

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

**PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS
DIREITOS E CIDADANIA**

DANIELA CARVALHO ALMEIDA DA COSTA

MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA

NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo de constitucionalização dos direitos da cidadania [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Daniela Carvalho Almeida Da Costa, Maria Dos Remédios Fontes Silva, Narciso Leandro Xavier Baez – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-063-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constitucionalização.
3. Cidadania. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS
PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS E
CIDADANIA

Apresentação

Caríssimos(as),

É com imensa honra e satisfação que apresentamos a obra Processo de Constitucionalização dos Direitos e Cidadania, fruto das apresentações do Grupo de Trabalho (GT) que conduzimos no dia 05 de junho do corrente ano, na Universidade Federal de Sergipe (UFS).

Este GT foi pensado e proposto pela afinidade temática com uma das linhas de pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFS, cuja área de concentração é justamente Constitucionalização do Direito, o que nos acrescenta uma satisfação pessoal. O Programa, ainda muito jovem, cujo início se deu em 2010, vivenciou um grande amadurecimento ao sediar o XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, o que se refletiu na adesão maciça de seu corpo docente e discente, não só unindo esforços para ciceronearmos esse Encontro do CONPEDI, mas também na submissão de inúmeros artigos científicos.

A obra que apresentamos tem uma importância peculiar para o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFS, contando com uma das professoras do Programa dentre seus coordenadores, bem como com 6 artigos de alunos do Programa que, em conjunto com os demais 18 artigos, todos selecionados com o devido rigor científico, compõem os 24 artigos da presente obra sobre Constitucionalização e Cidadania. Os textos se destacam pela relevante discussão temática em torno das dimensões materiais e eficazes dos direitos fundamentais, especialmente pelo debate sobre os mecanismos de efetividade desses direitos, não só no âmbito jurídico, mas também no âmbito social, político e econômico.

Os Direitos Humanos, na célebre concepção de Hannah Arendt, são um dado e não um construído, o que nos remete ao dinamismo necessário a sua internacionalização/universalização e, sobretudo, num país com uma democracia inconclusa como o nosso, a necessidade da construção e aperfeiçoamento dos instrumentos jurídicos para sua internalização. A Constitucionalização dos Direitos é força motriz para a efetivação desse processo paulatino de internalização dos Direitos Humanos.

É inegável o avanço que a Constituição de 88 representou nesse processo e o quanto nossas instituições públicas vêm se fortalecendo no jogo de forças da vivência democrática.

Entretanto, uma efetiva constitucionalização promove cidadania e dignidade, enraizadas nos valores sociais do trabalho, a começar pela democratização do acesso à justiça e à livre informação, não por outra razão fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito. Para tanto, é essencial uma efetiva hermenêutica constitucional, em que toda a interpretação e aplicação do direito se dê conforme o paradigma constitucional.

Os coordenadores do GT Processo de Constitucionalização dos Direitos e Cidadania agradecem aos autores dos trabalhos, pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a elaboração da presente obra, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da graduação e pós-graduação e os próprios cidadãos interessados na tutela de seus direitos.

Desta feita, acreditamos que a presente obra muito acrescentará às reflexões tão necessárias dentro dos estudos do direito, acerca do Processo de Constitucionalização e Cidadania, com vistas à construção de um mundo mais igualitário.

Desejamos uma leitura construtiva a todos!

Aracaju, inverno de 2015.

Prof.^a Dr.^a Daniela Carvalho Almeida da Costa¹

Prof.^a Dr.^a Maria dos Remédios Fontes Silva²

Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez³

¹Advogada; Mestre e Doutora em Direito Penal e Criminologia pela USP; Especialista em Direito Penal pela Universidade de Salamanca; Ex-Coordenadora Regional em Sergipe do IBCCRIM; Coordenadora do Grupo de Pesquisa Estudos sobre violência e criminalidade na contemporaneidade da UFS; Professora Adjunta do Dept.^o de Direito da UFS; Professora do Programa de Pós-graduação Mestrado em Direito da UFS; Professora do Curso de Direito da Fanese; Professora da Escola Superior da Magistratura de Sergipe.

²Mestre e Doutora pela Université Catholique de Lyon - França, Pós-doutorado pela Université Lumière Lyon II - França. Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Direito Estado e

Sociedade". Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Professora Titular do Departamento de Direito Público da UFRN, Professora da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte - ESMARN.

³Coordenador Acadêmico-Científico do Centro de Excelência em Direito e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Catarina; Pós-Doutor em Mecanismos de Efetividade dos Direitos Fundamentais pela Universidade Federal de Santa Catarina; Doutor em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá, com estágio bolsa PDEE/Capes, no Center for Civil and Human Rights, da University of Notre Dame, Indiana, Estados Unidos; Mestre em Direito Público; Especialista em Processo Civil; Juiz Federal da Justiça Federal de Santa Catarina desde 1996.

DIREITO FUNDAMENTAL AO FUTURO: SUSTENTABILIDADE COMO PARÂMETRO PARA O CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ESTATAL

FUNDAMENTAL RIGHT TO THE FUTURE: SUSTAINABILITY AS A BENCHMARK FOR THE STATE DISCRETION CONTROL

**Joao Augusto Dos Anjos Bandeira De Mello
Henrique Ribeiro Cardoso**

Resumo

O presente artigo começa por demonstrar que os Direitos Fundamentais ocupam uma posição de centralidade no ordenamento jurídico, condicionando e fundamentando toda a aplicação do Direito. Defende, ainda, a existência de um catálogo aberto de Direitos Fundamentais fruto do reconhecimento e incorporação contínua de Direitos com vista à promoção evolutiva da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, segundo a lição de Beck, Hardin e Jonas, não há uma perspectiva natural e automática de que no futuro haja uma replicação evolutiva do presente, em termos de concretização de direitos fundamentais com vista à dignidade da pessoa humana. A eficácia futura dos direitos fundamentais é algo incerto. O que é algo a ser contornado, já que, por óbvio, a proteção da vida futura das pessoas e de sua descendência também apresenta-se como uma faceta essencial da dignidade da pessoa humana. Daí a necessidade não só do reconhecimento, mas de providências efetivas tendentes à efetivação de um Direito Fundamental ao Futuro, que consistiria exatamente no Direito à contínua e crescente concretização de todos os demais Direitos Fundamentais, não só no tempo presente, mas também no tempo vindouro. E deste Direito Fundamental ao Futuro surge a necessidade de um balizamento necessário ao controle da discricionariedade: a sustentabilidade, que nada mais representa do que a adequação positiva daquela decisão discricionária à concretização dos direitos fundamentais, no médio e longo prazos.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Direito fundamental ao futuro, Sustentabilidade, Controle da discricionariedade

Abstract/Resumen/Résumé

This article begins by showing that the Fundamental Rights occupy a position of centrality in the legal system, conditioning and basing any application of the law. It also defends the existence of an open catalog of Fundamental Rights, which are fruit of recognition and continuous incorporation, for the evolutionary enhancement of the human dignity. On the other hand, according to the lessons of Beck, Hardin and Jonas, there is not a natural and automatic expectation that in the future there will be an evolutionary replication in terms of implementation of fundamental rights related to human dignity. The future effectiveness of fundamental rights is uncertain. What is something to be overcome, since, obviously, the protection of the future life of people and their offspring, also presents itself as an essential

facet of human dignity. Hence, this question needs not only recognition, but also effective measures aimed at the effectiveness of a Fundamental Right to the Future, which means exactly the Right to continuing and increasing realization of all other fundamental rights, not only in this time, but also in the coming time. Moreover, this Fundamental Right to the Future follows a beacon required for the control of discretion: Sustainability, which is nothing more than the positive adequacy of that decision to the implementation of fundamental rights in the medium and long term.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Fundamental right to the future, Sustainability, Discretion control

1 INTRODUÇÃO

A temática dos Direitos Fundamentais é sempre relevante, e tem sido objeto de constantes e evolutivos estudos no âmbito do Direito.

A percepção de que o homem, ou seja, toda pessoa, com sua dignidade intrínseca, deve ser objeto de proteção, e mais do que isso, objeto de promoção de oportunidades de desenvolvimento social, passa a ser uma preocupação dos ordenamentos jurídicos.

Os processos de globalização e internacionalização dos direitos humanos fazem com que as preocupações com direitos fundamentais ultrapassem as fronteiras dos Estados nacionais e passem a preocupar a comunidade internacional.

Os sistemas internacional e regionais de proteção dos direitos humanos gradativamente vão exercendo pressão sobre os Estados nacionais visando o cumprimento dos diversos tratados multilaterais protetivos da dignidade da pessoa humana.

A rapidez da comunicação, notadamente com o advento da internet, faz com que os agravos aos direitos humanos escandalizem em escala global, aumentando a coerção para o equacionamento das injustiças.

Também a noção de constitucionalização do direito contribui para esta percepção, já que em sendo o todo do ordenamento jurídico extraído, interpretado e fundamentado a partir da Carta Maior; resta por evidente que este embasamento acontecerá a partir do coração da constituição: os direitos fundamentais.

Neste diapasão, os influxos externos – coercibilidade dos direitos humanos reconhecidos no plano internacional, condicionando a concretização de direitos fundamentais no âmbito do Estado nacional - e internos – primazia dos direitos fundamentais, condicionando todo o ordenamento jurídico - fazem com que o desenvolvimento social e humano, mesmo no caso brasileiro onde há carências peregrinas de efetivação de direitos fundamentais, possam atingir patamares cada vez mais consistentes.

Muito bem, não se podem negar estes cenários positivos. Porém, outros cenários devem ser considerados.

Primeiro, há que ser considerado que a mesma modernidade que garante o ambiente favorável para o desenvolvimento das ideias relativas aos direitos humanos pode trabalhar contra a concretização destes mesmos direitos.

Isto porque a tecnologia, o progresso industrial, comercial e de telecomunicações provocam mudanças, na civilização e no meio ambiente, cada vez mais céleres e cada vez menos controladas.

Não há segurança de como será a vida humana nas próximas décadas, haja vista os perigos da poluição, de desastres nucleares, de guerras globais, de pandemias.

O poder da técnica, como descreve Hans Jonas (1995), traça uma perspectiva incerta de onde chegará os limites da humanidade, em relação, por exemplo, à transformação da natureza, à modificação das relações sociais ou ainda à própria manipulação do genoma humano.

Há possibilidades reais de concretização de distopias, vislumbrando-se, talvez pela primeira vez, o risco verdadeiro de que a existência humana possa viver uma efetiva ameaça; uma ameaça em termos de mitigação de sua dignidade, onde as condições até hoje crescentes de qualidade de vida possam sofrer uma curva negativa; ou pior, uma ameaça à sua própria continuidade como espécie líder na presença terráquea.

Nestes termos, como resposta às ameaças mencionadas, Jonas (1995) desenvolve um imperativo ético, um princípio de responsabilidade, onde o próprio homem, enquanto ser racional e consciente dos perigos que afligem a humanidade, deve cuidar para que sua existência atual e a existência das gerações futuras possa se desenvolver de modo auspicioso. Deve o homem proteger o futuro, tanto o seu, enquanto indivíduo, quanto o de seus semelhantes e descendentes, como o de toda a vida no planeta.

Neste sentido, uma maneira de a humanidade cumprir sua obrigação de proteger o futuro, é exatamente fazer com que o direito, os sistemas jurídicos, enquanto personificação normativa dos Estados, façam a curatela do porvir.

E, para tanto, urge que tanto a produção das normas jurídicas, como principalmente a sua hermenêutica atentem-se aos perigos e perplexidades citados.

Por isso, a importância- e a necessidade - de que a aplicação do direito seja voltada para a defesa do futuro. Urge compreender que a norma jurídica não é fruto apenas de uma realidade histórico-social evolutiva direcionada ao presente; esta compreensão tem de ser direcionada, principalmente, ao futuro.

Tudo isto tendo como pano de fundo o reconhecimento de um direito fundamental ao futuro, o que resolveria o conjunto de perplexidades suscitadas, na medida em que, protegido enquanto direito fundamental, o futuro estaria no centro das preocupações do sistema jurídico, fundando, legitimando, influenciando, não só as decisões estatais, mas também condicionando as relações sociais, de modo a proteger e garantir a concretização de todos os direitos fundamentais não só à geração presente, mas também àquela que paulatinamente vem chegando ao convívio do planeta.

Nesta toada, com vista a atacar a problemática acima exposta, desenvolveremos o presente artigo da seguinte forma: primeiro, abordaremos a temática dos direitos fundamentais, sua centralidade no ordenamento jurídico e a aproximação do seu estudo com a filosofia.

Depois, abordaremos as incertezas do futuro, notadamente quanto ao poder da técnica, tendo como substrato básico, a obra do filósofo Hans Jonas, mas também ensinamentos de Ulrich Beck e Garret Hardin.

E adiante, procuraremos demonstrar a existência de um direito fundamental ao futuro, como síntese e garantia de que todos os direitos fundamentais, reitores da dignidade da pessoa humana, têm que ter eficácia prospectiva, ou seja, não só pautados pelo momento presente, mas também para a preservação do futuro.

Ao final, pretendemos demonstrar que, reconhecido o direito fundamental ao futuro, deste decorre um importante argumento para o controle das decisões estatais: a *sustentabilidade* – exatamente a garantia de continuidade da concretização dos direitos fundamentais no Futuro.

Tudo porque o Estado é, por excelência, o principal fiador da concretização dos direitos fundamentais e, por isso, protagonista da garantia do direito fundamental ao futuro.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Direitos fundamentais, em sua acepção literal - buscando o significado semântico do qualificativo fundamental - seriam aqueles direitos que servem de alicerce, fundamento para outros direitos; e/ou direitos que dão início à elaboração de outros direitos; e/ou direitos básicos, essenciais, indispensáveis.

Porém, isto diz pouco em termos jurídicos; seja porque as ideias expressadas revelam-se demasiado gerais, sem uma informação precisa acerca do porquê do caráter embasador, inicial e essencial desta categoria de direitos. A fundamentalidade expressa não traz uma informação específica acerca do conteúdo destes direitos.

Deste modo, devemos investigar como e por que surgiu a noção de Direitos Fundamentais (sua gradação e desenvolvimento histórico); como também o caráter e o conteúdo de tais Direitos (o que protegem); e ainda o porquê de sua posição de centralidade (e fundamentalidade) no ordenamento jurídico, com sua estrita vinculação com as Constituições.

E, para tanto, é necessária, uma digressão de investigação histórica, filosófica e jurídica para responder estas perguntas. O que começaremos a fazer a partir de agora.

2.1 INVESTIGAÇÃO HISTÓRICA E FILOSÓFICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Robert Alexy, jusfilósofo alemão, em sua obra magistral *Teoria dos Direitos Fundamentais* (2011) diz que sobre os direitos fundamentais podem ser formuladas teorias distintas, a depender do enfoque e das premissas utilizadas. Exemplifica o autor alemão que teorias históricas explicam o surgimento dos direitos fundamentais; teorias filosóficas se ocupam de sua fundamentação; e teorias sociológicas acerca de sua função no sistema social.

Porém, apesar de distintos os enfoques, realça Alexy (2011) que todas as teorias possíveis, a depender de qual ciência social lhe dê fundamento, terão pontos de contato e de conexão, servindo umas às outras de subsídios para uma investigação científica recíproca.

Por isso, mesmo para uma abordagem eminente jurídica, não se podem perder de vista as investigações necessárias pertinentes a outras ciências sociais, notadamente a filosofia, pois, como bem esclarece José Afonso da Silva (2002), os direitos fundamentais tiveram sua construção paulatinamente embasada em diversos pensamentos e correntes filosóficas.

Com efeito, esclarece o constitucionalista (AFONSO DA SILVA, 2002), em uma gradação histórica, os seguintes pontos de partida: que do *cristianismo primitivo*, com sua mensagem de libertação do homem, derivou o reconhecimento de uma dignidade intrínseca à pessoa humana, desfrutada, portanto, por todos os homens enquanto criaturas formadas à imagem de Deus; *da doutrina do direito natural* dos séculos XVII e XVIII, de natureza racionalista, adveio, como no cristianismo primitivo, o reconhecimento de uma dignidade natural inerente à condição humana, porém derivada de sua natureza racional, e não do fato de ser uma criatura de Deus; *e do pensamento iluminista* que, por valorizar a condição individual do homem, e sua liberdade, veio o impulso para que fossem criadas as primeiras declarações de direitos do homem.

E não poderia ser de outra forma, já que cabe à filosofia o estudo do homem, e de suas relações entre si e com o universo. Deste modo, o Direito busca no pensamento filosófico, um caminho para sua racionalidade e para o seu êxito.

Nesta linha, dando ênfase ao fundamento filosófico (ao lado dos fundamentos religioso e científico da dignidade humana) temos Comparato (2005), que afirma que, da questão peregrina: - *o que é o homem?* Derivou toda a especialidade e singularidade que justifica sua peculiar dignidade.

Voltando ao tema em debate, e ainda com Afonso da Silva (2002), temos que as concepções filosóficas acima mencionadas (*do cristianismo ao iluminismo*) tiveram que ser aperfeiçoadas com o surgimento das novas condições econômicas decorrentes do desenvolvimento industrial.

Ampliou-se o leque dos direitos fundamentais reconhecidos, reconhecendo-se direitos econômicos e sociais. E as fontes de inspiração destes novos direitos foram: *as doutrinas marxistas* postulando a igualdade material a todos os homens, proposta pelo regime socialista; *a doutrina social da igreja*, a partir do papa Leão XIII, que, sem fugir do regime capitalista, procura fundamentar uma ordem mais justa; e, por fim, o intervencionismo estatal, a *doutrina do Estado do Bem-Estar Social* que “reconhece que o Estado deve atuar no meio econômico e social, a fim de cumprir uma missão protetora das classes menos favorecidas, mediante prestações positivas” (AFONSO DA SILVA, 2002, p.74).

Assim, pela gradação histórica baseada nos pensamentos filosóficos acima demonstrados, percebe-se que o conteúdo da expressão direitos fundamentais variou com o tempo, iniciando-se basicamente com o direito à vida e à liberdade; e, posteriormente, sofisticando-se para abranger todo um leque de prestações e direitos sociais que assegurem não só a vida e a liberdade, mas uma dignidade, uma qualidade de vida compatível com a vida e a liberdade.

Chegando à concepção mais atual de direitos fundamentais, identificando-os como aqueles vinculados com a natureza do homem, enquanto ser racional e consciente de sua singularidade. Sendo, por certo, também direito fundamental a viabilização e a concretização de prestações que assegurarão a manifestação desta singularidade, em termos de uma vida com dignidade, liberdade e igualdade de oportunidades, no tempo atual e no futuro.

E desta gradação, de ampliação do reconhecimento do leque de direitos fundamentais, exsurge uma importante classificação dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões.

2.2 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É comum tomar por base a evolução do reconhecimento dos direitos fundamentais com o fito de delinear uma sistematização destes direitos em gerações.

Nesse contexto, seriam direitos fundamentais de primeira geração os direitos e garantias individuais e políticos clássicos. De segunda geração, os direitos sociais, econômicos e culturais. De terceira geração, direitos difusos relacionados a uma ideia de

fraternidade, de qualidade de vida para todos os povos, como o direito a um meio ambiente equilibrado, ao progresso, à paz, entre outros.

Sarlet (2013) menciona direitos de quarta e quinta gerações, tendo por base o magistério de Paulo Bonavides, para quem seriam de quarta geração os direitos à democracia direta¹, à informação e ao pluralismo; e de quinta geração o direito à paz.

Sarlet (2013) ainda destaca os ensinamentos de José Alcebíades de Oliveira Júnior, que prega serem Direitos de quarta geração, os direitos relacionados à biotecnologia e bio-engenharia; e de quinta geração os direitos relacionados à cibernética, à tecnologia da informação e à comunicação de dados.

Agregue-se ao explanado acima, o lúcido raciocínio feito quanto ao assunto por Dimoulis e Martins (2007), no sentido de que a palavra gerações, deve ser entendida *cum grano salis*, já que se poderia imaginar que os direitos de uma geração substituíram os da geração anterior. Engano, pois direitos de primeira geração convivem com os de segunda, terceira e outros tantos que vierem.

Além do mais, advertem os autores, mesmo nos primórdios da Revolução Francesa, já eram assegurados alguns direitos sociais, como a assistência e o acesso à educação (DIMOULIS; MARTINS, 2007).

Por isso, comungamos com o pensamento de Sarlet (2013) de que é preferível o termo dimensões, pois exatamente como a percepção sensorial, primeira, segunda, terceira (e outras) dimensões podem ser percebidas e acrescentadas sem prejuízo das anteriores, formando um todo evolutivo e cumulativo, com vista à proteção do indivíduo.

Porém, frise-se, o uso do termo *gerações*, pode ser justificado para que seja dada ênfase no reconhecimento de determinados direitos ao longo dos tempos, em cada determinado momento histórico. E com a devida percepção que o reconhecimento de um direito não substitui outro, e que sempre, em uma onda ascendente e espiral multiplicativa, foi-se catalisando o reconhecimento de outros direitos fundamentais, que se somaram aos anteriormente já aceitos, chegando ao extenso rol que hoje é reconhecido.

2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS

¹ Realce-se que uma das grandes preocupações da atualidade é exatamente aumentar os meios de participação social, de modo a legitimar o Direito e evitar sua colonização pelo poder administrativo e pelo mercado (HABERMAS, 1997).

Facilmente se percebe que os direitos fundamentais, enquanto códigos de conduta primordiais, amparados pela coercibilidade do direito, têm, por óbvio, como destinatários, os seres humanos, havendo nítida correlação entre direitos fundamentais e direitos humanos.²

Mas as expressões seriam sinônimas? Entendemos que não. Comungamos com o pensamento de Sarlet (2013) que defende que ambas as expressões têm o mesmo substrato teleológico e filosófico, vinculando-se aos direitos essenciais ao desenvolvimento do homem enquanto ser racional. Como o próprio autor assevera “não se cuida de noções reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas sim de dimensões cada vez mais relacionadas entre si” (2012, p.263).

Em última análise, para o autor, a diferença entre as expressões estaria no âmbito de exigência de cada uma.

Realmente, para Sarlet, a expressão direitos humanos seria mais adequada “àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação a determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram à validade universal, para todos os povos em todos os lugares” (2013, p.261).

E, para o mesmo autor, a expressão direitos fundamentais, valeria para os Direitos com mesma essência dos direitos humanos, porém reconhecidos e positivados “na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado” (SARLET, 2013, p.261).

No mesmo sentido, Afonso da Silva, retratando a vinculação estrita entre a expressão Direitos Fundamentais e o Direito Positivo (2002, p.178):

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana.

Desta forma, temos como traçado o conteúdo dos Direitos Fundamentais, como sendo aqueles necessários, para que todo ser humano bem expresse sua racionalidade,

² É certo que, por exemplo, para Hans Jonas, a ética, enquanto código maior de condutas, não tem foco exclusivo no homem. O foco estaria na continuidade da vida, na qual são atores a espécie humana, toda espécie viva e a própria natureza. Porém, independentemente do foco da proteção, o mandamento de conduta será sempre direcionado ao homem, pois somente este, pela sua racionalidade pode ser alvo de responsabilidade. (OLIVEIRA, 2014)

singularidade e liberdade, em um contexto de igualdade (pois todos os homens - no conceito de gênero humano - gozarão destes atributos), tais como: o direito à vida, o direito à liberdade, à não aplicação de penas cruéis, à existência digna, à observância do devido processo legal nas medidas constrictivas de direitos, entre outros.

2.4 DO CARÁTER INICIAL E FUNDANTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Adotando-se uma linha lógico-jurídica, podemos dizer que tais direitos são fundamentais porque servem de ponto de partida para a elaboração dos ordenamentos jurídicos positivos.

Explicam Pieroth e Schlink (2012) que há duas correntes quanto à relação entre direitos fundamentais e o Estado. A primeira corrente, sustenta que os direitos fundamentais são anteriores ao Estado e este surge limitado pelos direitos fundamentais; a segunda, defende o inverso: é exatamente o Estado que legitima os Direitos Fundamentais.

Ora, entendemos como mais correta a primeira corrente, notadamente em relação à concepção contemporânea de Estado. Com efeito, é certo que os direitos fundamentais não foram reconhecidos a um só tempo. Eles decorrem de um longo e paulatino processo de conquista.

Porém, este gradativo processo de conquista, que teve como marco visível as declarações de direitos (notadamente a francesa e a americana), culminou não apenas com o reconhecimento dos direitos fundamentais, mas também culminou com o surgimento das primeiras constituições escritas, que já nasceram sob o gáudio e a primazia dos direitos fundamentais.

Neste sentido, Moraes, que diz:

Ressalte-se que o estabelecimento de constituições escritas está diretamente ligado à edição de declarações de direitos do homem. Com a finalidade de estabelecimento de limites ao poder político, ocorrendo a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário (2011, p.33).

Tudo porque, e não poderia ser de outra forma, a conformação e limitação do poder, a ideia de governo para o povo, e respeito aos direitos fundamentais estão intrinsecamente ligados. E nada mais relevante para o ser humano, ou seja, para o povo, como esfera pessoal de validade da ordem jurídica estatal, que sejam assegurados, como destinatário das ações do

Estado, os direitos mínimos correlacionados com a sua condição de indivíduo, com a sua condição de ser humano.

Por isso, a constituição, a norma fundante de todo o ordenamento jurídico estatal, em sua tarefa de estruturar o Estado, deve disciplinar a matéria dos direitos fundamentais. Disto decorre que, ao menos em relação ao Estado contemporâneo, os Estados delineados a partir das constituições escritas (na tradição ocidental) são forjados sob o influxo dos direitos fundamentais (e não o contrário).

Mas a ligação, entre constituição escrita e direitos fundamentais estreitar-se-ia ainda mais.

Isto porque, conforme assevera Barroso (2013), inicialmente, nos ordenamentos jurídicos europeus, não se viam as normas constitucionais ainda como centros irradiantes de todo o ordenamento jurídico:

No constitucionalismo europeu – e na maior parte do mundo, que vivia sob sua influência – prevalecia o entendimento de que as normas constitucionais não seriam propriamente normas jurídicas, que comportassem tutela judicial quando descumpridas, mas sim diretivas políticas endereçadas ao legislador (2013, p.108).

A força normativa da Constituição, conforme expressão consagrada por Konrad Hesse, (FERNANDES, 2013) passa a ser reconhecida com o fenômeno da constitucionalização do direito, onde não só a constituição assume o seu papel de centro do ordenamento jurídico, mas as normas constitucionais passam a ser reconhecidas como cogentes, fundantes e condicionantes de todo o sistema legal.

Frise-se que este reconhecimento tem ligação estrita e direta com a percepção dos horrores da Segunda Grande Guerra, onde o legalismo e a relativização dos direitos fundamentais (e das normas constitucionais que os reconheciam) geraram os horrores do Holocausto.

Neste sentido, mais uma vez Barroso:

A superação dessa perspectiva ganhou impulso no segundo pós-guerra, com a perda de prestígio do positivismo jurídico e da própria lei e com a ascensão dos princípios constitucionais concebidos como uma reserva de justiça na relação entre o poder político e os indivíduos, especialmente as minorias. (2013, p.108).

Deste modo, podemos sintetizar a relação Estado *versus* direitos fundamentais da seguinte forma: primeiro, o reconhecimento paulatino pelos Estados de limites em relação a sua atuação perante os indivíduos; depois, com o advento das constituições escritas, os Estados passam a ser estruturados sob a égide dos direitos fundamentais; e, finalmente, com a

força normativa das constituições os direitos fundamentais passam a ocupar o seu ápice de centralidade, passando à plena exigibilidade, condicionando e fundamentando todo o ordenamento jurídico.

Neste sentido, as lições de Luno (1998), ao esclarecer que constitucionalismo atual não seria o que é sem os direitos fundamentais. As normas que consagram os Direitos Fundamentais são um pilar essencial para o modelo constitucional (atual) de sociedade.

2.5 CARACTERES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A doutrina jusnaturalista reconhecia os direitos fundamentais como “ínatos, absolutos, invioláveis (intransferíveis) e imprescritíveis” (AFONSO DA SILVA, 2002, p.181).

Afonso da Silva, sistematizando e explicando estes caracteres dos direitos fundamentais, assevera que em tais direitos estão denotadas: a historicidade; a imprescritibilidade; a inalienabilidade e a irrenunciabilidade (2002, p.181).

Historicidade porque os direitos fundamentais “são históricos como qualquer direito”. Decorrem das transformações nas relações humanas em virtude das circunstâncias históricas. Têm sua evolução impregnada da evolução cultural e social (2002, p.181).

Imprescritibilidade porque nunca deixam de ser exigíveis. Podem até prescrever algumas prestações inseridas no contexto de um direito fundamental, porém, o direito fundamental em si, não decai, nem prescreve (2002, p.181).

Inalienabilidade, pois “são direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial”. São indisponíveis, na medida em que a ordem jurídica confere tais direitos a todos, então, o destinatário deles não pode dispor. (2002, p.181)

Irrenunciabilidade, já que, por indisponíveis, também não podem ser renunciados. Pode-se até deixar de exercê-los, mas nunca renunciá-los.

2.6 DA FUNDAMENTALIDADE FORMAL E MATERIAL E DO CATÁLOGO ABERTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Explica Sarlet (2013) que a fundamentalidade de certos direitos subjetivos pode ser vista e analisada sob uma dupla ótica. Duas faces: a fundamentalidade formal e a fundamentalidade material.

A primeira, fundamentalidade formal, tem relação com a previsão, expressa ou implícita, no ordenamento jurídico, da qualificação de determinado direito como fundamental.

Ou seja, em outras palavras, que o direito fundamental em questão conste (expressa ou implicitamente) da constituição federal, gozando, portanto, do status de norma de mais alta hierarquia; sendo protegido pelos limites formais e materiais de reforma da constituição e lhe sendo atribuída eficácia vertical e horizontal. Vejamos:

A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo, no sentido de um regime jurídico definido a partir da própria constituição, seja de forma expressa, seja de forma implícita, e composto, em especial pelos seguintes elementos: (a) como parte integrante da constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, gozando da supremacia hierárquica das normas constitucionais; (b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) de reforma constitucional (art.60 da CF) [...] (c) além disso, as normas de direitos fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam de forma imediata as entidades públicas e, mediante as necessárias ressalvas e ajustes, também os atores privados (art.5º, §1º, da CF). (SARLET, 2013, p.279)

De outra face, mesmo na ausência de tal catalogação expressa, pode ser compreendida uma fundamentalidade material a ser reconhecida pelo aplicador do direito, na medida em que certos direitos, pela sua relevância, têm reconhecimento lógico e implícito de tal qualificação.

A fundamentalidade material (ou em sentido material), por sua vez, implica análise do conteúdo dos direitos, isto é, da circunstância de conterem, ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da Sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana.(SARLET, 2013, p.279)

É certo que há de se reconhecer a liberdade do legislador constituinte em determinar quais seriam os direitos considerados fundamentais naquele determinado ordenamento jurídico.

Porém, até por uma questão de sintonia da própria constituição com a realidade social, de forma a garantir a legitimidade de sua força normativa, tem-se normalmente cláusulas de abertura em sede de direitos fundamentais de modo que possam ser reconhecidos como fundamentais, outros direitos previstos ao longo do corpo constitucional; outros direitos como implícitos ao sistema constitucional (com fundamentalidade material) e ainda outros

direitos expressamente consagrados em tratados internacionais de direitos humanos (SARLET, 2013).

Ou seja, a fundamentalidade material de determinados direitos, em havendo adequação com as cláusulas de abertura mencionadas, pode levar ao reconhecimento da fundamentalidade formal destes mesmos Direitos.

É o caso, por exemplo, da Constituição Brasileira (1988), que possui as cláusulas de abertura mencionadas³, aptas ao reconhecimento de novos direitos fundamentais. Fazendo, assim, com que haja um catálogo aberto de direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.

Mais uma vez, nesse diapasão, Sarlet:

A nossa Constituição consagrou a noção, já incorporada à nossa tradição jurídico-constitucional desde o advento da República, da abertura material de nosso "catálogo" de direitos fundamentais, que abrange, além dos direitos previstos nos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, os assim chamados direitos implícitos e decorrentes do regime e dos princípios, mas também alcança direitos fundamentais expressa e implicitamente positivados em outras partes da Constituição (2002, p.04).

E deste catálogo aberto é que exsurdirá, como veremos adiante, o direito fundamental ao futuro.

3 DO FUTURO

Em que pesem as inúmeras discussões acerca da concretização e eficácia horizontal e vertical dos direitos humanos, pouco tem-se discutido acerca da sustentabilidade destes direitos em relação ao futuro.

Ou seja, a problematização da temática dos Direitos Humanos tem sido estudada muito mais sob a ótica da implementação o mais rápido possível de tais Direitos e menos sob o critério da eficácia social de tais direitos no tempo, em dez, cinquenta, cem, ou mil anos.

E por que entendemos tal discussão relevante? Exatamente porque nada garante, por exemplo, que, no futuro, a implementação progressiva dos direitos sociais possa continuar no ritmo preconizado pelos Sistemas Regional e Internacional de Proteção de Direitos Humanos; que as economias dos países suportem o ritmo de crescimento necessário para que haja

³Art.5º, §§2º e 3º da Constituição Federal do Brasil.

recursos suficientes para o equacionamento das assimetrias sociais; ou mesmo que os recursos naturais do Planeta sejam suficientes para que haja uma continuidade do processo biológico da espécie humana e das outras espécies, com a dignidade que lhes é devida.

Tudo porque o futuro que se avizinha, em vez de grande redentor das mazelas humanas, pode se revelar obscuro e ameaçador.

É o que nos leciona pensadores do quilate de Hardin, Beck e Hans Jonas.

Hardin, em seu *Tragedy of the commons* - artigo publicado em 1968, que em tradução livre pode ser retratado como a *Tragédia dos bens comuns* – denota em seu pensamento que o ser humano tem uma natureza egoística, de modo que nas situações corriqueiras do dia-a-dia este procura o máximo de benefício para si mesmo na fruição dos bens comuns.

E que este egoísmo associado ao aumento populacional e principalmente ao incremento do consumo e dos níveis de conforto, pode levar a um exaurimento de riquezas naturais, ou mesmo da capacidade de a natureza recuperar-se dos agravos contra ela cometidos.

Daí, preconiza o autor, a necessidade de uma intensa regulação por parte do Estado, por meio de normas coercitivas, para garantir uma fruição sustentável das riquezas naturais, suplantando o egoísmo natural do ser humano.

Porém, apesar de pugnar por uma regulação efetiva, como forma de otimizar a utilização dos bens comuns, o autor, sombriamente, assume como premissa - já naquela época - que o problema populacional no mundo não tem uma solução técnica, na medida em que se a riqueza do mundo é finita, então um aumento populacional fará com que a riqueza por pessoa continuamente diminua, até o momento em que esta riqueza não seja mais suficiente para o que se convencionou chamar de uma vida digna. E, nesse contexto, o espaço sideral seria a única escapatória.

Em caminho semelhante segue Beck (2002), com suas reflexões sobre a Sociedade de Risco, onde a globalização, o uso intenso da tecnologia, e a incerteza das consequências deste poder tecnológico (o poder da técnica, conforme ensinamento de Jonas) fazem com que as ameaças, os perigos sejam globais e interconectados.

Acidentes nucleares, forças da natureza, desastres ecológicos entram nas agendas de preocupação dos Estados, já que tais riscos ultrapassam a fronteira do Estado Nacional e podem atingir toda uma comunidade de países.

O risco passa a ser uma presença constante, e a mitigação do risco, por meio da prevenção e da precaução passam a ser palavras de ordem, e concretas preocupações do

Estado Nacional. Para tanto, precisará cada vez mais de agilidade e celeridade no tratamento/mitigação/prevenção/precaução de tais riscos.

É o que esclarece Cardoso (2006, p.75), na linha dos ensinamentos de Beck, arrematando o que foi dito linhas acima:

Nosso mundo é a sociedade de risco. É preciso compreendê-lo com uma realidade que atingiu um nível de ameaça muitíssimo superior à nossa imaginação. Esse mundo civilizatoriamente construído praticamente aboliu a indecisão. E é permanente a necessidade de tomar decisões que tocam a substância da sobrevivência.

E de modo semelhante, temos as observações de Jonas (1995), com sua aguda preocupação com o uso indiscriminado da técnica ameaçando de modo efetivo a existência humana na Terra, nos moldes em que conhecemos e vivemos.

Isto porque a velocidade das mudanças torna-se tremenda, e as éticas anteriores, que regiam os modos de vida até então, que tinham a ver com o aqui e o agora, já não são mais suficientes, pois as consequências das ações do presente são incertas (OLIVEIRA, 2014).

Deste modo, não é tempo mais de julgar, de avaliar se alguma ação é boa ou má. É tempo de prever, de planejar, pois, em se tratando de consequências incertas, um passo errado pode vir a ser uma real ameaça à humanidade.

Neste sentido, não cabe mais avaliar a pureza ou a bondade de propósito, já que o poder da técnica, mesmo usado com boas intenções, pode trazer consequências terríveis e imprevisíveis.

“Segundo Jonas, o mau está presente no risco da ação (mesmo naquela dirigida pelo bem) porque o longo prazo dos efeitos que acompanha hoje o grande poder da técnica faz com que as consequências perdurem forma incerta”.(OLIVEIRA, 2014, p.127)

Defende, JONAS, para ultrapassar este perigo e garantir a viabilidade da existência humana, uma verdadeira ética do receio – do temor. Uma ética que instigue a precaução/prevenção e o planejamento de modo que as gerações futuras não sejam prejudicadas (1995). “Uma futurologia comparativa que traz para a ética a tarefa de projetar de uma forma a mais aproximada possível aquilo que aparece inicialmente como uma hipótese, a fim de que o prognóstico futuro sirva de estímulo ou de advertência para a ação do presente.” (OLIVEIRA, 2014, p.128)

E se diz uma ética do receio⁴, porque, no planejamento, e no espaço de tomada de decisão, deve-se guardar sempre a “possibilidade do equívoco, já que a previsão negativa se beneficiaria do imprevisto favorável, ou seja, seria adequado que o pressagiado não se cumprisse” (OLIVEIRA, 2014, p.129). Por isso, a preferência sempre pelo prognóstico negativo.

O que seria uma nova roupagem do valor prudência, agora transformada em cerne do agir moral (JONAS, 1995). Uma prudência direcionada a evitar um mal maior, e vocacionada à necessidade de abrir mão de certas comodidades, em prol de um futuro melhor. Tudo “porque podemos viver muito bem sem o bem supremo, mas não em companhia do mal supremo” (OLIVEIRA, 2014, p.138)

Nestes termos, a capacidade de vislumbrar ou antecipar estes riscos seria, na visão de Jonas, a principal qualidade do hoje, para sobrevivência e garantia do mundo do amanhã. (OLIVEIRA, 2014).

Deve o homem saber, para resguardar o futuro, o que esperar, o que incentivar e o que evitar frente ao que se deve esperar. (OLIVEIRA, 2014).

Ou seja, uma ética baseada na responsabilidade, onde cada ação humana (sobretudo quando em uso o poder da técnica) tem que ser sopesada de modo a que não seja uma ameaça à vida humana autêntica na Terra (JONAS, 1995).

Por isso, em face do perigo de um futuro distópico, urge que, no presente, sejam tomadas providências para que os Direitos Fundamentais sejam continuamente concretizados no presente e no porvir.

E, na advertência de OLIVEIRA (2014, p.123): “Ora, se a ética é a ciência do agir, então é como tal que ela deve enfrentar o novo cenário tecnológico moderno, para o qual, segundo Jonas, as éticas tradicionais não são mais suficientes.”

Então, se para Jonas é necessária uma nova ética para fazer frente aos desafios futuros, então uma nova concepção da inteligência dos direitos fundamentais exsurge para atender estes novos desafios.

E a consagração de um direito fundamental ao futuro atende a este chamado.

5 DO DIREITO FUNDAMENTAL AO FUTURO

⁴ Importante ressaltar que o temor mencionado não trata de um sentimento de pânico ou impotência – o que poderia gerar paralisia, ou mesmo manipulação e quebra de direitos. Não, o receio funciona como fonte de reflexão, que busca antecipar o que pode vir de mal, no futuro, em termos de consequência das ações do presente.

Antes de traçar o conteúdo daquilo que seria, em nossa visão, o direito fundamental ao futuro, cabe uma digressão acerca do que seria o futuro. Com efeito, o futuro aqui tratado representa o porvir: os dias, meses, anos e séculos que virão; o tempo que corresponderá à parcela de vida a ser vivida pela geração atual até a sua morte, e que terá continuidade na vida da geração subsequente.

E este futuro representa exatamente não só o direito de usufruir esta expectativa de vida (usufruir da expectativa de sobrevivência); como no sentido de que esta expectativa de sobrevivência revista-se de todas as possibilidades e atributos de uma vida plena (e não mera sobrevivência) com total respeito à dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, e com base nesta definição, o direito fundamental ao futuro, objeto do presente artigo, nada mais é do que uma visão prospectiva da concretização e eficácia dos direitos fundamentais ao longo dos tempos.

Ou seja, defende-se que o processo reconhecimento dos direitos humanos tem de ser não só evolutivo e contínuo; *ele também tem que ser sustentável*; exatamente para que a flecha da eficácia dos direitos fundamentais permaneça continuamente operando, não só garantindo a efetividade de tais direitos a todos os indivíduos; mas que esta universalidade seja garantida ao longo do tempo, não só à geração atual, mas também à geração futura.

Deste modo, uma palavra de ordem do Direito Fundamental ao Futuro, é a *sustentabilidade*, no sentido que o ordenamento jurídico e social seja capaz de manter as conquistas, o modo de vida, a vida digna tanto da geração atual, como das futuras gerações.

E a outra seria a de *responsabilidade*, de modo a representar um compromisso ético da geração presente, inclusive daqueles agentes delineadores da vontade estatal, em relação à garantia da dignidade humana das gerações futuras.

Nem que isto represente um sacrifício em termo de fruição de bens, de recursos naturais, de expressão de poder político, ou de continuidade de privilégios. Tudo porque “o sacrifício do futuro em prol do presente não é logicamente mais refutável que o sacrifício do presente a favor do futuro. A diferença está apenas em que, em um caso, a série segue adiante e, no outro, não” (JONAS, 1995, p.39)

Mas, eis que surge a pergunta: este direito ao futuro merece a qualificação de direito fundamental? Entendemos que sim.

Como vimos acima, os direitos fundamentais caracterizam-se por sua essencialidade, por sua vinculação ética e filosófica com a existência humana em toda sua potencialidade.

Os direitos fundamentais vinculam-se às garantias e direitos que cada indivíduo detém para que possa exercer o seu pleno desenvolvimento humano, com oportunidades de se integrar na sociedade, exercer sua liberdade, expressar seu pensamento, respeitar o próximo, e ser respeitado.

E evidentemente tais garantias e direitos não são estáticas e pontuais, como em uma fotografia. Estas garantias e direitos têm que ser exercidas de modo contínuo e duradouro, de forma a abraçar (com dignidade) toda a vida de cada indivíduo, até o chamado final da morte.

Proteção que evidentemente se estende àqueles que nascem neste meio tempo, fazendo com o que a proteção aos direitos fundamentais deva ser contínua e sem limite no tempo.

Pensar de outro modo significaria atentar, por exemplo, contra o direito à vida, já que, em não se sabendo ao certo a data da morte de cada indivíduo, não se pode precisar até que dia os seus direitos fundamentais têm que ser absolutamente respeitados. Ou contra o direito à família, pois o sentimento que nos une a nossos filhos, cônjuges, netos, e descendentes faz com que uma vida digna não seja só a vida individual, mas a vida digna do todo de pessoas com o qual o indivíduo se relaciona.

Neste ponto, vemos o direito fundamental ao futuro, como um corolário natural do direito à vida; vida esta que, segundo o ensinamento de Hans Jonas, tem um imperativo ético de manter-se, revelado “num constante dizer sim da vida para si mesma” (OLIVEIRA, 2014, p.143).

Neste sentido, a vida tem que ser respeitada: a vida da geração presente, a vida da geração futura, e a vida de todos os seres que garantem que este *modus vivendi* mantenha-se, evolua e perpetue-se no tempo. No presente e no porvir.

Desta maneira, entendemos como evidente um direito fundamental ao futuro. Mas qual seria a importância prática de tal reconhecimento? Seria apenas um exercício acadêmico, ou especificação de um direito fundamental que já estaria albergado pelo conteúdo de outros Direitos Fundamentais? Entendemos que não.

Isto porque, tendo em conta a eficácia horizontal e vertical dos Direitos Fundamentais, temos que a observância ao direito fundamental ao futuro (e o seu correlato conceito de sustentabilidade) passará a informar todo o ordenamento jurídico, condicionando e fundamentando toda a aplicação do direito.

O que trará, em nosso sentir, ao menos uma importantíssima consequência prática: *o condicionamento da discricionariedade estatal em função da sustentabilidade.*

Ou seja, o Futuro passará a condicionar a ação presente; os agentes da vontade estatal terão que incluir o porvir em sua agenda de preocupações. E mais do que isso, terão de acrescentar a excelência em seus modelos de atuação, já que se o futuro é tão desafiador em problemas. Urge que a atuação estatal busque a cada dia mais a excelência na solução dos novos desafios. O governante, como diz Jonas, tem que agir com a mesma responsabilidade de um pai de família (JONAS, 1995).

6 SUSTENTABILIDADE E O CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE DO ESTADO.

Um dos objetivos do estudo do Direito Fundamental ao Futuro tem relação com o controle da discricionariedade das decisões estatais. Tanto em termos de discricionariedade legislativa, como em termos de discricionariedade administrativa. Mas, como assim? Começemos pela discricionariedade legislativa.

Tomando emprestado de Alexy (2011) o seu conceito de moldura constitucional, temos que a Constituição funciona como a moldura de um quadro, que estabelece os limites da ação do legislador ordinário. Neste sentido, tudo o que puder ser inserido (adequado) ao marco legal (em conformidade com a moldura) será constitucional. O que ultrapassar (e fugir da moldura) não.

Diz-se, assim, que ao legislador é atribuída uma discricionariedade (margem de ação estrutural), que lhe permite produzir normas em acordo com o marco ofertado pela constituição.

Em caminho semelhante, temos a discricionariedade administrativa, onde a lei e constituição definirão um marco de atuação para o gestor público; porém, como a Administração Pública é multifacetada, é impossível ao legislador prever todas as hipóteses de atuação do administrador público; daí a previsão de espaços de liberdade, espaços de decisão para que o administrador procure, dentre várias condutas autorizadas pela lei (pelo marco legal ou constitucional), aquela que melhor atenda o interesse público (BANDEIRA DE MELLO, 1998).

Deste modo, temos que a discricionariedade - legislativa e administrativa - representa espaço para o exercício de competência específica, espaço que é delimitado pelo ordenamento jurídico, e que, como veremos a partir de agora, é delimitado pelo respeito ao Direito Fundamental ao Futuro, notadamente pelo conceito de *sustentabilidade*, que representa exatamente uma dimensão político-jurídica de tutela ao Direito ao Futuro.

Neste sentido, Freitas:

Dimensão jurídico-política ecoa o sentido de que a sustentabilidade determina, com eficácia direta e imediata, independentemente de regulamentação a tutela jurídica do direito ao futuro e, assim, apresenta-se como dever constitucional de proteger a liberdade de cada cidadão [...] nesse status, no processo de estipulação intersubjetiva do conteúdo intertemporal dos direitos e deveres fundamentais das gerações presentes e futuras, sempre que viável diretamente (2012, p.67)

O ordenamento jurídico forma um sistema, racional e harmonizado a partir do seu fundamento de validade que é a Constituição Federal. E, também como visto acima, é certo que os Direitos Fundamentais formam um dos núcleos relevantes da Constituição, representando, inclusive, no caso brasileiro, cláusulas pétreas, ou seja, normas constitucionais insuscetíveis de revogação ou supressão de seu núcleo essencial.

Deste modo, com a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, temos que toda a atuação legislativa e administrativa será condicionada por tais normas. Sendo que, por certo, também o imperativo constitucional de garantia do direito fundamental ao futuro servirá de moldura/limite para o reconhecimento da discricionariedade. E uma vez ultrapassado este limite, a atuação do administrador/legislador será maculada pelo vício da insustentabilidade.

Na linha do já sustentado por Jonas (1995), o administrador/legislador tem a responsabilidade de ser o guardião do futuro e agir com a responsabilidade de um bom pai de família. Tem que o agente estatal atuar de modo altruísta sempre direcionado ao bem estar coletivo presente e com sua repercussão no futuro. Ou, como foi aduzido anteriormente, atuar da melhor maneira possível, com a mesma excelência e melhores preocupações como um pai age em relação a seu filho (JONAS, 1995).

O que implica, inclusive, em uma obrigação unilateral, um imperativo não recíproco, como bem destaca Russ:

Encarrego-me da humanidade futura que, evidentemente não fará nada a meu favor. Esta não reciprocidade do imperativo de Jonas constitui um elemento característico, posto que minha obrigação não é absolutamente a imagem inversa do dever do outro. O único exemplo que, na moral tradicional, pode nos recordar esta não reciprocidade, seria a obrigação quanto aos filhos engendrados: eu lhes devo tudo, sem esperar nada deles. (2011, p.101).

É uma responsabilidade inerente e natural e que decorre simplesmente do fato de o Estado (democrático) ser voltado ao atendimento das necessidades coletivas. Responsabilidade esta nem sempre atendida, já que a busca de manutenção de posições de poder muitas vezes faz com que o sentimento egoísta ultrapasse o imperativo de busca do atendimento da necessidade coletiva.

Explicitaremos melhor esta linha de argumentação por meio de exemplos.

Imaginemos o caso de um administrador que não investe em ações de saúde preventivas, para atendimento da população, preferindo a utilização de ações curativas (para atender algum interesse econômico da indústria dos remédios). Entendemos que esta opção fere a sustentabilidade e o direito fundamental ao futuro. Por quê?

Simplemente porque não se investindo em prevenção estar-se-á colocando em risco tanto a capacidade financeira do ente público (que no futuro talvez não seja capaz de arcar com as ações curativas, notadamente mais caras do que as ações de prevenção), como ainda a própria sobrevivência e longevidade da população, já que a falta de prevenção pode gerar enfermidades graves que, em casos extremos, pode levar a óbito indivíduos que poderiam (via prevenção) não ser expostos ao risco da moléstia.

Um outro exemplo seria o caso do gestor que simplesmente resolveu não mais repor a necessidade de agentes públicos, como, por exemplo, juízes (com vista a, por exemplo, gerar inércia do Judiciário, possibilitando que o Estado não seja demandado a cumprir determinados direitos fundamentais).

Evidentemente, com o passar dos anos, o número de magistrados diminuirá em função das aposentadorias, e a prestação jurisdicional será prejudicada. E com a prestação jurisdicional deficiente poderá haver um colapso da ordem jurídico-social, já que o Poder Judiciário é fator de estabilidade da sociedade na composição/prevenção de litígios. Ou seja, surgiria uma insustentabilidade.

Outra situação insustentável seria adotar uma política o reajuste de benefícios sociais em valores reais e crescentes ao longo do tempo (com a intenção de ganhar dividendos eleitorais), de modo a igualar ganhos que poderiam advir do trabalho altamente qualificado.

Ora, tal conduta seria insustentável tanto sob o prisma financeiro, pois certamente não haveria orçamento suficiente a fazer frente a tal demanda; como sob o prisma social, já que muitas pessoas seriam desestimuladas a buscar o aperfeiçoamento profissional, já que poderiam receber valores semelhantes sem a demanda de esforço.

Frise-se, neste ponto, que se pode fazer um paralelo entre supostas benesses sociais e o pensamento de Hans Jonas (1995) em relação aos benefícios trazidos pela técnica (com consequências incertas). Isso porque, como visto, decisões, muitas vezes aplaudidas, desejadas, bem intencionadas, e até com finalidades nobres podem, no futuro, causar gravames. Por isso, a expressa necessidade (lembramos da heurística do receio ou do temor mencionadas anteriormente) da reflexão, do planejamento, da capacidade de antecipação dos

resultados futuros, para que ações, supostamente bem intencionadas, não tenham resultados desastrosos.

Deste modo, toda e qualquer decisão administrativa e/ou política que colocar em risco o futuro, ou melhor dizendo, a concretização presente e futura dos direitos fundamentais deve ser entendida como insustentável, e nesta medida inconstitucional, e, por conseguinte, contrária ao ordenamento jurídico.

Restam, portanto, o direito fundamental ao futuro, e sua medida concreta, a *sustentabilidade* como critérios reitores e controladores da discricionariedade do agir do Estado. E ambos garantidores de uma ética do futuro que assim “parte da premissa de que o dever ser do futuro é construído num dever do presente, e é no agora que se constroem as possibilidades de que no futuro haja uma humanidade autêntica” (OLIVEIRA, 2014, p.147).

8 CONCLUSÃO

Do exposto, vimos que os direitos fundamentais ocupam uma posição de centralidade no ordenamento jurídico, condicionando, com sua eficácia horizontal e vertical todo o ordenamento jurídico.

Isto porque os direitos fundamentais são aqueles estritamente vinculados ao pleno desenvolvimento da vida humana, denotando os cânones necessários para que esta se desenvolva e evolua plena em dignidade.

Vimos também que a importância e centralidade dos direitos fundamentais não deve ser aferida apenas no presente, mas que tal aferição deve ser feita de modo sustentável e duradouro; isto porque a importância da efetividade dos direitos fundamentais não é algo estanque e pontual; não, esta efetividade deve funcionar de modo prospectivo de modo a proteger a vida humana em todos os seus momentos, inclusive a possibilidade de vida futura do indivíduo e de seus descendentes.

Deste modo, em face da essencialidade da importância do aspecto futuro da concretização dos direitos fundamentais, pode-se daí induzir um verdadeiro direito fundamental ao futuro.

Um direito fundamental de proteção da dignidade humana também no futuro, e ainda mais justificado em face das incertezas do porvir, tais como os riscos decorrentes do exaurimento dos recursos naturais, do uso intensivo e descontrolado da tecnologia, e dos riscos que a vida moderna impõe à sobrevivência da espécie humana.

Um direito fundamental ao futuro que condiciona todo o ordenamento jurídico e que pela linha de argumentação deste artigo, decorre um importantíssimo instrumento de balizamento das ações do Estado: *sustentabilidade*.

Sustentabilidade, que servirá como instrumento de controle das decisões do Estado, da discricionariedade estatal, fazendo com que o espaço de discricionariedade dos governantes seja aferido sob o viés da compatibilidade desta discricionariedade com o direito ao futuro.

Considerando que o Estado é protagonista na adequação das relações sociais e no adequado uso dos recursos públicos de forma a concretizar os direitos fundamentais, deve-se syndicar o agir estatal à luz de uma sustentabilidade em relação ao futuro, ou seja, investigando se as políticas de governo, se as políticas públicas estão de acordo com a viabilização dos direitos fundamentais no futuro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2.ed. 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

BARROSO, Luis Roberto Roberto. **Curso de Direito Constitucional: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BECK, Ulrich; ZOLO, Danilo. Sociedade Global do Risco: Um diálogo entre Danilo Zolo e Ulrich Beck. **Revista Prim@ Facie**, ano 1, n.1, Jul-Dez 2002. Disponível na Internet: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/4245/3195>>. Acesso em: 01 de março de 2015.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Coordenação: Marcos Juruena Villela Souto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção Histórica dos Direitos Humanos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Vol. 1, 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HARDIN, Garret. **Tragedy of the commons.** 1968. Disponível em: <http://garrethardinsociety.org/articles/art_tragedy_of_the_commons.html>. Acesso em 01/12/2014.

JONAS, Hans. **El principio de responsabilidad.** Ensaio de uma ética para la civilizacion tecnológica. Barcelona: Herder, 1995.

LUNO, Antonio E. Perez Luno. **Los Derechos Fundamentales.** 7.ed. Madrid: Tecnos, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 27.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

OLIVEIRA, Jelson. **Compreender Hans Jonas.** Petrópolis: Vozes, 2014. Série Compreender.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais.** Tradução de Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

RUSS, Jacqueline. **Pensamento Ético Contemporâneo.** Tradução de Constança Marcondes César. 5.ed. São Paulo: Paulus, 2011

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 20.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988.** Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 11 de abril de 2007.