política (HUNT, 2009, p. 39-40).

A capacidade de identificação através das linhas sociais pode ter sido

adquirida de várias maneiras, e obviamente a leitura de romances não foi a única, embora a leitura de romances pareça especialmente pertinente, em parte porque o auge do romance epistolar coincide cronologicamente com o nascimento dos direitos humanos.

Depois de ler Beccaria, o jurista inglês William Blackstone, linhas acima citado, estabeleceu a conexão que se tornaria característica após a visão do Iluminismo, afirmando que a lei criminal deve sempre ser conforme os ditados da verdade e da justiça, os sentimentos humanitários e os direitos indelévels da humanidade (HUNT, 2009, p. 81).

Quando os escritores e os reformadores legais do Iluminismo começaram a questionar a tortura e a punição cruel, ocorreu uma viravolta quase completa de atitude ao longo de algumas décadas. (...) O que era preciso além da empatia – na verdade, nesse caso, uma pré-condição necessária para a empatia com o condenado pela justiça – era um novo interesse pelo corpo humano. Antes sagrado apenas dentro de uma ordem religiosamente definida, em que os corpos individuais podiam ser mutilados ou torturados para o bem comum, o corpo se tornou sagrado por si próprio numa ordem secular que se baseava na autonomia e inviolabilidade dos indivíduos. Esse desenvolvimento ocorre em duas partes. Os corpos ganharam um valor mais positivo quando se tornaram mais separados, mais senhores de si mesmos e mais individualizados durante o desenrolar do século XVIII, enquanto as violações dos corpos provocavam mais e mais reações negativas (HUNT, 2009, p. 82).

Traçadas essas linhas a respeito do caráter de autoevidência dos direitos humanos, não se mostra difícil perceber que

2.2 Constitucionalismo e direitos fundamentais

O surgimento dos direitos fundamentais está atrelado diretamente àquilo que se convencionou de constitucionalismo. O constitucionalismo, enquanto movimento filosófico, político e jurídico deu o arcabouço fático e teórico para a construção de um estado de direito calcado nos direitos fundamentais.

Como movimento de limitação dos poderes estatais, o constitucionalismo está essencialmente ligado ao surgimento dos direitos

fundamentais.

Nessa linha de raciocínio e na formulação de Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 33), o termo “direitos fundamentais” se aplica ao rol de direitos do ser humano, que são reconhecidos por um determinado Estado e positivados na esfera do direito constitucional positivo, ao passo que a expressão “direitos humanos” está relacionada com os documentos de direito internacional, uma vez que se referem às posições jurídicas que são reconhecidas ao ser humano como tal, não dependendo da sua vinculação com determinada ordem constitucional, de modo que aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de forma que revelam um inequívoco caráter supranacional.

Nítido, portanto, que a construção histórica do constitucionalismo é fundamental para a compreensão do surgimento dos direitos fundamentais.

Há dissonância doutrinária quanto ao ponto em que teria se manifestado, pela primeira vez, a limitação do poder do Estado por meio de uma Constituição.

O movimento constitucional gerador da constituição em sentido moderno tem várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrônicos e em espaços históricos geográficos e culturais diferenciados. Em termos rigorosos, *não há um constitucionalismo mas vários constitucionalismos* (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês). Será preferível dizer que existem diversos *movimentos constitucionais* com corações nacionais mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural (CANOTILHO, 2003, p. 51, grifos do autor).

A doutrina tradicional considera que o fenômeno constitucional surgiu com o advento da *Magna Charta Libertatum*, assinada pelo rei João Sem-Terra, em 1215, na Inglaterra.

Para Carl Schmitt, a primeira Constituição propriamente dita não foi a *Magna Carta*, em função de alcançar apenas a elite formada por barões feudais, e sim o *Bill of Rights* (Inglaterra, 1688), por prever direitos para todos os cidadãos e não apenas para uma classe deles.

A doutrina positivista, por sua vez, aponta a Constituição Americana, de 1787, como sendo a primeira Constituição escrita.

2.2.1 Constitucionalismo na Idade Média

Desde já há que se descartar o caráter de autênticos direitos fundamentais desses direitos e privilégios que foram reconhecidos na época medieval, uma vez que outorgados pela autoridade real num contexto social e econômico marcado pela desigualdade, cuidando-se mais, propriamente, de direitos de cunho estamental, atribuídos a certas castas nas quais se estratificava a sociedade medieval, alijando grande parcela da população do seu gozo (SARLET, 2007, p. 44).

A partir do século XI, em toda a Europa Ocidental, tanto na sociedade civil quanto na eclesiástica, forma-se uma clara tendência à centralização do poder, inclusive na Europa feudal, com a predominância de um dos suseranos sobre os outros, incitando o movimento gerador de um *primus inter pares*, que viria a ser o rei (COMPARATO, 2011, p. 83-84).

Nessa concepção, portanto, verifica-se que por consistir na relação pessoal entre senhor e vassalo, o rei passava a se destacar, dentre os senhores feudais, como o primeiro entre todos os suseranos.

A resistência à centralização do poder, na sociedade civil, manifestou-se desde o final do século XII, sendo interrompida com o Renascimento e com a afirmação da monarquia absoluta de direito divina e só voltou a ser contestada ao final do século XVII, na Inglaterra. Na Igreja, o poder papal, enfraquecido pelo cisma do século XIV e o movimento conciliar do início do século XV, rumou decisivamente, a partir da Reforma Protestante e do Concílio de Trento (1545-1563), para a monarquia absoluta (COMPARATO, 2011, p. 84-85).

Como decorrência desse contexto, anota Fábio Konder Comparato que

Na Inglaterra, a supremacia do rei sobre os barões feudais, reforçada durante todo o século XII, enfraqueceu-se no início do reinado de João Sem-Terra, a partir da abertura de uma disputa com um rival pelo trono e o ataque vitorioso das forças do rei francês, Filipe Augusto, contra o ducado da Normandia, pertencente ao monarca inglês por herança dinástica (a família Plantagenet). Tais eventos levaram o rei da Inglaterra a

aumentar as exações fiscais contra os barões, para o financiamento de suas campanhas bélicas. Diante dessa pressão tributária, a nobreza passou a exigir periodicamente, como condição para o pagamento de impostos, o reconhecimento formal de seus direitos (2011, p. 85).

Ao mesmo tempo, João Sem-Terra entrou em colisão com o papado, ao apoiar o Imperador Óton IV, seu sobrinho, nas suas pretensões territoriais contra aquele, em conflito declarado contra o rei da França, além, ainda da questão das investidas em cargos eclesiásticos, que o levou à excomunhão pelo Papa Inocêncio III. Pressionado pela Igreja e pela carência de recursos financeiros, João Sem-Terra submeteu-se ao Papa, obteve o levantamento da excomunhão, declarando a Inglaterra feudo de Roma, em 1213 (COMPARATO, 2011, p. 85-86).

Dois anos depois, enfrentando a revolta armada dos barões, que chegaram a ocupar Londres, o rei foi obrigado a assinar a *Magna Carta*, como condição para cessação das hostilidades, cuja primeira cláusula trata da liberdade eclesiástica. João Sem-Terra, após assinar o documento, recorreu ao Papa, seu superior feudal, e Inocêncio III declarou o documento nulo, por ter sido obtido mediante coação e sem o devido consentimento pontifício. Os monarcas que o sucederam, reafirmaram várias vezes a promessa (COMPARATO, 2011, p. 86).

Quando editada, em 1215, a *Magna Charta Libertatum* foi um insucesso completo. Não obstante o seu desiderato fosse o de assegurar a paz, provocou a guerra, além de estimular o dissenso social ao invés de levar à consolidação da lei em direito costumeiro. Muitas de suas disposições sequer chegaram a ser executadas durante os três meses predeterminados. No entanto, “a *Magna Carta* foi reafirmada solenemente em 1216, 1217 e 1225, tornando-se, a partir desta última data, direito permanente”, com três disposições² que ainda fazem parte da legislação inglesa em vigor (COMPARATO, 2011, p. 91).

Consoante já anunciado, não há como negar que,

em que pese a sua forma de promessa unilateral, feita pelo rei,

² As de números 1,9 (13 na versão de 1225) e 29 (39 e 40 na versão de 1225).

a *Magna Carta* constitui, na verdade, uma convenção passada entre o monarca e os barões feudais, pela qual se lhes reconheciam certos foros, isto é, privilégios especiais. Ela foi, por conseguinte, antes um foral do que um contrato de senhorio (*Herrschaftsvertrag* do direito medieval germânico; semelhante à constituição das capitânicas hereditárias no Brasil colônia). Os contratos de senhorio, com efeito, eram convenções pelas quais se atribuíam poderes regalianos, individualmente, a certos vassallos. No caso, não se tratou de delegações de poderes reais, mas sim do reconhecimento de que a soberania do monarca passava a ser substancialmente limitada por franquias ou privilégios estamentais, que beneficiavam portanto, de modo coletivo, todos os integrantes das ordens privilegiadas (COMPARATO, 2011, p. 91).

Aliás, multicitado autor adverte mais o seguinte:

Mais do que isso, porém, a *Magna Carta* deixa implícito pela primeira vez, na história da política medieval, que o rei achava-se naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita. Assim, se (...) contribuiu, num primeiro momento, para reforçar o regime feudal, ela já trazia em si o germe de sua definitiva destruição, a longo prazo. O sentido inovador do documento consistiu, justamente, no fato de a declaração régia reconhecer que os direitos próprios dos dois estamentos livres – a nobreza e o clero – existiam independentemente do consentimento do monarca, e não podiam, por conseguinte, ser modificados por ele. Aí está a pedra angular para a democracia moderna: o poder dos governantes passa a ser limitado, não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados (COMPARATO, 2011, p. 92).

Não se pode negligenciar a importância das liberdades constantes da *Magna Charta* para o ulterior desenvolvimento e reconhecimento dos direitos fundamentais nas Constituições. Nesse sentido é a lição de Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] Este documento, inobstante tenha apenas servido para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, alijando, em princípio, a população do acesso aos 'direitos' consagrados no pacto, serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade (2007, p. 44).

No artigo 39 da Carta de Liberdade, a melhor doutrina, contrariando

Jellinek, no que diz com a liberdade religiosa como sendo o primeiro direito fundamental, aponta a origem destes direitos na liberdade de locomoção e sua proteção contra prisão arbitrária, por constituir o pressuposto necessário ao exercício das demais liberdades, inclusive da liberdade de culto e religião (SARLET, 2007, p. 44).

Nestes termos conclui Sarlet (2007, p. 43-44) que o processo de elaboração doutrinária dos direitos humanos, assim como foram reconhecidos nas primeiras declarações do século XVIII, foi marcado, na esfera do direito positivo, de uma progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais que podem ser considerados os antecedentes dos direitos fundamentais.

2.2.2 Constitucionalismo Moderno

A Constituição passa a ser considerada como uma norma jurídica suprema, principalmente a partir das revoluções ocorridas nos EUA, França e Inglaterra, que visavam à instauração de um Estado de Direito em substituição ao Estado Absolutista até então vigente.

O Constitucionalismo moderno legitimou o aparecimento da chamada *constituição moderna*. Por **constituição moderna** entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político. Podemos desdobrar este conceito de forma a captarmos as dimensões fundamentais que ele incorpora: (1) ordenação jurídico-política plasmada num *documento escrito*; (2) declaração, nessa cata escrita, de um conjunto de *direitos fundamentais* e do respectivo modo de *garantia*; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torna-lo um *poder limitado e moderado* (CANOTILHO, 2003, p. 52, grifos do autor).

Para Joaquim José Gomes Canotilho, conquanto esse conceito tenha se convertido progressivamente em um dos pressupostos básicos da cultura ocidental, sendo conhecido como “conceito ocidental de constituição”, trata-se de um conceito ideal que não corresponde a nenhum dos modelos históricos de constitucionalismo. A lição por ele formulada tem a seguinte redação:

(...) um *Englishman* sentir-se-á arrepiado ao falar-se de 'ordenação sistemática e racional da comunidade através de um documento escrito'. Para ele a constituição – *The English Constitution* – será a sedimentação histórica dos direitos adquiridos pelos 'ingleses' e o alicerçamento, também histórico, de um governo balanceado e moderado (*the balanced constitution*). A um *Founding Father* (e a um qualquer americano) não repugnaria a ideia de uma carta escrita garantidora de direitos e reguladora de um governo com 'freios' e 'contrapesos' feita por um poder constituinte, mas já não se identificará com qualquer sugestão de uma cultura projectante traduzida na programação racional e sistemática da comunidade. Aos olhos de um *cytoyen* revolucionário ou de um 'vintista exaltado' português a constituição teria de transportar necessariamente um *momento de ruptura* e um *momento construtivista*. Momento de ruptura com a 'ordem histórico-natural das coisas' que outra coisa não era senão os *privilèges* do *ancien regime*. Momento construtivista porque a constituição, feita por um novo poder – o *poder constituinte* –, teria de definir os esquemas ou projectos de ordenação de uma ordem racionalmente construída (CANOTILHO, 2003, p. 52-53).

Por meio dessa concepção, clara está a indispensabilidade do conceito histórico de Constituição, que remonta ao “conjunto de regras (escritas ou consuetudinárias) e de estruturas institucionais conformadoras de uma dada ordem jurídico-política num determinado sistema político-social” (CANOTILHO, 2003, p. 53). Nesse sentido, adverte o autor:

(...) Este conceito – utilizado sobretudo por historiadores – serve também para nos pôr de sobreaviso relativamente a interpretações retroactivas de organizações políticas e sociais de outras épocas em que vigoraram instituições, regras, princípios e categorias jurídico-políticas radicalmente diferentes dos conceitos e das categorias da modernidade política. Mas não é só isto: entre o 'constitucionalismo antigo' e o 'constitucionalismo moderno' vão-se desenvolvendo perspectivas políticas, religiosas e jurídico-filosóficas sem o conhecimento das quais não é possível compreender o próprio fenómeno da modernidade constitucional (CANOTILHO, 2003, p. 53).

A Constituição, em sentido moderno, consolida dois pontos nucleares, quais sejam: ordenar, fundar e limitar o poder político; e, reconhecer e garantir os direitos e liberdades do indivíduo. Assim, os temas centrais do constitucionalismo são a fundação e a legitimação do poder político e a

constitucionalização das liberdades (CANOTILHO, 2003, p. 54-55).

Importante demarcar alguns eventos históricos que marcam o constitucionalismo moderno.

Após a Revolução Gloriosa, passou a vigorar definitivamente na Inglaterra o regime parlamentar, com a figura do Rei como mero Chefe de Estado, cabendo a Chefia de Governo ao Primeiro-Ministro.

O *Bill of Rights* foi um documento que sacramentou a perda do poder absoluto do Rei, que passou a dividir a tarefa de governar com o Parlamento. Na prática, instalou-se a partir daí a supremacia do Parlamento.

A Inglaterra, durante o século XVII, enfrentou rebeliões e guerras civis, motivadas por questões religiosas. Em 1642, Carlos I foi deposto, condenado e executado, sob a acusação de tentar restabelecer o catolicismo como religião de Estado.

A Declaração de Direitos *Bill of Rights*, que decorreu da Revolução de 1688, mencionada linhas acima, pela qual se fixara a supremacia do Parlamento, impondo que o rei Jaime II abdicasse e designando os novos monarcas, cujos poderes reais limitavam com a declaração de direitos a eles submetida e por eles aceita. Momento em surge para a Inglaterra a monarquia constitucional submetida à soberania popular (superada a realeza de direito divino), que teve em Locke seu principal teórico e que serviu de inspiração ideológica para a formação das democracias liberais da Europa e da América nos séculos XVIII e XIX (SILVA, 2001, p. 153).

Promulgado exatamente um século antes da Revolução Francesa, o *Bill of Rights* pôs fim, pela primeira vez, desde o seu surgimento na Europa renascentista, ao regime de monarquia absoluta, no qual todo poder emana do rei e em seu nome é exercido. A partir de 1689, na Inglaterra, os poderes de legislar e criar tributos já não são prerrogativas do monarca, mas entram na esfera de competência reservada ao Parlamento. Por isso mesmo, as eleições e o exercício das funções parlamentares são cercadas de garantias especiais, de modo a preservar a liberdade desse órgão político diante do chefe de Estado (COMPARATO, 2011, p. 105).

Ademais disso,

(...) representou a institucionalização da permanente separação

de poderes no Estado, à qual se referiu elogiosamente Montesquieu meio século depois. Embora não sendo uma declaração de direitos humanos, nos moldes que viriam a ser aprovadas cem anos depois nos Estados Unidos e na França, o *Bill of Rights* criava, com a divisão dos poderes, aquilo que a doutrina constitucionalista alemã do século XX viria denominar, sugestivamente, uma *garantia institucional*, isto é, uma forma de organização do Estado cuja função, em última análise, é proteger os direitos fundamentais da pessoa humana (COMPARATO, 2011, p. 105-106).

O essencial do documento está na instituição da separação de poderes, com a declaração de que o Parlamento é um órgão com a função precípua de defender os súditos perante o Rei, o que significa que o seu funcionamento não pode ficar ao arbítrio deste. Fortaleceu a instituição do júri e reafirma alguns direitos fundamentais dos cidadãos, que são ainda expressos, e nos mesmos termos, pelas Constituições modernas, a exemplo de o direito de petição e a proibição de penas inusitadas ou cruéis (COMPARATO, 2011, p. 108).

O constitucionalismo inglês apresenta os elementos nucleares do modelo historicista. As dimensões histórico constitucionais decisivamente caracterizadoras de referido modelo são sintetizadas da seguinte forma por Canotilho:

(...) garantia de *direitos adquiridos* fundamentalmente traduzida na garantia do 'binómio subjectivo' *liberty and property*; (2) estruturação corporativa dos direitos, pois eles pertenciam (pelo menos numa primeira fase) aos indivíduos enquanto membros de um estamento; (3) regulação destes direitos e desta estruturação através de *contratos de domínio* (...) do tipo da *Magna Charta* (2003, p. 55).

As cristalizações jurídico-constitucionais deste modelo que passaram a fazer parte do património da constituição ocidental:

A evolução destes momentos constitucionais (...) desde a *Magna Charta*, de 1215, à *Petition of Rights*, de 1628, do *Habeas Corpus Act*, de 1679, ao *Bill of Rights*, de 1689, conduzirá à sedimentação de algumas dimensões estruturantes da 'constituição ocidental'. Em primeiro lugar, a liberdade radicou-se subjectivamente como *liberdade pessoal* de todos os ingleses e como *segurança* da pessoa e dos bens de que se é proprietário no sentido já indiciado pelo artigo 39.º

da *Magna Charta*. Em segundo lugar, a garantia da liberdade e da segurança impôs a criação de um *processo justo regulado por lei* (*due processo of law*), onde se estabelecem as regras disciplinadoras da privação da liberdade e da propriedade. Em terceiro lugar, *as leis do país* (*laws of the land*) reguladoras da tutela das liberdades são dinamicamente interpretadas e reveladas pelos juízes – e não pelo legislador! – que assim vão cimentando o chamado *direito comum* (*common law*) de todos os ingleses. Em quarto lugar, sobretudo a partir da *Glorious Revolution* (1688-89), ganha estatuto constitucional a ideia de *representação e soberania popular* indispensável à estruturação de um *governo moderado* (CANOTILHO, 2003, p. 55-56).

A noção de Constituição, em sentido moderno, desenhada por Canotilho, portanto, amolda-se a duas ideias nucleares, quais sejam a de ordenação, fundação e limitação do poder político, e a de reconhecimento e garantia dos direitos e liberdades do indivíduo. Desta forma, os temas centrais do constitucionalismo são a fundação e a legitimação do poder político, assim como a constitucionalização das liberdades.

A independência das antigas treze colônias britânicas da América do Norte, em 1776, reunidas primeiro sob a forma de uma confederação e constituídas em seguida em Estado federal, em 1787, representou o ato inaugural da democracia moderna, combinando, sob o regime constitucional, a representação popular com a limitação de poderes governamentais e o respeito aos direitos humanos.

No começo, os americanos não tinham a intenção clara de se separar da Grã-Bretanha. Ninguém imaginava na década de 1760 que os direitos os levariam a entrar num território tão novo. Nesse sentido, Lynn Hunt (2009, p. 116) evidencia que

O remodelamento da sensibilidade ajudou a tornar a ideia dos direitos mais tangível para as classes cultas, nos debates sobre a tortura e o castigo cruel, por exemplo; mas a noção dos direitos mudou também em reação às circunstâncias políticas. Havia duas versões da linguagem dos direitos no século XVIII: uma versão particularista (direitos específicos de um povo ou tradição nacional) e uma universalista (os direitos do homem em geral). Os americanos usavam uma ou outra linguagem, ou ambas em combinação, dependendo das circunstâncias (HUNT, 2009, p. 116).

E sob esse contexto, a autora assenta ainda que

Durante a crise da Lei do Selo em meados da década de 1760, por exemplo, os panfletários americanos enfatizavam os seus direitos como colonos dentro do Império Britânico, enquanto a Declaração da Independência de 1776 invocava claramente os direitos universais de todos os homens. Depois os americanos montaram a sua própria tradição particularista com a Constituição de 1787 e a *Bill of Rights* de 1791. Em contraste, os franceses adotaram quase imediatamente a versão universalista, em parte porque ela solapava as reivindicações particularistas e históricas da monarquia. Nos debates sobre a Declaração francesa, o duque Mathieu de Montmorency exortou seus colegas deputados a ‘seguir o exemplo dos Estados Unidos: eles deram um grande exemplo no novo hemisfério; vamos dar um exemplo para o universo (HUNT, 2009, p. 116-117).

Antes que os direitos do homem fossem declarados pelos americanos e pelos franceses, os principais proponentes do universalismo se encontravam às margens das grandes potências. Talvez essa própria marginalidade tenha capacitado um punhado de pensadores holandeses, alemães e suíços a tomar a iniciativa no argumento de que os direitos eram universais. Em 1625, o jurista calvinista holandês, Hugo Grotius, propôs uma noção de direitos que se aplicava a toda a humanidade, e não apenas a um país ou a uma tradição legal. Ele definia ‘direitos naturais’ como algo autocontrolado e concebível separadamente da vontade de Deus. Sugeria também que as pessoas podiam usar os seus direitos – sem a ajuda da religião – para estabelecer os fundamentos contratuais da vida social (HUNT, 2009, p. 117).

O alemão Samuel Pufendorf, primeiro professor de direito natural em Heidelberg, seguidor de Hugo Grotius, delineou as suas realizações na sua história geral dos ensinamentos do direito natural, publicada em 1678. Embora criticasse Grotius em certos pontos, Pufendorf ajudou a solidificar a sua reputação como uma fonte primordial da corrente universalista do pensamento dos direitos. Os teóricos suíços do direito natural teorizaram sobre essas ideias do início do século XVIII. O mais influente deles, Jean-Jacques Burlamaqui, ensinava direito em Genebra. Como seus predecessores, Burlamaqui forneceu pouco conteúdo político ou legal específico para a noção dos direitos naturais universais: o seu principal objetivo era provar que eles existiam e derivavam da razão e da natureza humana. Ele atualizou o conceito ao ligá-lo àquilo que os

filósofos escoceses contemporâneos chamavam de senso moral interior. Refletindo sobre a importância da obra de Burlamaqui, multicitada autora anota que

Traduzida imediatamente para o inglês e o holandês, a obra de Burlamaqui foi amplamente usada como uma espécie de livro-texto da lei natural e dos direitos naturais na última metade do século XVIII. Rousseau, entre outros, adotou Burlamaqui como um ponto de partida. A obra de Burlamaqui estimulou uma renovação mais geral das teorias da lei natural e dos direitos naturais na Europa Ocidental e nas colônias norte-americanas. (...) Grotius, Pufendorf e Burlamaqui eram todos bem conhecidos dos revolucionários americanos, como Jefferson e Madison, que eram versados em direito. Os ingleses tinham produzido dois pensadores universalistas no século XVII: Thomas Hobbes e John Locke. As suas obras eram bem conhecidas nas colônias britânicas da América do Norte, e Locke, em particular ajudou a formar o pensamento político americano, talvez ainda mais do que influenciou as visões inglesas (HUNT, 2009, p. 117-118).

Comentando os fatores predisponentes da independência americana, escreve Fábio Konder Comparato (2011, p. 111-114) que

A identidade de uma nação é de natureza predominantemente cultural, formando um conjunto próprio de costumes, valores e visões do mundo. É essa especificidade cultural que distingue uma nação das demais e acaba por torná-la um Estado independente. No caso dos Estados Unidos, o patrimônio cultural próprio formou-se, desde os primórdios da colonização, em contraste com os valores sociais e costumes políticos vigentes na Grã-Bretanha. A independência das treze colônias britânicas da América do Norte era, portanto, um resultado histórico e inelutável. Três grandes características socioculturais atuaram como fatores predisponentes para a criação do novo Estado. O primeiro e mais importante deles foi a não reprodução, em território americano, da sociedade estamental europeia, constituída por grupos sociais bem delimitados, que cultivavam valores próprios e regiam-se por um direito próprio. [...] As outras duas grandes características culturais da sociedade norte-americana decorreram naturalmente dessa cidadania igualitária: a defesa das liberdades individuais e a submissão dos poderes governamentais ao consentimento popular (*government by consente*).

A característica mais notável da Declaração de Independência dos Estados Unidos reside no fato de ela ser o primeiro documento a afirmar os

princípios democráticos na história política moderna.

A própria ideia de se publicar uma declaração das razões do ato de independência, por um 'respeito devido às opiniões da humanidade', constitui uma novidade absoluta. Doravante, juízes supremos dos atos políticos deixavam de ser os monarcas, ou os chefes religiosos, e passavam a ser todos os homens, indiscriminadamente. Na verdade, a ideia de uma declaração à humanidade está intimamente ligada ao princípio da nova legitimidade política: a soberania popular. Uma nação só está legitimada a auto-afirmar sua independência, porque o povo que a constitui detém o poder político supremo. (...) Na concepção dos chamados Pais Fundadores dos Estados Unidos, a soberania popular acha-se, assim, intimamente unida ao reconhecimento de 'direitos inalienáveis' de todos os homens, 'entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade' (COMPARATO, 2011, p. 118).

O constitucionalismo americano foi marcado pelos reclames do povo, diferentemente do que virá a ocorrer na França, em que a nação reclamou o direito de escrever uma lei básica e na qual fez diferentes usos da história.

(...) Através da Revolução, os americanos pretenderam reafirmar os *Rights*, na tradição britânica medieval e da *Glorious Revolution*. Não se tratava, porém, de um movimento restruturador dos antigos direitos e liberdades e da *English Constitution*, porque, entretanto, no *corpus* da constituição britânica, se tinha alojado um tirano – o parlamento soberano que impõe impostos sem representação (*taxation without representation*). Contra essa 'omnipotência do legislador', a constituição era ou devia ser inspirada por princípios diferentes dos da *ancien constitution*. Ela devia garantir os cidadãos, em jeito de lei superior, contra as leis do legislador parlamentar soberano. Aqui vem entroncar o momento *We the People*, ou seja, o momento em que o povo *toma* decisões. Aos olhos dos colonos americanos ganhava contornos a ideia de democracia que um autor recente designou por **democracia dualista** (CANOTILHO, 2003, p. 58-59, grifos do autor).

Importante neste momento destacar, com Joaquim José Gomes Canotilho, que existem decisões raras tomadas pelo povo ao passo que existem decisões frequentes tomadas pelo governo (*government*). Acentua o autor que

As primeiras são típicas dos 'momentos constitucionais'. Eis uma decisiva diferença relativamente ao historicismo britânico e uma importante aproximação ao modelo do constitucionalismo francês. Em momentos raros e sob condições especiais, o povo decide através do exercício de um poder constituinte: a Constituição de 1787 é a manifestação-decisão do povo no sentido acabado de referir. (...) o modelo americano de constituição assenta na ideia da *limitação normativa* do domínio público através de uma lei escrita. Esta 'limitação normativa' postulava, pois, a edição de uma 'bíblia política do estado' condensadora dos princípios fundamentais da comunidade política e dos direitos dos particulares. Neste sentido, a constituição não é um contrato entre governantes e governados mas sim um acordo celebrado pelo povo e no seio do povo a fim de se criar e constituir um 'governo' vinculado à lei fundamental (CANOTILHO, 2003, p. 59, grifos do autor).

Para Canotilho, os 'pais da constituição americana' procuraram revelar em uma lei fundamental escrita, determinados direitos e princípios fundamentais, que, em virtude da sua racionalidade intrínseca e da dimensão evidente da verdade neles transportada, ficam fora da disposição de uma possível tirania da maioria.

Atento à consequência lógica do entendimento da constituição como *higher law*, Canotilho enfatiza que esta seria a elevação da lei constitucional a *paramount law*, isto é, uma lei superior que torna nula (*void*) qualquer 'lei' de nível inferior, incluindo as leis ordinárias do legislador, se estas infringirem os preceitos constitucionais.

Diferentemente do que sucedeu no constitucionalismo inglês e no constitucionalismo francês, o conceito de 'lei proeminente' (constituição) justificará a elevação do poder judicial a verdadeiro defensor da constituição e guardião dos direitos e liberdades. Através da fiscalização da constitucionalidade (*judicial review*) feita pelos juiz [sic] transpunha-se definitivamente o paradoxo formulado por John Locke em 1689: *inter legislatorem et populum nullus in terris est iudex* (entre o legislador e o povo ninguém na terra é juiz). (...) Os juizes são competentes para medir as leis segundo a medida da constituição. Eles são os 'juizes' entre o povo e o legislador (CANOTILHO, 2003, p. 59-60, grifos do autor).

Apesar do afastamento americano do universalismo na década de 1780, os 'direitos do homem' receberam um grande empurrão do exemplo americano. Sem ele, na verdade, os direitos humanos poderiam ter definhado

por falta de interesse. A humanidade tinha de ser gravada nos corações, insistia Rousseau, e não apenas nas páginas dos livros. O inventor da expressão 'direitos do homem' não viveu para ver o impacto pleno da independência americana: ele morreu antes de 1778, o ano em que a França se juntou ao lado americano contra a Grã-Bretanha (HUNT, 2009, p. 126-127).

Os precedentes americanos tornaram-se ainda mais convincentes quando os franceses entraram num estado de emergência constitucional. Em 1778, enfrentando uma bancarrota causada em grande medida pela participação francesa na Guerra da Independência americana, Luís XVI concordou em convocar os Estados Gerais, que tinham se reunido pela última vez em 1614 (HUNT, 2009).

Reunidos em Assembleia Nacional, os representantes do povo francês, considerando que a ignorância, a negligência ou o menosprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção governamental, decidiram apresentar em uma declaração solene os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem. Assim o fizeram objetivando que a declaração, por estar constantemente presente a todos os membros do corpo social, possa aclarar a todos quais são os seus direitos e deveres; para que os atos do Legislativo e do Executivo, por estarem a todo momento sujeitos a uma comparação com o objetivo de toda instituição política se tornassem mais respeitados; e para que as demandas dos cidadãos, por estarem a partir de agora fundamentadas em princípios simples e incontestáveis, possam sempre visar a manter a Constituição e o bem-estar geral (HUNT, 2009, p. 225).

O documento tão freneticamente ajambrado era espantoso na sua impetuosidade e simplicidade. Sem mencionar nem uma única vez rei, nobreza ou igreja, declarava que os 'direitos naturais inalienáveis e sagrados do homem' são a fundação de todo e qualquer governo. Atribuía a soberania à nação, e não ao rei, e declarava que todos são iguais perante a lei, abrindo posições para o talento e o mérito e eliminando implicitamente todo o privilégio baseado no nascimento. Mais extraordinária que qualquer garantia particular, entretanto, era a universalidade das afirmações feitas. As referências a 'homens', 'homem', 'todo homem', 'todos os homens', 'todos os cidadãos', 'cada cidadão', 'sociedade' e 'toda sociedade' eclipsavam a única referência ao povo francês (HUNT, 2009, p. 14).

A Revolução Francesa procurou edificar uma nova ordem sobre os direitos naturais dos indivíduos. Este foi o primeiro momento individualista. Os direitos do homem eram individuais: todos nasciam livres e iguais em direitos e não naturalmente desiguais por integração, segundo a ordem natural das coisas, num dado estamento.

(...) A expressão póstuma – *ancien regime* – mostra claramente isto: a ‘ruptura’ com o ‘antigo regime’ e a criação de um ‘novo regime’ significa uma nova ordem social e não apenas uma adaptação político-social ou ajustamento prudencial da história (CANOTILHO, 2003, p. 57).

Desencadeou, em curto espaço de tempo, a supressão das desigualdades entre indivíduos e grupos sociais, de tal forma que a humanidade jamais havia experimentado, conforme se verifica no trecho abaixo transcrito:

(...) Na tríade famosa, foi sem dúvida a igualdade que representou o ponto central do movimento revolucionário. A liberdade, para os homens de 1789, limitava-se praticamente à supressão de todas as peias sociais ligadas à existência de estamentos ou corporações de ofícios. E a fraternidade, como virtude cívica, seria o resultado necessário da abolição de todos os privilégios. [...] Na luta contra as desigualdades, não apenas foram extintas de um só golpe todas as servidões feudais, que vigoravam havia séculos, como também se proclamou, pela primeira vez na Europa, em 1791, a emancipação dos judeus e a abolição de todos os privilégios religiosos. Por um decreto da Convenção de 11 de agosto de 1792, proibiu-se o tráfico de escravos nas colônias. Esse movimento igualitário só não conseguiu, afinal, derrubar a barreira da desigualdade entre os sexos (COMPARATO, 2011, p. 148-149).

2.2.3 Constitucionalismo Contemporâneo: a reivindicação do Estado de Direito

As constatações precedentes, no que diz com o nascimento do Estado contemporâneo, no final do século XVIII, reforçam o descontentamento contra um poder que parecia atuar sem lei nem regras, que motivou a reação dos colonos ingleses na América do Norte e a insurreição do terceiro estado na

França, após a vitória nas respectivas revoluções, e cominou no estabelecimento de um 'governo de leis e não de homens', conforme a Constituição de Massachusetts, ora mencionada. Surge, assim, o Estado de Direito.

Em verdade, e tal aspecto deve ser destacado,

a íntima, e, por assim dizer, pelo menos em parte e em certo sentido, indissociável (embora altamente complexa e diversificada) vinculação entre a dignidade (da pessoa) humana, os direitos humanos e os direitos fundamentais, já constitui, por certo, um dos postulados nos quais se assenta o direito constitucional contemporâneo (SARLET, 2015, p. 27-28, grifo do autor).

É justamente nesse sentido que assume particular relevância a constatação de que

tal ocorre mesmo nas ordens constitucionais em que a dignidade ainda não tenha sido expressamente reconhecida no direito positivo e até mesmo onde tal reconhecimento virtualmente se encontra limitado à previsão no texto constitucional, já que, forçoso admiti-lo, que o projeto normativo, por mais nobre e fundamental que seja, nem sempre encontra eco na práxis, ou, quando assim ocorre, nem sempre para todos ou de modo igual para todos (SARLET, 2015, 28).

É precisamente pelo fato de que a dignidade vem sendo considerada (pelo menos para muitos e mesmo que não exclusivamente) qualidade intrínseca e indissociável de todo ser humano e certos de a destruição de um implicaria a destruição do outro, é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituem-se (ou, ao menos, assim o deveriam) em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito.

(...) o termo 'direitos humanos' se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e

temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito. [...] Assim, a efetivação dos direitos humanos encontra-se, ainda e principalmente, na dependência da boa vontade e da cooperação dos Estados individualmente considerados (...). Em suma, reputa-se acertada a ideia de que os direitos humanos, enquanto carecerem de caráter de fundamentalidade formal próprio dos direitos fundamentais (...) não lograrão atingir sua plena eficácia e efetividade, o que não significa dizer que não a tenham (SARLET, 2007, p. 34-36).

Feitas estas considerações, ressaltando-se que os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados, procurar-se-á na sequência, destacar alguns pontos relevantes, com o intuito de alcançar uma compreensão suficientemente abrangente do conceito para a ordem jurídica.

2.3 FUNDAMENTOS FILOSÓFICO-JURÍDICOS

2.3.1 Conceito e Natureza dos Direitos Fundamentais

Com apoio na lição de Konrad Hesse, Paulo Bonavides (2004, p. 560) assevera que os pressupostos elementares dos direitos fundamentais são a criação e a manutenção de uma vida na liberdade e na dignidade humana.

Carl Schmitt estabeleceu dois critérios formais de caracterização dos direitos fundamentais. O primeiro critério determina que a designação como direitos fundamentais contempla todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no texto constitucional. Já o segundo, “tão formal quanto o primeiro”, direitos fundamentais são todos os direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança. São imutáveis ou têm sua mudança dificultada, sendo passíveis de alteração somente através de emenda à Constituição (BONAVIDES, 2004, p. 561).

Já do ponto de vista material, os direitos fundamentais, segundo Schmitt, variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. Em suma, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos (BONAVIDES, 2004, p. 561).

A esse respeito, oportuna se faz a lição de Lynn Hunt (2009, p. 19, grifos da autora):

Os direitos humanos requerem três qualidades encadeadas: devem ser *naturais* (inerentes nos seres humanos), *iguais* (os mesmos para todo mundo) e *universais* (aplicáveis por toda parte). Para que os direitos sejam direitos *humanos*, todos os humanos em todas as regiões do mundo devem possuí-los igualmente e apenas por causa de seus status como seres humanos. Entretanto, nem o caráter natural, a igualdade e a universalidade são suficientes. Os direitos humanos só se tornam significativos quando ganham conteúdo político, não são os direitos de humanos em num estado de natureza: são os direitos de humanos em sociedade. Não são apenas direitos humanos em oposição aos direitos animais: são os direitos de humanos *vis-à-vis* uns aos outros. São, portanto, direitos garantidos no mundo político secular (mesmo que sejam chamados 'sagrados'), e são direitos que requerem uma participação ativa daqueles que os detêm.

Norberto Bobbio (2004, p. 26, grifos do autor) pontifica que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade. Os jusnaturalistas teriam falado de *consensus omnium gentium* ou *humani generis*.

Os direitos elencados na Declaração não são os únicos e possíveis direitos do homem: são os direitos do homem histórico, tal como este se configurava na mente dos redatores da Declaração após a tragédia da Segunda Guerra Mundial, numa época que tivera início com a Revolução Francesa e desembocara na Revolução Soviética. Não é preciso muita imaginação para prever que o desenvolvimento da técnica, a transformação das condições econômicas e sociais, a ampliação dos conhecimentos e a intensificação dos meios de comunicação poderão produzir tais mudanças na organização da vida humana e das relações sociais que se criem ocasiões favoráveis para o nascimento de novos carecimentos e, portanto, para novas demandas de liberdade e de poderes. (...) O campo dos direitos sociais, finalmente, está em contínuo movimento: assim como as demandas de proteção social nasceram com a revolução industrial, é provável que o rápido desenvolvimento técnico e econômico traga consigo novas demandas, que hoje não somos capazes nem de prever (BOBBIO, 2004, p. 33).

2.3.2 Gerações (Dimensões) dos Direitos Fundamentais

Vinculando os direitos fundamentais propriamente ditos a uma concepção do Estado Liberal de Direito, 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 (BONAVIDES, 2004, p. 561).

Os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, entende ele, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado. E acrescenta: numa acepção estrita são unicamente os direitos da liberdade, da pessoa particular correspondendo de um lado ao conceito do Estado burguês de Direito, referente a uma liberdade, em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlável (BONAVIDES, 2004, p. 561).

Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.

Se hoje esses direitos parecem já pacíficos na codificação política, em verdade se moveram em cada país constitucional num processo dinâmico e ascendente, entrecortado não raro de eventuais recuos, conforme a natureza do respectivo modelo de sociedade, mas permitindo visualizar a cada passo uma trajetória que parte com frequência do mero reconhecimento formal para concretizações parciais e progressivas, até ganhar a máxima amplitude nos quadros consensuais de efetivação democrática do poder (BONAVIDES, 2004, p. 563).

(...) têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Entram na categoria do *status negativus* da classificação de Jellinek e fazem também ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre a Sociedade e o

Estado. (...) São por igual direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual (BONAVIDES, 2004, p. 563-564).

O *Estado Liberal de Direito* apresenta-se caracterizado pelo conteúdo liberal de sua legalidade, onde há o privilegiamento das liberdades negativas, através de uma regulação restritiva da atividade estatal. A lei, como instrumento da legalidade, caracteriza-se como uma *ordem geral e abstrata*, regulando a ação social através do *não-impedimento* de seu livre desenvolvimento, seu instrumento básico é a *coerção* através da *sanção* das condutas contrárias. O ator característico é o indivíduo (MORAIS, 1996, p. 79, grifos do autor).

Surge em oposição aos desmandos do absolutismo, e o seu início está vinculado à ideia de limite ao exercício indiscriminado do poder estatal ou na “eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a consequente garantia de direitos dos indivíduos perante esses poderes” (CANOTILHO, 2003, p. 3).

Nesse sentido, Norberto Bobbio compreende duas formas distintas de limitação do poder, quais sejam

(...) uma limitação material, que consiste em subtrair aos imperativos positivos e negativos do soberano uma esfera de comportamentos humanos que são reconhecidos livres por natureza (a chamada esfera de licitude); e uma limitação formal, que consiste em colocar todos os órgãos do poder estatal abaixo das leis gerais do mesmo Estado. A primeira limitação está fundada no princípio da garantia dos direitos individuais por parte dos poderes públicos; a segunda no controle dos poderes públicos por parte dos indivíduos (2004, p. 276).

Assim admitida a noção de que os direitos de primeira geração limitavam o poder do Estado, reconhecendo as liberdades dos cidadãos, em decorrência do absolutismo e dos excessos da burguesia que levaram ao reconhecimento dos direitos individuais durante a Revolução Francesa, claro está que se tratam dos direitos à vida, à propriedade, à igualdade, à liberdade de expressão, dentre outros.

Os direitos de segunda geração requerem maior atenção. Dominam o século XX do mesmo modo que os direitos de primeira geração dominaram o século anterior.

O desenrolar das relações sociais produziu uma transformação no modelo anterior, dando origem ao *Estado Social de Direito* que, da mesma forma que o anterior, tem por conteúdo jurídico o próprio ideário liberal agregado pela convencionalmente nominada *questão social*, a qual traz à baila os problemas próprios ao desenvolvimento das relações de produção e aos novos conflitos emergentes de uma sociedade renovada radicalmente, com atores sociais diversos e conflitos próprios a um modelo industrial-desenvolvimentista.

Tem-se, assim, a construção de uma ordem jurídica em que está presente a limitação do Estado ladeada por um conjunto de garantias e prestações positivas que se referem à busca de um equilíbrio não atingido pela sociedade liberal.

A lei assume uma segunda função, qual seja a de *instrumento de ação concreta do Estado*, aparecendo como mecanismo de facilitação de benefícios. Sua efetivação estará ligada privilegiadamente à promoção das condutas desejadas. O personagem principal é o grupo que se corporifica diferentemente em cada movimento social (MORAIS, 1996, p. 79, grifos do autor).

A função diretiva surge com o advento do Estado Social, a partir da segunda metade do século XIX. Os direitos com cunho individual já não são suficientes, e tem início a questão social. Com o desenvolvimento da indústria, a população, que até então era na sua grande parte camponesa, vem para as cidades, e passa a ser necessário contestar as reclamações de trabalho e da seguridade social (LIMBERGER, 2007, p. 198).

São os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula (BONAVIDES, 2004, p. 564).

Da mesma maneira que os da primeira geração, esses direitos foram inicialmente objeto de uma formulação especulativa em esferas filosóficas e políticas de acentuado cunho ideológico; uma vez proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também de maneira clássica no constitucionalismo da social-democracia (a de Weimar, sobretudo), dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra. Mas passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos (BONAVIDES, 2004, p. 564).

Além disso, não se deverá olvidar que a juridicidade desses foi questionada, remetendo-os à esfera programática por carecerem, para sua concretização das garantias ligadas aos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade.

Enfrentaram, em seguida, uma crise de observância e execução, até que Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, sendo que, até então, em quase a totalidade de sistemas jurídicos, prevalecia a noção de que apenas os direitos de liberdade eram de aplicabilidade imediata, ao passo que estes – os direitos sociais – careciam de atividade legislativa, conferindo a eles uma característica de aplicabilidade mediata (BONAVIDES, 2004, p. 564-565).

A novidade do *Estado Democrático de Direito* não está em uma revolução das estruturas sociais, mas deve-se perceber que esta nova conjugação incorpora características novas ao modelo tradicional. Ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem-se com este novo modelo a incorporação efetiva da *questão da igualdade* como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do assecuramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade. Embora tal problemática já fosse visível no modelo anterior, há, neste último, uma redefinição que lhe dá contornos novos, onde tal objetivo se coloca vinculado a um projeto solidário – a *solidariedade* agrega-se a ela, compondo um caráter comunitário. Aqui estão inclusos problemas relativos à *qualidade de vida* individual e coletiva dos homens (MORAIS, 1996, p. 80).

Somente os direitos de primeira geração não seriam suficientes para a garantia dos direitos fundamentais.

Assim, os direitos sociais, tais como assistência social, saúde, educação e trabalho surgem em decorrência da necessidade de efetivar os direitos de primeira geração, de tal forma que há uma complementação entre uma e outra, e as liberdades formais abstratas passaram a serem liberdades materiais concretas.

Com o advento do Estado Social de Direito busca-se corrigir o extremado individualismo que permeou a ideologia do Estado Liberal, intentando-se o bem-estar social. Antes de negar reconhecimento às liberdades individuais, propugna-se pela sua realização. Não como caridade, mas como direito político de todo homem.

Nesta dimensão positiva do Estado têm-se a eclosão dos direitos fundamentais de segunda dimensão, que se caracterizam “[...] por outorgarem ao indivíduo direito a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho etc. revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas.” (SARLET, 2007, p. 57)

Importante neste momento destacar, com Paulo Bonavides (2004, p. 186), a distinção entre Estado Social e Estado socialista. Acentua o autor que

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede o crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência do seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área da iniciativa individual, nesse instante o Estado pode com justiça receber a denominação de Estado social. [De outro lado] Quando a presença do Estado, porém, se faz ainda mais imediata e ele se põe a concorrer com a iniciativa privada, nacionalizando e dirigindo indústrias, nesse momento, sim, ingressamos na senda da socialização parcial. E à medida que o Estado produtor puder remover o Estado capitalista, dilatando-lhe a esfera de ação, alargando o número das empresas sob seu poder e controle, suprimindo ou estorvando a iniciativa privada, aí então correrá grave perigo toda a economia do Estado burguês, porquanto, na consecução desse processo, já estaremos assistindo a outra transição mais séria,

que seria a passagem do Estado social ao Estado socialista.

Também merece relevo o fato de que a presença ativa do Estado para a satisfação das necessidades humanas pode-se dar tanto num regime totalitário quanto num democrático (BONAVIDES, 2004, p. 184). Aliás, esta é a estratégia normalmente utilizada por aquele regime totalitário que, sob o manto da persuasão racional e fantasiado de democrático, distribui alguns poucos direitos como se fossem benesses dos detentores do poder.

Daí é que se apresenta o Estado Democrático de Direito como o campo fértil para a concretização dos direitos fundamentais, ou seja, dos “[...] pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana” (BONAVIDES, 2004, p. 514). Somente nele a dignidade da pessoa humana e a cidadania se realizam completamente, garantindo às minorias - ou, talvez mais adequado, às majorias - a necessária proteção em face dos “[...] desvios de poder praticados pela maioria [ou minorias] no poder” (SARLET, 2007, p. 73).

E, assim, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no final do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta (BONAVIDES, 2004, p. 569).

A 2ª Guerra Mundial levou à compreensão de que alguns direitos não pertencem apenas ao indivíduo, mas são transcendentais. Tratam-se dos chamados direitos de solidariedade, tais como o direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente equilibrado, à autodeterminação dos povos. Conquanto pertençam a toda a coletividade, nada impede que sejam exercidos individualmente.

Na quarta geração está inserido o direito à informação, como também o direito à democracia e ao pluralismo. Conforme será tratado no Capítulo seguinte, é nesta geração que a inclusão digital pode ser definida como direito fundamental.

O aspecto principal de novas gerações de direitos é criar a concretização do princípio da democracia, resguardando o acesso à informação livre, sem manipulações atingindo os verdadeiros fins de uma globalização política e cultural, com uma igualdade material e não só formal, assim sendo real e concreta, criando oportunidades.

Se por um lado os direitos fundamentais promovem a inclusão social, por outro e a um só tempo, produzem exclusões fundamentais. A qualquer afirmação de direitos corresponde uma delimitação, ou seja, corresponde ao fechamento do corpo daqueles titulados a esses direitos, à demarcação do campo inicialmente invisível dos excluídos de tais direitos.

A história constitucional pátria [...] possibilita que seja repostulada a questão da identidade constitucional como um processo permanente em que se verifica uma constante tensão extremamente rica e complexa entre a inclusão e a exclusão e que, ao dar visibilidade à exclusão, permite a organização e a luta pela conquista de concepções cada vez mais complexas e articuladas da afirmação constitucional da igualdade e liberdade de todos (CARVALHO NETTO, 2003. p.141-161).

As práticas sociais devem estar estreitamente ligadas às necessidades individuais, sejam elas quais for, mas principalmente as que se referem a direitos fundamentais do cidadão.

Trilhando o caminho oposto dos doutrinadores que tratam a questão dos direitos fundamentais como de geração de direitos, doutrinadores mais modernos empregam o termo *dimensões de direitos*, diante daqueles em relação aos quais existe, na verdade, uma percepção da sociedade sobre esse novo direito.

Ingo Wolfgang Sarlet emprega a expressão *dimensões*, que ele aponta como sendo a mais apropriada, uma vez que os direitos fundamentais são atemporais, coexistentes e não hierarquizados.

[...] a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para, além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno [...] (SARLET, 2007, p. 49).

E a respeito do termo, supracitado autor esclarece que

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

Dessa forma, os direitos são fundamentais segundo especiais momentos históricos, nos quais se confere maior destaque a alguns que assumem este posto. Isso acontece por várias razões, a exemplo de uma maior consciência da cidadania e do advento de novas e diferentes necessidades. Como exemplo, a introdução da *internet* no cotidiano, além de criar novos direitos e deveres, exige novas normas de etiqueta e relacionamento interpessoal, fazendo cada qual se perceber como outra espécie de sujeito social.

3. O DIREITO FUNDAMENTAL À INCLUSÃO DIGITAL

Como visto no Capítulo anterior, é possível identificar uma evolução, ainda que não muito linear, dos direitos fundamentais na história do mundo ocidental. A classificação a partir de dimensões ou gerações possibilita demarcar no tempo os momentos históricos em que foram reconhecidos pelos Estados nacionais determinados direitos tidos ou adjetivados por fundamentais.

Acontece que o presente trabalho tem se comprometido, desde o início, com algo “menos simplista”³, pois para além de elencar a inclusão digital como uma nova dimensão de Direitos fundamentais ou incluí-la como uma dimensão específica já existente, é necessário que se justifique, primeiro, as razões pelas quais se defende a ideia de que a inclusão digital é efetivamente um direito fundamental.

Para tanto, é necessário entender o que faz um direito ser fundamental. Mais ainda, é necessário compreender o que faz um direito ser materialmente fundamental, pois do contrário, bastaria uma emenda constitucional no Título II da Constituição Federal brasileira acerca do tema da inclusão digital, para que esse debate fosse esgotado por completo. Mais ainda, com a existência de um dispositivo constitucional nesse sentido, nem haveria que se discutir que a inclusão digital é um direito fundamental.

A inclusão digital pode ser analisada tanto pelo acesso dos usuários aos computadores e à Internet quanto pela capacitação para utilizar tais equipamentos e recursos. Neste ponto fica evidente que a concepção de inclusão digital que se defende não está ligada apenas à oportunidade de ter acesso a computadores ou a internet, em alguns casos gratuitamente, mas quer-se construir uma concepção que tenha maior foco na inclusão e não no digital e, para isso, é necessária capacitação para o uso de aparelhos e programas digitais.

Uma política pública que incentive ou oportunize a compra de computadores não faz mais do que conceder meio de inclusão digital, mas a inclusão propriamente dita depende de fatores muito mais ligados à educação do que ao acesso a computadores ou a redes de internet.

³ No sentido de ir além de uma nova classificação de dimensão de direitos ou de apenas incluir o tema em alguma das dimensões já existentes.

De forma geral, as desigualdades sociais e regionais, conforme exposto no primeiro Capítulo, impõem grande desafio à inclusão digital, determinando ações integradas entre o poder público, o setor privado e a sociedade civil, ressaltando que é necessário levar em consideração também a importância da inclusão digital para analfabetos, índios, idosos, deficientes físicos e outros grupos sociais que, por questões históricas e sociais, estão excluídas do principal alvo de grandes empresas comerciais da área da tecnologia.

Quanto ao acesso à Internet, em virtude da relevância do tema, a ONU o incluiu “como direito humano básico, especialmente no que respeita à liberdade de expressão e de opinião, englobando a ampliação desse acesso nas grandes metas do milênio” (COELHO; SILVEIRA, 2015, p. 190).

Acesso para todos, sim! Mas não se deve entender por isso um ‘acesso ao equipamento’, a simples conexão técnica que, em pouco tempo, estará de toda forma muito barata, nem mesmo um ‘acesso ao conteúdo’ (consumo de informações ou de conhecimentos difundidos por especialistas). Devemos antes entender um acesso de todos aos processos de inteligência coletiva, quer dizer, ao ciberespaço como sistema aberto de autcartografia dinâmica do real, de expressão das singularidades, de elaboração dos problemas, de confecção do laço social pela aprendizagem recíproca, e de livre navegação nos saberes. A perspectiva aqui traçada não incita de forma alguma a deixar o território para perder-se no virtual, nem a que um deles ‘imite’ o outro, mas antes utilizar o virtual para habitar ainda melhor o território, para tornar-se seu cidadão por inteiro (LÉVY, 2008, p. 199).

O Centro de Tecnologia de Informação Aplicada da Escola de Administração de Empresas de São Paulo (FGV/EAESP), aponta o Brasil como um dos países mais avançados nessa questão, com aproximadamente 118 (cento e dezoito) milhões de computadores e 60% (sessenta por cento) da população com acesso à Internet, ao passo que a média mundial é de 42% (quarenta e dois por cento).

Segundo a mesma pesquisa, o Brasil terá um computador por habitante em 2016 (FGV/EAESP, *online*).

Com isso, é possível verificar que não há no Brasil uma falta de preparo para disponibilizar a boa parte das pessoas o acesso à informatização

ou mecanismos de acesso à internet ou a periféricos que permitam algum contato com a tecnologia.

A grande questão, porém, não está ligada ao acesso a mecanismos de informática ou ao acesso à internet, vai para além, para impor uma nova percepção do Estado sobre a inclusão digital, promovendo políticas públicas que busquem efetivamente uma inclusão digital e, conseqüentemente, social ou ainda incentivando que, na iniciativa privada seja construída uma cultura digital.

Neste sentido, vale a lição Wolfgang Hoffmann-Riem (2015, p. 13-14):

A questão da importância da inovação tem sido comumente levantada somente em termos de inovações tecnológicas, em que ela é igualmente essencial. Contudo, para a viabilidade futura das sociedades, não são apenas importantes inovações tecnológicas que são significativas, mas também inovações sociais. Habilidades específicas são necessárias para o desenvolvimento de novas formas e estratégias para resolver problemas, tais como renovados modelos organizacionais, estilos de vida, sistema de valores, e inovadores rearranjos para a solução de dificuldades e problemas. São importantes, também, as transformações nas estruturas, no desenvolvimento de novos padrões e estratégias de ação ou a transformação de atitudes. Incluídos também devem ser os novos caminhos para a produção de conhecimento ou sua relação com o desconhecido, com a ignorância.

A inclusão digital, pode-se afirmar, então, vai muito além do acesso e da capacitação, alcança a apropriação desses benefícios para tornar-se Direito. Enquanto Direito, a inclusão Digital exige realce no aspecto social que, indubitavelmente, tem papel relevante no debate e na construção de uma sociedade com inclusão digital.

A Inclusão digital está imbricada com a inclusão social e, com isso, com a percepção de que sendo reconhecido pelo estado enquanto Direito, ganha condições de promover inclusão social e mudança do *status quo*.

O aspecto comunicativo obviamente tem bastante relevância na compreensão da inclusão digital enquanto Direito fundamental, especialmente em uma geração de comunicação global, mas a inclusão digital tem de ter a condição de gerar no Estado de Direito não apenas o dever de promover meios comunicacionais entre os seres humanos, mas o dever de incluir digitalmente

as pessoas, como condição de sobrevivência em tempos de vida digital⁴.

Dito isso, é possível ir adiante para compreender que a inclusão digital passa necessariamente por aquilo que Valerio Mazzuoli (2014, p. 275) chama de direitos comunicativos, mas vai para muito além da comunicação. Para referido autor, trata-se de desdobramento ou mecanismo de manifestação do pensamento. Por esse viés, os Direitos comunicativos, especialmente tratando da internet, devem ser regulados como mecanismo de comunicação social e, portanto, de manifestação do pensamento e da liberdade de expressão.

É possível asseverar que os direitos comunicativos fazem parte da proposta de inclusão digital como Direito fundamental, mas a inclusão digital é muito maior que a comunicação via internet.

Não basta, contudo, justificar a importância da inclusão digital, algo que é praticamente óbvio nos tempos atuais, é necessário que se construa, argumentativamente, a inclusão digital como Direito que se pode reclamar perante o Estado ou o particular, pois além de uma construção da inclusão digital objetivamente reconhecida, é também muito importante que a inclusão digital seja um Direito subjetivo público e, portanto, exigível judicialmente.

Antes de promover um aprofundamento nos argumentos acerca da inclusão digital como Direito fundamental, vale a pena ressaltar em que sentido pode ser concebida a inclusão digital enquanto Direito.

3.1 A inclusão digital como Direito

Conceber a inclusão digital como Direito significa dar ao tema inclusão digital uma análise dogmático-jurídico, no sentido de saber se

⁴ É possível verificar, por exemplo, a dificuldade que pessoas que não possuem qualquer afinidade com meios digitais podem ter para poder conviver em um mundo digital. É o caso que está acontecendo neste momento (segundo semestre de 2015) com a renovação/aditamento do FIES (fundo de financiamento ao estudante do ensino superior). O referido aditamento só é possível de ser feito por meio de acesso à página do FIES na rede mundial de computadores (<http://www.novofies.com.br/renovacao-aditamento.htm>), fora o meio *on line*, não é possível o aditamento, ou seja, a inclusão digital é uma imposição para que se possa viver em sociedade. Neste momento não se fala nem na inclusão como condição para o exercício de algum Direito, mas no simples fato de que sem inclusão digital para pessoas que estão fazendo curso superior e possuem mais de sessenta anos *e.g.*, e que, talvez, não tenham qualquer ideia de como é feito o acesso a página do FIES, torna-se extremamente difícil que o tal indivíduo possa, por suas próprias capacidades, renovar o seu financiamento estudantil. Note-se que, neste caso, o indivíduo excluído digitalmente sofre outras exclusões, tais como a exclusão social, cultural, entre outras.

independentemente de ser considerado um Direito fundamental, a inclusão digital já foi, em algum momento, reconhecida pelo Estado brasileiro como um Direito e, neste aspecto, tomar-se-á por base apenas o direito positivo estabelecido no Estado brasileiro.

Aqui é necessário um esclarecimento prévio.

Quando se indica a escolha por um enfoque dogmático jurídico, quer-se com isso dizer que se optou por uma abordagem dogmática do Direito brasileiro, ou seja, o ordenamento jurídico pátrio é que será objeto de análise para o desenvolvimento do tema.

Nesse ponto vale um esclarecimento a mais, com fulcro no já citado Robert Alexy (2015, p. 32):

O que faz uma teoria ser dogmática e, em decorrência disso, jurídica é algo pouco claro. É natural orientar-se, de início, por aquilo que de fato é praticado como Ciência do Direito e designado como “dogmática jurídica” ou “ciência jurídica”, ou seja, pela Ciência do Direito em sentido estrito e próprio. Se isso é feito, é possível distinguir três dimensões da dogmática jurídica: uma analítica, uma empírica e uma normativa.

O presente trabalho só pode fazer uma pesquisa analítico-dogmática. Na tentativa de justificar a inclusão social como direito fundamental material essa é a melhor abordagem possível, visto que a dimensão empírica só pode ser compreendida “em relação à cognição de um direito positivo válido” (ALEXY, 2015, p. 35) ou de “premissas empíricas na argumentação jurídica” (ALEXY, 2015, p. 35), não é, pois, o caso do qual se ocupa o presente trabalho. Também a dimensão normativa tem outra preocupação, vale dizer, “a partir de um direito positivo válido, determinar qual a decisão correta em um caso concreto” (ALEXY, 2015, p. 35).

Portanto, desenvolver a inclusão digital como Direito - fundamental - implica tomar por base o ordenamento jurídico brasileiro e promover uma análise dogmática-analítica de cunho conteudístico (ARAÚJO; SERRANO JUNIOR 2009, p.112).

Dito isso, é possível partir para a construção de um conceito de inclusão digital enquanto Direito.

De antemão, sem uma análise mais técnica, é possível vislumbrar na

inclusão digital uma natureza acessória, como se fosse um “Direito-meio”. Com algum esforço, pode-se imaginar também a existência de algum aspecto finalístico na inclusão digital, algo como um Direito a ser incluído digitalmente, uma espécie de “Direito-fim”.

Na condição de “Direito-meio” ou acessório, a inclusão Digital já é reconhecida normativamente no Brasil e em tratados internacionais. Por esta concepção - como “Direito-meio” -, a inclusão digital não passa de um meio para o exercício de um outro Direito, nos mesmos termos como se concebe a liberdade de reunião, chamada por José Afonso da Silva de “Liberdade-condição” (2010, p. 116).

Nessa perspectiva acessória, a inclusão digital é meio para o exercício, por exemplo, da manifestação do pensamento, de participação política ou ainda como condição de exercício da cidadania em tempos de redes sociais e aplicativos de celular.

A lei que estabelece o marco civil da internet, lei 12.965/2014, adota claramente esta natureza acessória do uso da internet em vários de seus dispositivos (BRASIL, 2014):

Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:

(...)

II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;

(...)

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;

(...)

Art. 4º A disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção:

II - do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos;

(...)

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

(...)

Art. 26. O cumprimento do dever constitucional do Estado na prestação da educação, em todos os níveis de ensino, inclui a capacitação, integrada a outras práticas educacionais, para o uso seguro, consciente e responsável da internet como ferramenta para o exercício da cidadania, a promoção da

cultura e o desenvolvimento tecnológico

Veja-se que em todos os dispositivos acima citados é atribuído ao uso da internet⁵, necessariamente, um caráter acessório da cidadania, da liberdade de expressão, do acesso à informação entre outros Direitos, garantias e liberdades já estabelecidos na Constituição.

Por esse viés não há qualquer novidade na inclusão digital, pois não passa de meio, mais “moderno”, de exercício de Direitos já existentes há muitos séculos. Não há efetivamente uma conquista social quando do exercício da cidadania e.g. por meio de aplicativo de celular, o que há, neste caso, é uma facilitação do exercício da cidadania através de mecanismos digitais.

Essa concepção acessória é menos reveladora da inclusão digital como Direito fundamental, visto que atribui à inclusão digital um papel secundário, que não vai além de um exercício melhor da cidadania ou da liberdade de expressão, mas não gera para o Direito de estar incluído digitalmente qualquer ganho em juridicidade ou de capacidade de ser reclamado perante terceiros - na condição de direito subjetivo (público).

No formato acima indicado, a inclusão digital é condição para o exercício de Direitos já secularmente reconhecidos, mas adequados a uma nova realidade social e cultural.

É nesse sentido acessório que Valerio Mazzuoli (2014, p. 277) trata os direitos comunicativos, asseverando tratar-se de Direitos Humanos. Contudo, na visão de Mazzuoli, buscando fundamento em Habermas, a inclusão digital faz parte da alteração daquilo que o filósofo alemão aborda como esfera pública e é condição para a comunicação (MAZZUOLI, 2014, p. 275). O acesso digital torna-se apenas o componente contemporâneo da esfera pública e da participação popular, bem como o *locus* de manifestação e exercício da cidadania, tal como já compreendido, aqui no Brasil, por Paulo Bonavides, como direito fundamental de quarta geração/dimensão, já há muito tempo (BONAVIDES, 2004, p. 571).

Eis a perspectiva pela qual Mazzuoli (2014, p. 275) encara os direitos

⁵ Vale ressaltar que internet não é sinônimo de inclusão digital e nem que o mero conhecimento e capacidade de acesso a internet deva ser considerado como pleno acesso e inclusão digital. Contudo, não se deve desconsiderar a importância do domínio no acesso e uso da internet na compreensão e no significado do termo inclusão digital

comunicativos:

Não se trata apenas de assegurar a liberdade de expressão, de opinião ou de imprensa, mas de garantir, sobretudo, que o *meio* para se chegar à expressão do conhecimento (que é em última análise, a *comunicação*) seja exercido livremente e sem embaraços, quer no que tange às liberdades artísticas e literárias, à liberdade de proceder a uma investigação científica ou à liberdade de ensinar e ser ensinado.

O que se defende, no entanto, é mais substancial do que isso. O que se quer defender aqui é que a inclusão digital não deve ser protegida pelo Estado porque assegura a comunicação e a participação social nas tomadas de decisão, quer-se defender a ideia de que a inclusão digital é - também - um Direito fundamental porque sem inclusão digital a vida em sociedade é extremamente prejudicada.

Parte-se, portanto, do mesmo argumento que se usa para sustentar e.g. a alfabetização como um direito fundamental, o de que, sem essa capacidade - inclusão digital - a vida em sociedade perde em condições e dignidade, estando óbvia, no caso da alfabetização e da inclusão digital, a ligação com o direito à educação.

Mas a condição de alfabetizado, assim como a de incluído digitalmente, extravasa a barreira da educação e da cidadania, para contemplar a própria condição humana e a capacidade de desenvolvimento humano.

Ressalte-se, no entanto, que o fato de a inclusão digital ser compreendida normalmente como condição de exercício de outros Direitos ou liberdades não é algo a ser menosprezado, devendo ser defendido e promovido pelo Estado, por ser relevante, especialmente, para a participação direta dos cidadãos nas tomadas de decisão e de controle do Estado.

Aliás, esta concepção acessória pode até mesmo ser usada como argumento que justifique fundamentalidade de um Direito à inclusão digital, a ponto de sustentar uma compreensão material de Direito fundamental da inclusão digital.

O que se deve evitar, contudo, é a utilização exclusivamente da concepção acessória da inclusão digital – “Direito-meio” -, como sendo a característica essencial deste Direito.

A inclusão digital deve ser considerada para além de uma condição de exercício da cidadania ou da liberdade de expressão - sem excluir estas ou outras -, é necessário que se encontre um fundamento que justifique a inclusão digital como Direito fundamental material e finalístico e não apenas como um Direito que é meio para o exercício de outros Direitos, garantias e liberdades, como se a ausência de inclusão digital gerasse efeitos apenas no exercício de outros Direitos e não como condição, de *per si*, de vida digna e de desenvolvimento humano. Eis o que se pretende comprovar no presente trabalho: que a inclusão digital tem fundamentalidade suficiente para ser concebida como “Direito-fim”, ao molde de um direito a ser incluído digitalmente.

A inclusão digital, concebida como “Direito-meio” ou como “Direito-fim” pode até ser justificada como Direito - fundamental -, mas os argumentos acima aduzidos não justificam um posicionamento capaz de defender normativamente a inclusão digital como Direito, quiçá como um Direito fundamental. É necessário que haja algum indicio de reconhecimento estatal a tal direito.

Tal reconhecimento estatal advém, dentre outros, daquilo que a doutrina vem estabelecendo como característica essencial de todo e qualquer Direito fundamental, qual seja a positividade e a constitucionalidade, (ROTHEMBURG, 1999, p. 58).

Em um Estado de Direito é necessário que o Poder Público já tenha reconhecido determinada conquista social como um Direito positivado e expressamente previsto no seu ordenamento jurídico, sendo, portanto, necessário investigar a existência de normas jurídicas que, no âmbito constitucional, infraconstitucional e até internacional, possam justificar a posição aqui defendida, a saber, a de que a inclusão digital é um Direito.

Inicialmente convém colacionar o artigo XXVII da Declaração dos Direitos Humanos de 1948, que

I) Todo o homem tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de fruir de seus benefícios. II) Todo o homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor (ONU, Declaração dos Direitos

Humanos, 1948).

A Declaração entende o progresso científico e os benefícios dele decorrentes como meio e não como fim. É o direito de participar e usufruir que pode ser traduzido como o direito de se apropriar das tecnologias e da cultura produzida (GONÇALVES, 2008, p. 57, online).

Quanto ao direito pátrio há alguns dispositivos normativos que evidenciam o reconhecimento da inclusão digital como Direito, tais dispositivos podem ser encontrados tanto em âmbito constitucional, quanto infraconstitucional.

Em âmbito constitucional não nada expressamente previsto sobre a inclusão digital, senão uma referência ou outra acerca da tecnologia (art. 214) ou do pleno desenvolvimento humano (art. 196).

Quanto ao aspecto constitucional, é de se ressaltar que Constituição brasileira adota um sistema aberto de regras e princípios (CANOTILHO, 2003, p. 1159), permitindo que além daqueles Direitos fundamentais já expressamente positivados pela lei maior, outros Direitos e garantias fundamentais possam ser incluídos no rol de Direitos fundamentais, alguns até mesmo, por via interpretativa.

A abertura sistêmica está estabelecida expressamente no art. 5º, §2º da Constituição Federal pode ser um viés importante a ser analisado e o será no momento adequado, mas aqui vai como referência para um indício de positividade geral da inclusão digital: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988).

Com isso pode-se dizer que a Constituição abriu a oportunidade de inclusão de outros Direitos fundamentais para além daqueles já positivados no Título II da Lei Maior brasileira, desde que passem pelo crivo do regime e dos princípios adotados pela Constituição.

Vladimir Brega Filho afirma:

Os direitos fundamentais são dotados também de abertura, ou seja, têm possibilidade de se expandirem. Dessa forma, a interpretação das normas relativas aos direitos fundamentais

deve ser no sentido da ampliação dos direitos fundamentais “buscando a leitura mais favorável que deles se possa fazer”. Isto fica evidente a partir da leitura da chamada “cláusula de abertura” posta no artigo 5º §2º da constituição, onde o constituinte estabeleceu que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (2002, pág. 62).

Não se pode dizer, com isso, que falta respaldo constitucional para que seja considerada a inclusão digital como um Direito fundamental, mais ainda, é propício para a estrutura constitucional brasileira, flagrantemente humanista, a inclusão de Direitos que acarretem maiores garantias e melhoria da condição de vida das pessoas.

Contudo, apenas a referência à existência de outros Direitos que não apenas aqueles expressamente previstos na Constituição (ao molde do art. 5º, §2º), não assegura ao indivíduo um direito subjetivo à inclusão digital, nem mesmo uma percepção objetiva do Direito à inclusão digital se pode defender com base naquilo que se demonstrou até agora.

Em âmbito infraconstitucional está a expressa previsão da inclusão digital como dever do Poder Público na lei 12.965/2014: “Art. 27. As iniciativas públicas de fomento à cultura digital e de promoção da internet como ferramenta social devem: I - promover a inclusão digital;” (BRASIL, 2014).

O marco regulatório da internet resolveu a questão envolvendo a exigência de positivação da inclusão digital, pois trata o acesso a internet como Direito fundamental, ligado aos Direitos humanos e à cidadania. Mais ainda, elevou ao status de direito subjetivo público o direito à educação e a capacitação das pessoas para o uso da internet com a finalidade de promover desenvolvimento tecnológico (BRASIL, 2014).

Vale ressaltar que, segundo Valerio Mazzuoli (2014, p. 279-280), a lei 12.965/2014 é um compromisso assumido pelo Estado brasileiro quanto à regulamentação do “direito comunicativo na era digital” sob pena de “violação de direitos humanos” por omissão, podendo-se dizer que a lei que regula o uso da internet no Brasil e que, no mesmo diploma, impõe ao Poder Público o dever de promover a inclusão digital, apenas internaliza aquilo que internacionalmente é concebido como direito humano.

Com previsão expressa em âmbito legal pode-se dizer que já algum indício de juridicidade na inclusão digital. É imperioso reconhecer, no entanto, que tais dispositivos não são capazes de justificar um posicionamento que compreenda a inclusão digital como Direito fundamental, visto que não norma expressa sobre o tema em âmbito constitucional e na esfera infraconstitucional as remissões que se fazem à inclusão digital ainda a compreendem como um acessório a outros direitos, garantias e liberdades ou como acesso internet e a aparelhos como computadores.

Até aqui ainda não se enfrentou diretamente a questão da concepção da inclusão digital como Direito fundamental, mas o caminho foi essencial para demonstrar que a inclusão digital já é reconhecida como Direito, pois já está positivada enquanto norma jurídica no Estado brasileiro, mais ainda, determinou-se a possibilidade de incluir dentre o rol de Direitos fundamentais a inclusão digital, haja vista a abertura sistêmica da Constituição Federal, não apenas - o que não é pouco - como “Direito-meio” para o exercício da cidadania ou da liberdade de expressão, mas como Direito fundamental autônomo, “Direito-fim”.

É hora, pois, de justificar o caminho trilhado com o enfrentamento do tema, a fim de demonstrar que a inclusão integra o patrimônio humano dos indivíduos e é, portanto, merecedora de reconhecimento da sua fundamentalidade e da materialidade da sua estrutura jurídica.

3.2 A inclusão digital como direito fundamental

A doutrina adota vários critérios para classificar um Direito como fundamental. Um desses critérios divide os Direitos em formalmente e materialmente/substancialmente fundamentais. Em síntese, o critério adotado leva em consideração a forma de positivação (local) e o conteúdo do Direito fundamental (ROTHEMBURG, 1999, p. 55).

Quanto a essa classificação, pautada na forma de positivação, diz-se fundamental todo aquele Direito veiculado por dispositivo que se encontre positivado no rol de Direitos fundamentais, no caso brasileiro, todos os Direitos, liberdades e garantias, assim como os deveres, constantes do Título II da

Constituição Federal de 1988 são considerados Direitos fundamentais, independentemente do conteúdo fundamental assegurado pelo dispositivo constitucional.

A fundamentalidade do Direito, neste caso, depende muito mais da escolha do local de positivação feito pelo do Poder constituinte originário do que da sua natureza ou do bem jurídico que está amparado pelo dispositivo constitucional.

Quanto aos direitos materialmente/substancialmente fundamentais o critério adotado é outro, visto que não necessitam estar positivados no rol de Direitos fundamentais constitucionalmente estabelecido – podem estar no corpo dos dispositivos constitucionais ou, para parte minoritária da doutrina, até mesmo em outros dispositivos normativos, mesmo que infraconstitucional (SARLET, 2015, p. 89).

O local da positivação não é o mais importante, importante é o conteúdo essencial do Direito amparado pelo dispositivo normativo, pelo texto. É o caso, no Direito brasileiro, a título de exemplo, do meio ambiente, previsto no fim da Constituição (art. 225), mas que, por conta da essencialidade do tema que aborda, é considerada quase que de forma uníssona pela doutrina e pela Jurisprudência como sendo norma materialmente fundamental e, portanto, inalcançável pelo Poder Constituinte reformador (SARLET, 2007, p. 102).

O referido critério dá um norte para o debate travado no presente trabalho, mas não oportuniza uma solução definitiva, visto que o critério da classificação entre direito materialmente e formalmente fundamental pressupõe a positivação do Direito a partir de um dispositivo normativo, preferencialmente constitucional. Vale dizer, por este critério é possível justificar a existência de Direitos fora do catálogo, mas apenas por este critério não é possível identificar os argumentos que justificam a aplicação de Direitos não expressamente positivados.

Em que pese a lei 12.965/2014 ter incluído expressamente o termo “inclusão digital” dentre seus dispositivos, não o incluiu como princípio, nem o estabeleceu com características que dele pudesse se retirar algum direito subjetivo, senão em relação às crianças e adolescentes, conforme previsão do art. 29, parágrafo único da lei 12965/2014 (BRASIL) e, por isso, não resolve a questão da fundamentalidade da inclusão digital a partir da classificação acima

indicada. Vale ressaltar que mesmo se o fizesse, seria necessário construir um grande argumento para justificar um direito fundamental com assento exclusivo em norma infraconstitucional.

O tema abordado no presente trabalho necessita de um esforço a mais para justificar a fundamentalidade do Direito à inclusão digital. O critério da classificação entre direito materialmente e formalmente fundamental serve apenas para, do ponto de vista argumentativo, sustentar que mesmo não tendo sido ainda positivado em âmbito constitucional, a inclusão digital tem caráter materialmente fundamental, seja pelo seu aspecto acessório, para o exercício de outros direitos fundamentais, seja de forma autônoma, enquanto direito fundamental à inclusão social.

A ausência de positivação expressa gera um problema que não é simples de ser contornado, especialmente se não se admitir que um Direito seja incluído no ordenamento jurídico sem que exista uma base textual que o informe, mais ainda se adotar-se como premissa um Estado Democrático de Direito.

Como dito, a questão da positividade/constitucionalidade referida por Rothemburg é um grave problema para justificar a existência de um Direito fundamental à inclusão digital. Por outro lado, a doutrina estabelece mecanismos que permitem asseverar a existência de direitos fundamentais mesmo que não positivados constitucionalmente. Obviamente que tal posicionamento encontra forte resistência na doutrina nacional e internacional, especialmente sob o enfoque do que se chama panjusfundamentalização e panpriciologia.

A par disso, é possível justificar a existência de um Direito fundamental não positivado, e esse posicionamento não é minoritário na doutrina, sendo, aliás, difundido por grandes autores pátrios.

O fundamento jurídico que ampara argumentativamente a existência de direitos fundamentais não expressamente previstos na Constituição está estabelecido no art. 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988. O referido dispositivo promove uma abertura sistêmica permitindo a inclusão de outros direitos fundamentais que não aqueles já constantes do texto constitucional.

(...)

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (BRASIL, 1988)

A existência de um dispositivo constitucional que permite a ampliação de direitos fundamentais não é novidade no ordenamento jurídico pátrio, visto que é possível de ser encontrada em todas as constituições brasileiras desde a Constituição 1891, que fazia expressa a previsão em seu art. 78, a saber: “A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna” (BRASIL 1891).

Porém o marco inicial da abertura sistêmica em âmbito constitucional é normalmente remetido à emenda constitucional nº 9 da Constituição americana, cujo teor está assim redigido: “A enumeração de certos direitos na Constituição não será interpretada como excluindo ou restringindo outros direitos conservados pelo povo” (FERREIRA FILHO, *online*).

Quanto a atual Constituição, o art. 5º, §2º da Constituição Federal, promove aquilo que Walter Claudius Rothemburg chama de abertura interna do sistema de direitos fundamentais (ROTHEMBURG, 1999, p. 59). A abertura interna do sistema permite compreender a existência de Direitos fundamentais não expressamente previstos no âmbito constitucional, mas que devem ser considerados como tal por decorrerem do sistema e do regime adotado constitucionalmente.

Em relação à exigência de que os “novos” Direitos decorram do regime e dos princípios adotados pela Constituição, vale observar a lição de José Afonso da Silva:

O regime adotado é o democrático representativo, com participação direta e pluralista. Os princípios adotados são também os democráticos, os republicanos, os federalistas, os da realização dos direitos fundamentais do homem, o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, o da cidadania plena entre outros. Os direitos fundamentais ao desenvolvimento, à paz, à solidariedade, por exemplo, decorrem do regime e dos princípios adotados pela Constituição (SILVA, 2010, p. 181).

Quanto à natureza materialmente aberta do sistema constitucional, estabelecida pelo já citado art. 5º, §2º da Constituição Federal, vale ressaltar que a doutrina se debate em relação ao alcance da referida norma, podendo ser identificada ao menos duas grandes - e principais - classificações voltadas para o direito brasileiro, uma estabelecida por José Afonso da Silva e outra construída por Ingo Wolfgang Sarlet.

Para José Afonso da Silva, a norma constitucional em análise estabelece dois grupos de direitos fundamentais, os direitos fundamentais implícitos e os direitos fundamentais decorrentes dos princípios, do regime adotado e dos tratados internacionais. A diferença entre ambos é a de que os direitos fundamentais implícitos decorrem ou estão subentendidos nas regras das garantias constitucionais expressamente previstas, enquanto que aqueles direitos fundamentais decorrentes não teriam qualquer assento constitucional (SILVA, 2015, p. 86).

Para Ingo W. Sarlet a classificação deve ser em outro sentido, vale dizer, o art. 5º, §2º impõe outro tipo de classificação em relação ao conteúdo aberto dos direitos fundamentais. Em sua classificação, Sarlet divide os direitos fundamentais em dois grupos: Aqueles que estão positivados/escritos e aqueles que não estão positivados/escritos no ordenamento jurídico. Quanto aos direitos expressamente positivados o autor distingue entre aqueles que pertencem ao catálogo de direitos fundamentais ou estão assentados na Constituição federal, mesmo que fora do catálogo e aqueles que mesmo fora da constituição estão positivados em tratados internacionais. Quanto aos direitos não positivados a divisão se dá também em dois grupos, o grupo dos direitos implícitos, com base em direitos expressamente previstos, e o grupo dos direitos que não decorrem de nenhuma norma constitucional, senão dos princípios e do regime adotado pela Constituição (SARLET, 2015, p. 90).

Com o intuito de aprofundar um pouco mais a questão da abertura sistêmica, por acreditar ser esse o caminho que justifica a existência de um direito fundamental à inclusão digital, em síntese pode-se dizer que a partir do art. 5º, §2º da Constituição Federal de 1988 pode-se justificar a existência de Direitos fundamentais fora do catálogo de Direitos fundamentais - Título II da atual Constituição Federal -, mas expressamente positivados na Constituição Federal, direitos decorrentes de tratados internacionais, bem como permitir a

justificação de Direitos fundamentais não positivados expressamente pela Constituição, mas que estão implícitos em outros direitos fundamentais ou decorrem de uma nova conquista social (SARLET, 2007, p. 101).

Antes de aprofundar essa questão e tomar um posicionamento quanto inclusão digital, é necessária uma análise mais abrangente do que a doutrina entende como abertura sistêmica e de como se pode estabelecer um critério seguro para determinar que um direito não expressamente positivado tem conteúdo de Direito fundamental ou decorre do princípio ou do regime adotado pela Constituição.

Primeiramente quanto a esse intuito, parece fazer sentido o entendimento de Ingo Sarlet que concebe os direitos implícitos como uma categoria a parte, ou seja, com natureza diferente em relação à sua configuração como Direito fundamental. Isso porque, para o referido autor, a existência de Direitos implícitos por ser decorrente de ato interpretativo que toma como base Direitos que já são considerados como Direitos fundamentais, independe de autorização constitucional para que sejam considerados Direito fundamentais (SARLET, 2015, p. 93).

Importante deixar claro que o ato interpretativo possui limites, mas não dá, efetivamente, para dizer de antemão todos os desdobramentos do princípio da igualdade ou da liberdade, podendo ser que haja faces de tais princípios que estejam implícitas e que só diante do cotejamento com o caso concreto é que poderão vir à tona.

Passante isso, na esteira do que assinala Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Junior (2009, p.112), já acima indicados, os Direitos fundamentais podem ser classificadas por mais de um critério, tendo em vista uma abordagem histórica, conteudística ou histórico-positiva.

Do ponto de vista da abordagem conteudística, para usar esta classificação, concebe-se como Direito fundamental “os valores específicos que estão destinados a defender” (ARAÚJO; SERRANO JUNIOR 2009, p.112).

Seguindo esta linha defendida pelos já citados Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Junior, bem como por Ingo Wolfgang Sarlet, o valor específico que adjetiva os Direitos como fundamentais é a Dignidade da pessoa Humana.

(...) existe um valor genérico que permeia a noção de Direitos fundamentais, qual seja, a proteção da Dignidade da pessoa Humana em todas as suas dimensões. Essa proteção, exatamente por abordar as diversas dimensões ou faces da dignidade humana, pode ser segmentada segundo os valores específicos que venha a contemplar (ARAÚJO; SERRANO JUNIOR 2009, p.112).

Por essa linha de pensamento, para que um direito decorrente dos princípios e do regime adotado pela constituição deve ser considerado como efetivamente decorrente dos princípios e do regime, deveria ter seu núcleo ligado com a Dignidade da pessoa humana. Essa assertiva está certo, mas precisa ser complementada, visto que mesmo os direito fundamentais expressamente previstos na Constituição não têm, todos eles, ligação direta com a dignidade humana (como *e.g.* o direito fundamental a obtenção de certidões em repartições públicas previsto expressamente no art. 5ºXXXIV da Constituição Federal).

A lição novamente será de Ingo W. Sarlet (2015, p. 95). A adequação de um direito decorrente ao regime e aos princípios assinalados pela Constituição Federal tem caráter mais amplo do que apenas a dignidade da pessoa humana, mas precisa estar adequada com os princípios fundamentais, dentre os quais a dignidade humana, mas que estão todos positivados no Título I da Constituição Federal e, do ponto de vista argumentativo, também expressamente previstos no Preâmbulo da Constituição Federal.

Com isso, atribui-se um aspecto mais objetivo para a compreensão dos direitos decorrentes e dos direitos fora do catálogo, pois a decorrência dos princípios ou do regime adotado pela constituição ganha em objetividade, pois estão identificados no texto constitucional. Obviamente que a compreensão de um direito decorrente não deriva de um único dispositivo dos princípios fundamentais ou do preâmbulo constitucional, a interpretação sistemática do Direito é uma imposição nesses casos (FREITAS, 2010, p. 21)

Além disso, adotando aí uma linha bem definida da teoria do direito, baseada em Robert Alexy (2015, p. 153), deve-se conceber um direito fundamental como o reconhecimento que o direito faz de determinadas matérias que são axiologicamente importantes para determinada sociedade em determinado momento histórico e, sob esse prisma, a dignidade humana

realmente surge como mote que delinea essa importância axiológica.

Conforme consignou Bobbio em sua obra dos Direitos (2004), colocando a declaração Universal dos Direitos humanos de 1948 como ponto de encontro de uma ética global, é possível concordar que, para uma Constituição como a brasileira, identificar como bem jurídico fundamental para uma sociedade, em determinado momento histórico, um tema que tenha estreita vinculação com a dignidade humana também pode ser concebido como critério de consenso social e, portanto, ponto de partida e de chegada dos direitos fundamentais, mesmo que não expressamente previstos constitucionalmente.

Eis aí o viés que possibilita justificar, do ponto de vista material, a inclusão digital como Direito fundamental, qual seja a de que o reconhecimento da inclusão digital como parte do patrimônio jurídico das pessoas garante, em alguma medida, a proteção a algum aspecto da dignidade humana. Olhando para os tempos atuais, parece não ser difícil poder sustentar que a inclusão digital é fundamental para poder viver em sociedade com dignidade.

A inclusão digital não é mais tão-somente uma necessidade humana. Mas, isto sim, um valor que permite ao ser humano o acesso a formas de se realizar como tal, levando à efetivação de outros direitos inerentes à sua condição, tais como a dignidade, a igualdade, a liberdade de expressão e de acesso à informação

Dito isso, é possível voltar para classificação “tricotômica” da abertura sistêmica, acima indicada.

Em relação aos Direitos fundamentais previstos expressamente na Constituição Federal, mas que estão alocados fora do catálogo de Direitos fundamentais, não é difícil justificar a sua condição material/substancial de Direitos fundamentais visto que já estão positivadas em âmbito constitucional dependendo apenas de um esforço argumentativo para justificar a sua fundamentalidade.

Quanto aos Direitos fundamentais implícitos, a afirmação e justificação de direitos fundamentais implícitos, como bem lembrado por Sarlet (2007, p. 102) “passa necessariamente pela construção de um conceito material de direitos fundamentais”, exatamente por não possuírem a presunção de materialidade que recai sobre os direitos expressamente previstos - fundamentalidade formal.

Entende-se por direitos fundamentais implícitos aqueles que mesmo não positivados expressamente estão implícitos ou subentendidos em outros direitos fundamentais positivados constitucionalmente. Ingo Sarlet (2015, p. 91) salienta que os direitos implícitos podem implicar dois aspectos aos direitos fundamentais:

Neste sentido, verifica-se que a categoria dos direitos implícitos pode corresponder também - além da possibilidade de dedução de um novo direito fundamental com base nos constantes do catálogo - a uma extensão (mediante recurso à hermenêutica) do âmbito de proteção de determinado direito fundamental expressamente positivado, cuidando-se, nesta hipótese, não tanto da criação jurisprudencial de um novo direito fundamental, mas, sim, da redefinição do campo de incidência de determinado direito fundamental já expressamente positivado

É necessário aqui repisar um aspecto importante, pois quando concebido como mecanismo para alargamento do âmbito de proteção de um direito fundamental os direitos implícitos geram um ganho protetivo para o direito fundamental que tem o seu âmbito alargado, bem ao molde do que entende Robert Alexy quanto à natureza *prima facie* dos princípios (ALEXY, 2015, P. 104).

Vale dizer que, por esse viés, os direitos implícitos podem ser utilizados como mote para justificar a ampliação do âmbito de proteção de direitos fundamentais nada tendo a ver com o aspecto de inovação do ordenamento jurídico.

Os direitos implícitos não podem, por outro lado, ser confundidos com a construção de Direitos fundamentais que decorrem dos princípios ou do regime adotado pela Constituição Federal - Direitos decorrentes -, mas que não necessariamente são desdobramentos de outros Direitos fundamentais - direitos implícitos.

A classificação acima já deu indícios desta distinção nas classificações de José Afonso da Silva e Ingo Wolfgang Sarlet, mas é possível indicar ainda outras considerações que tem o condão de clarear ainda mais a distinção entre ambos os conceitos.

Acerca da distinção entre Direitos fundamentais implícitos e outros

decorrentes de conquistas sociais parece estar evidente na análise feita por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*on line*), na passagem que trata do entendimento americano sobre a emenda constitucional nº 9 da Constituição americana:

A Suprema Corte, em várias oportunidades, levou em conta a referida Emenda. Assim, por exemplo, a propósito do direito à privacidade e, mais recentemente, acerca da projeção deste nas relações conjugais - no famoso caso *Griswold*. Neste, o Justice Goldberg discorreu sobre o assunto, mas apenas para salientar a existência de direitos não enunciados expressamente no *Bill of Rights*. E o tema voltou, com tratamento equivalente, no caso *Roe x Wade*. Entretanto, a Suprema Corte, apesar de haver reconhecido muitos direitos fundamentais não enumerados no *Bill of Rights*, tem preferido apresentá-los como desdobramento de direitos expressos, fundamentando-os, portanto, nestes. Isto torna-se claro na manifestação do juiz Brennan acerca da abrangência da liberdade. Esta compreenderia: 1) a ausência de constrangimento corporal; 2) o poder de decidir sobre as questões básicas da vida; e 3) a autonomia quanto ao desenvolvimento e expressão do próprio intelecto e personalidade. Disto resulta evidentemente que basta desdobrar a liberdade, para justificar, se não todos, a grande maioria dos direitos (implícitos) que se pretende consagrar. Tomando esse caminho, a Suprema Corte tem fugido à crítica de que estaria afirmando direitos criados pela mera vontade do juiz ("judge's own discretion").

Em que pese ser possível levar adiante esta distinção - entre direitos implícitos e direitos autônomos -, não é importante para o fim aqui colimado um aprofundamento sobre este tema e, portanto, partir-se-á da premissa apenas da ausência de positivação do Direito fundamental em âmbito constitucional como principal característica do Direito à inclusão digital, em que pese adotar, expressamente, o entendimento de que a inclusão digital não é um direito fundamental que decorra de outro expressamente previsto - Direito fundamental implícito -, o que adiante ficará melhor esclarecido.

Obviamente que não se admite, no entanto, a criação de um Direito, fundamental ou não, que decorra apenas do arbítrio do magistrado, ao modo daqueles que defendem que o direito é o que o juiz acha que ele é – realismo jurídico (STREK, *on line*). Ao contrário disso, defende-se que qualquer norma jurídica do ordenamento deverá buscar fundamento em um princípio

constitucional explícito, dada a natureza normogenética de tais normas (CANOTILHO, 2003, 1160).

Verifica-se que por conta da abertura sistêmica estabelecida pelo art. 5º, §2º da Constituição Federal, é possível acenar a existência de um direito fundamental à inclusão digital, mesmo sem dispositivo constitucional expresso, bastando, para tanto, demonstrar a fundamentalidade/materialidade de tal direito e a norma constitucional - princípio - na qual ele está fundado.

Fica evidente, que se parte da premissa que o Direito fundamental à inclusão digital não é um direito implícito, mas um direito decorrente.

Quanto à importância social da inclusão digital, enquanto direito fundamental, já se falou à exaustão nos capítulos acima, pois é uma imposição dos tempos atuais. Não se pode imaginar uma vida integrada sem o domínio das tecnologias, isso vai desde o acesso ao metrô ou ao ônibus até os postos de trabalho ou a comunicação interpessoal, o voto, entre outros.

A materialidade - fundamentalidade material - de um direito, como bem lembra Rothemburg (1999, p. 55), caracteriza-se por abranger “valores supremos do ser humano e preocupação com a dignidade humana”, e, portanto, decorre do conteúdo do bem jurídico que se está a proteger e que, neste ponto, podem decorrer de conquistas sociais antigas ou mais recentes da humanidade, o que decorre da característica da historicidade, abertura e inexauribilidade⁶ dos direitos fundamentais (ROTHEMBURG, 1999, p. 58), independentemente da sua posituação.

O rechaço à transcendência (fundamentação absolutista e exclusivamente metafísica dos direitos fundamentais) e o reconhecimento dos direitos fundamentais com base na experiência social apontam-lhes a historicidade. Esse dado conjuntural não elide, porém, a hipótese de reconhecimento de direitos comuns na história das diversas sociedades, nem a

⁶ A inexauribilidade, no entanto, tem mais a ver com a teoria dos direitos implícitos, pois implica interpretação aberta/ampla dos direitos fundamentais positivados, o que acarretaria desdobramentos do conceito de um determinado direito fundamental que não está evidente no texto constitucional - implícito, portanto -, mas que existe em razão da inexauribilidade do direito fundamental no seu texto, a norma que decorre do texto advém da interpretação e na interpretação é possível encontrar um sentido/direito implícito no texto constitucional. A ideia de direitos autônomos, diferentemente dos implícitos, é a de que é possível o surgimento de direitos fundamentais sem posituação expressa, mas que tenha um núcleo essencial com os princípios constitucionais. O surgimento de novos direitos não é aceito por uma concepção mais dogmática do Direito, visto que vinculam a existência de um direito a um texto, mas o dispositivo constitucional estabelecido no art. 5º, § 2º não deixa dúvidas acerca desta possibilidade.

concepção de uma teoria evolucionista, em que direitos clássicos vão sendo aperfeiçoados e direitos novos vão sendo firmados, formando-se um repertório de direitos fundamentais que constitui patrimônio comum da humanidade (ROTHEMBURG, 1999, p. 58).

Quanto ao fundamento jurídico - princípio constitucional no qual o direito não expresso está fundado, de acordo com o art. 5º, §2º da Constituição – parece residir, indubitavelmente no princípio da dignidade da pessoa humana enquanto integrante dos princípios fundamentais estabelecidos no Título I da Constituição Federal.

A solução aparenta, é verdade, uma saída comum ou costumeira, pois dada a natureza polissêmica e extremamente aberta do princípio da dignidade humana, é possível justificar praticamente qualquer direito fundamental em tal princípio, mas ciente dessa possível concatenação, deixa-se claro, desde já, que a inclusão digital tem como núcleo essencial a dignidade humana, ou seja, adota-se a tese de que a dignidade humana está no núcleo do ordenamento jurídico e, como tal, também no núcleo do direito à inclusão digital. Na lição de Ingo W. Sarlet é possível encontrar o fundamento para tal assertiva.

Outro aspecto de transcendental importância para a compreensão do papel cumprido (ou a ser cumprido) pelo princípio da dignidade da pessoa humana, designadamente da sua conexão com os direitos fundamentais, diz com a sua função como critério para a construção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais na nossa ordem constitucional (SARLET, 2007, p. 101)

A comprovação da fundamentalidade material dos direitos fundamentais não expressos com base no princípio da dignidade deve ser construída de modo a não banalizar a ideia de dignidade humana, e não parece ser esse o caso do presente trabalho, visto que adotando, uma vez mais, a lição de Ingo W. Sarlet (2007, p. 104), toma-se a dignidade humana como conceito basilar - núcleo essencial - do Direito fundamental à inclusão digital, mas não exclusivo, visto que somente se pode conceber a inclusão a partir da educação e, mais ainda de um Direito objetivo ao pleno desenvolvimento da pessoa, expressamente previsto na Constituição Federal no art. 196.

A tomada de posição acima, quanto à escolha por uma classificação da inclusão digital como direito decorrente implica, neste momento, evidenciar que a inclusão digital não é um desdobramento da dignidade humana, senão uma materialização sua, bem como não é uma ampliação do âmbito de proteção do princípio do desenvolvimento da pessoa pela educação, sendo, neste caso, um direito que decorre de tal princípio.

Para poder sustentar a vinculação do Direito fundamental à inclusão digital com a dignidade da pessoa humana é importante deixar claro dois aspectos: A uma, não há unanimidade em dizer que os Direitos fundamentais sempre possuem como núcleo ou como fundamento a dignidade da pessoa humana e, duas, a vinculação entre Direitos fundamentais e dignidade humana, desde que aceita, implica duas espécies de vinculação que devem ser abordadas para uma análise mais completa do tema.

Como dito alhures, autores como Luiz Alberto David Araújo, Vidal Serrano Junior, Ingo Wolfgang Sarlet e outros defendem a vinculação entre dignidade humana e direito fundamentais. Mas mesmo Ingo W. Sarlet aponta algumas considerações ao entendimento que vincula todos os direitos fundamentais à dignidade humana (2007, p. 103).

Para o presente trabalho, será adotada a concepção que aceita a vinculação entre dignidade humana e Direitos fundamentais e, por isso, a defesa de que a inclusão digital deve ser reconhecida como Direito fundamental.

Como dito acima, a relação entre dignidade humana e Direitos fundamentais exige uma abordagem mais completa, o que coloca foco no tipo de relação existente entre dignidade e Direitos fundamentais.

O problema do tipo de relação entre tais bens jurídicos se pode ser representado pela seguinte indagação: o reconhecimento de Direitos fundamentais aos indivíduos é que assegura uma proteção digna às pessoas ou a necessidade de assegurar a dignidade das pessoas é que faz com que se reconheça determinados direitos fundamentais, que nada mais são do que fragmentos da dignidade?

A resposta a tal pergunta, em que pese não ser de todo problemática para a premissa acima estabelecida - a de que dignidade humana e os direitos fundamentais possuem imbricação necessária -, implica considerar que se os

direitos fundamentais são materializações do princípio da dignidade humana, então a ausência de reconhecimento da inclusão digital dentro do ordenamento jurídico talvez signifique que, para tal sociedade, estar incluído digitalmente não ofende ou não faz parte do âmbito de proteção da dignidade humana.

Nesse sentido ainda, na esteira do que defende Ingo Sarlet, vale ressaltar que é possível, considerando-se a existência de Direitos fundamentais não expressamente positivados, mas decorrentes do regime e dos princípios adotados pela constituição, justificar a existência de um Direito não positivado com base na dignidade humana, mas se tais Direitos fundamentais são materializações da dignidade humana, sempre que houver colisão entre um direito fundamental e a dignidade esta é que deverá preponderar, pois aquele nada mais é do que uma parte do todo, o que traria para o princípio um caráter absoluto difícil de sustentar, mesmo em relação à dignidade humana e ao direito à vida.

Por sua vez, se a concepção for a de que assegurar direitos fundamentais às pessoas é condição *sine qua non* para que haja plena proteção à dignidade humana, então há uma imposição para qualquer sociedade que tem a dignidade humana como princípio jurídico reconhecido constitucionalmente que, havendo substrato material para reconhecer determinado bem jurídico como Direito fundamental, deve-se fazê-lo sob pena de indiretamente ofender-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, visto que o núcleo de tal Direito é a dignidade.

Vale ressaltar que a Constituição vincula expressamente a necessidade de relação com os princípios constitucionais ou com o regime adotado o surgimento de outros direitos e garantias, como dito acima.

Quando a Constituição estabelece uma relação entre os “outros direitos e garantias” com princípios constitucionais isso tem um significado próprio, ou seja, é importante esclarecer em que sentido são considerados os princípios.

Como arremate, vale ressaltar que se entende que normas constitucionais princípios devem ser entendidas como mandados de otimização, nos termos como concebidos por Robert Alexy (2015, p. 91).

Para o referido autor, a distinção entre regras e princípios - que importa aqui apenas para justificar os princípios a que faz menção expressamente a constituição – está no fato de que regras são mandados definitivos, enquanto

que os princípios são mandados que devessem ser realizados na maior e melhor medida possível.

Com base nisso, se os princípios são mandados de otimização não devem ter as suas colisões resolvidas como se antinomias fossem, mas sim com base harmonização, para que, diante de um caso concreto, havendo colisão entre direitos fundamentais (princípios) interpretativamente deva ser aplicado um princípio sem que isso implique revogação do outro.

No caso do presente trabalho, adotando-se a ideia de que o núcleo essencial do direito fundamental à inclusão digital está na dignidade humana, deve-se buscar uma aplicação máxima de tal princípio a ponto de permitir que a inclusão digital seja capaz de conceder dignidade à pessoa, mais ainda, a aplicação máxima da dignidade humana deve, com base em Alexy, considerar estar incluído digitalmente como condição de dignidade.

Por fim, pode-se fundamentar a justificação da inclusão digital nos princípios da dignidade humana e do pleno desenvolvimento humano por conta da natureza normogenética que tais princípios apresentam. De acordo com Canotilho (2003, p. 1160) “os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função monogenética fundante”.

Com isso, o princípio da dignidade humana e do pleno desenvolvimento humano fazem surgir, mesmo que não expressamente previsto, o direito fundamental à inclusão digital. Contudo, na condição de direito fundamental, a inclusão digital deve ser concebida como norma princípio, tendo em vista a imposição de coexistenciabilidade dos direitos fundamentais que, em caso de colisão devem manter-se vigente, ao contrário da natureza antinômica das normas regras.

Portanto, a inclusão digital deve ser considerada como um direito fundamental de natureza objetiva e subjetiva, que deve ser realizado da forma mais ampla e ótima possível, na medida dos limites fáticos e jurídicos que se apresentem no caso concreto, algo que é inerente às normas princípio.

CONCLUSÃO

A inclusão digital é um direito fundamental. A sua importância social e cultural talvez ainda não tenha sido evidenciada porque é difícil falar do presente, ou seja, ainda não se pôde ter noção da mudança global que a vida digital promove no modo de viver em grande parte do mundo no século XXI.

Se há importância social, se a cultura global ou, ao menos, ocidental, está marcada pela era digital, não pode o direito quedar-se em cuidar desta questão. É fundamental que o Direito esteja a par das conquistas sociais, claramente que na medida em que consegue acompanhar.

É evidente, por outro lado, que a própria sociedade vai impondo ao Estado e ao pensamento jurídico a necessidade de atentar-se a novas realidades sociais. Não há como virar as costas para os crimes cibernéticos, não há como deixar e atentar-se para as novas plataformas de educação, para a diferença na relação cliente e consumidor, na forma como se compra e se vende, como se comunica, como se ajuíza uma ação judicial de como se vive. O Direito tem que ter participação na era digital.

Mais do que regular todos esses aspectos da vida contemporânea, é necessário que o Direito reconheça que participar dessa forma de viver em sociedade é imposição que não tem mais volta. Então, é necessário controlar e permitir que aqueles que não conseguem ou não podem ter acesso a uma vida digital, em querendo, possam tê-la e cabe ao direito, juntamente com outras áreas do conhecimento promover essa inclusão.

Não basta, porém, tipificar condutas ou alterar o mecanismo de ajuizamento de ações judiciais, é necessário um reconhecimento substancial do direito à inclusão digital, algo que neste momento ainda não existe no território brasileiro, ao menos não em âmbito constitucional.

Não há um dispositivo constitucional que reconheça expressamente a inclusão digital como direito. Mas isso não significa que não seja possível entender a inclusão digital como direito fundamental, principalmente se essa for uma demanda social.

O direito, porém, não admite voluntarismos, a formalidade jurídica impõe um reconhecimento expresso do direito para as demandas sociais o

que, como se sabe, por vezes demora toda uma geração para ocorrer.

No caso da inclusão digital adota-se uma posição definitiva, trata-se de direito fundamental, mas a sua justificação, em que pese ter esboço formal, se faz muito mais com cunho hermenêutico e argumentativo.

A Constituição brasileira, assim como boa parte as constituições ocidentais democráticas do pós-guerra, adota uma posição de norma jurídica fundamental com rígido critério de alteração, mas com intuito de ser duradoura. Para tanto, incluiu dentre as normas de direitos fundamentais uma cláusula de abertura, no avesso da norma de clausura da teoria pura do Direito. O artigo 5º, §2º da Constituição Federal abriu a constituição para o reconhecimento de outros direitos fundamentais que não aqueles já expressamente positivados no texto fundamental.

Mas o simples reconhecer da existência de outros direitos e garantias não é suficiente, para que os direitos não expressamente previstos na constituição possam ser considerados efetivamente direitos fundamentais, devem adequar-se aos princípios e ao regime adotado pela constituição Federal, o que se convencionou estar estabelecido no Título I da Constituição.

Além disso, é necessário uma teoria do Direito que justifique tal posicionamento e, para tanto, Robert Alexy oferece suporte adequado com a sua concepção de regras e princípios, sendo estes, verdadeiros mandados de otimização, o que permite justificar uma abertura estrutural, axiológica e semântica dos princípios que permite consagrar novos direitos fundamentais, mesmo que sem expressa previsão constitucional.

Nessa senda, a inclusão digital surge como um imperativo social dos tempos atuais, não é possível imaginar que a inclusão não seja direito das pessoas, como um direito a algo, no caso, um direito a ser incluído digitalmente.

Mais do que ser um direito à inclusão, como meio para o exercício de outros direitos ou como fim em si mesmo, a inclusão deve ser considerada como direito fundamental, visto que enquanto materialização da dignidade humana, a inclusão tem o condão de assegurar uma melhor condição de vida às pessoas.

Dessa forma, é possível encontrar demanda social a reclamar o reconhecimento da inclusão digital como direito fundamental, preferencialmente

expressamente positivada em âmbito constitucional e no catálogo dos Direitos fundamentais, mas até que o constituinte reformador inclua tais direitos no referido rol, é possível considerar a inclusão digital como direito fundamental decorrente dos princípios e do regime adotado pela constituição tendo como núcleo essencial a dignidade humana o que, do ponto de vista argumentativo, parece ser bastante plausível e, do ponto de vista científico, devidamente sustentado sem que se recorra a argumentos metajurídicos.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 13 . ed. São Paulo: Saraiva, 2009
- ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Tradução de Roberto Raposo. Rev. Téc. de Adriano Correia. 12 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- BARROS, Sergio Rezende. *Direitos Humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.
- BERGER, Peter. *Perspectiva sociológica*. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 1. ed. 12. tir. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. Conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- BRANDÃO, Marco. *Dimensões da inclusão digital*. São Paulo: All Print Editora, 2010.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. *A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais*. In: LEITE SAMPAIO, José Adércio (Org.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- CASTELLS, M. *Comunicación y poder*. Madri: Alianza Editorial, 2009
- _____, Manuel; CARDOSO, Gustavo. (organizadores) *A Sociedade em Rede do Conhecimento à Ação Política*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2005.
- CAZELOTO, Edilson. *Inclusão digital: uma visão crítica*. São Paulo: Senac São Paulo, 2008.
- COELHO, Alexandre Zavaglia Pereira; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. *O processo de inovação tecnológica e os elementos da sustentabilidade digital*.

In. MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia Pereira. (coords.) *Direito, Inovação e Tecnologia*. Série Direito, inovação e tecnologia. v.1. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 157-204.

COMPARATO. Fábio Konder. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Saraiva 2011.

DIAMOND, Jared. *O terceiro chimpanzé: a evolução e o futuro do ser humano*. Tradução de Cristina Cavalcanti. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2010.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. *O Direito à privacidade na Internet: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004..

HOBSBAWN, Eric. *O Novo Século*. São Paulo: Cia. Das Letras, 2000.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Direito, tecnologia e inovação. In. MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia Pereira. (coords.) *Direito, Inovação e Tecnologia*. Série Direito, inovação e tecnologia. v.1. São Paulo: Saraiva, 2015. p.11-31.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. 2009.

IANNI, Otávio. *Teorias da globalização*. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Trad. de Carlos Irineu da Costa. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2008.

LEMOIS, André. *Cidade Digital: Portais, Inclusão e Redes no Brasil*. Salvador: Editora da Universidade Federal da Bahia, 2007.

LIMBERGER, Têmis. Direito e informática: o desafio de proteger os direitos do cidadão. In: *Direitos Fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. SARLET, Ingo Wolfgang; MICHELMAN, Frank I. [et al.] org. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Gen, 2014

MELLO, Celso Albuquerque. *Direito internacional da integração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos Fundamentais e suas*

características. Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas – nº 29 – outubro-dezembro de 1999. Documento Eletrônico. Disponível em <http://www.sedep.com.br/artigos/direitos-fundamentais-e-suas-caracteristicas>. Acesso em 15/05/2015.

ROVER, Aires José. *A democracia digital possível*. Revista Sequência, n.º 52, p. 85-104, jul. 2006.

_____. *Do analógico ao digital: construindo tecnologias emancipadoras*. Documento Eletrônico. Disponível em <http://www.infojur.ufsc.br/aires/arquivos/analogico>. Acesso em 15/10/2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2007.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

STREK, Lênio Luiz. *OK, Juiz não é Deus (Juge n'est pas Dieu!). Mas, há(via) dúvida?* Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-nov-20/senso-incomum-ok-juiz-nao-deus-juge-nest-pas-dieu-duvida> acesso em 28.10.2015.

VILCHES, Lorenzo. *A migração para o digital* - Tradução de Maria Immacolata Vassalo de Lopes. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

VIRILIO, Paul. *A bomba informática*. São Paulo: Estação Liberdade, 1999.

WILSON, Edward O. *A conquista social da Terra*. Tradução de Ivo Korytorski. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.