

Uma nova tônica nos Direitos Fundamentais: acesso internacionalizado de um Direito Fundamental*

Thiago Felipe S. Avanci**

Recibido: Junio 4 de 2013
Aprobado: Septiembre 9 de 2013

Resumo

O presente trabalho objetiva propor uma nova tônica nos Direitos Fundamentais. Os Direitos Fundamentais tem como fonte o Direito Constitucional e, bem assim, esperar-se-ia uma contensão no território estatal, limites da soberania constitucional do Estado. O problema é que os novos direitos que nascem e estão em processo de serem reconhecidos existem, de per si, em um mundo global, não se limitando à fronteira Estatal. Entre estes direitos que existem além dos territórios, pode-se citar o patrimônio cultural, o ambiente ecologicamente equilibrado, a paz, a democracia, entre outros. Como o Estado lidará com estes direitos? Que desafios enfrentará o Estado ao reconhecer estes direitos? Este trabalho irá se dedicar primeiramente à compreensão tradicional dos Direitos Fundamentais, constatando que, tradicionalmente, a Terceira Geração é o limite hodierno dos Direitos Fundamentais. Na sequência, apresenta-se a nova tônica com a chamada Quarta Geração de Direitos Fundamentais e sua consequente aplicação internacionalizada. Procura-se, com isso, apresentar questionamentos sem, contudo, ter a pretensão de respondê-los integralmente.

Palavras-chave: Direito(s) Fundamental(is); Constituição; Gerações; Futuro; Ambiente.

* Producto del trabajo terminado por el grupo CNPq, titulado "Regímenes y Tutelas Constitucionales, del Medio Ambiente e Internacionales" y dirigido por el profesor Dr. Marcelo Lamy.

** El autor es abogado, gerente legal y de recursos humanos y profesor de Derecho Constitucional, de Filosofía, de Filosofía del Derecho, entre otros, en UNAERP *campus* Guarujá. Máster en Derecho (centrado en Medio Ambiente) per la Universidad Católica de Santos, cuando recibió una beca completa por CAPES / MEC PROSUP, y aprobado por excelencia. Investigador del Grupo de Estudios CNPq "Regímenes y Tutelas Constitucionales, del Medio Ambiente e Internacionales", dirigido por el profesor Dr. Marcelo Lamy. Editor de la Revista de Ciencias Integradas de UNAERP. Asesor del Instituto Brasileño de Inclusión Social en el Turismo. Email dr.avanci@outlook.com

A new paradigm for Fundamental Rights: international access of a Fundamental Right

Abstract

This paper aims to propose a new perspective about Fundamental Rights. Indeed, the source of this legal institute is the Constitution itself and, precisely because of that, the traditional perspective expect a restrain of it inside the border of the territorial constitutional State's sovereignty. And that is the reason for the problematic: some of the new Fundamental Rights does not restrain itself in the State's border. Example of this new Fundamental Rights is cultural heritage, ecologically balanced environment, peace, democracy etc. How does the State shall deal with this new rights? Witch challenges the State shall confront if recognize this rights? This study shall focus on the traditional border of the Fundamental Rights, the Third Generation of it. Then, the objective is to present the new paradigm of the Fundamental Rights, the Fourth Generation and its consequent internationalized access. The main goal is to present questions, assuming the commitment of does not answer it fully.

Key words: Fundamental Rights; Constitution; Generations; Future; Environment.

Introdução

Direitos Fundamentais são direitos tipicamente relacionados a um ambiente constitucional, portanto, historicamente aplicáveis em sede de direito interno. A lógica advém da vinculação da Constituição à soberania Estatal, o que automaticamente limitaria os direitos daquele documento decorrentes a uma realidade territorial daquele Estado. Bem assim, seguindo esta lógica, e.g., um Estado somente poderia se responsabilizar pelo cumprimento ou respeito ao direito à vida de um indivíduo em seu território, sob sua jurisdição e soberania.

O raciocínio parece adequado até o momento que o objeto tutelado, ou melhor, o bem jurídico protegido suplanta a realidade Estatal e a Constituição daquele, sensível a isto, dá indícios de lançar a proteção para sujeitos além do próprio território e soberania.

Determinados bens jurídicos tutelados, como a proteção do ambiente, acabam por se mostrar alheios a um território. A dinâmica ambiental, para não citar outros casos, revela uma teia de ações e reações propriamente explicadas pela Teoria do Caos desenvolvida por Edward Lorenz. O ambiente é uma única realidade que não está sujeito à ficção social-político-jurídica denominada Estado, em especial território estatal. E, com isso, a degradação do ambiente, mesmo que cingida a um determinado território, pode trazer consequências, em curto prazo, na região fronteira e em médio e em longo prazo, a outros lugares do mundo.

A célebre frase daquele cientista ilustra bem quão delicadas são as teias de consequência no mundo: *"o bater de asas de uma borboleta em Tóquio pode provocar um furacão em Nova Iorque"*. E, por conta deste fatalismo, toda forma de proteção, ainda que em superposição de camadas de normas jurídicas estabelecidas em diversas fontes de direito, são bem vindas.

A proposição deste estudo caminha para o sentido de demonstrar que, em muitos momentos, a proteção dos Direitos Fundamentais ultrapassa o território estatal sem, contudo, prejudicar a soberania Estatal. Esta necessidade de alcance decorre *ipso facto* da própria realidade dos bens jurídicos tutelados, como é o caso do ambiente, da paz, do patrimônio cultural, e outros a serem desvendados. Aliás, Bobbio (1992), n'A Era dos Direitos, considerou a paz e a democracia como os novos direitos emergentes. São, bem assim, bens jurídicos que existem materialmente por si além da esfera individual estatal, e não podem ser ignorados por uma construção ficcional social-político-jurídica.

O Direito enquanto ciência produz normas jurídicas que tem como finalidade impor comportamento aos seres humanos. Mesmo construindo seu próprio universo normativo, a Ciência do Direito não pode ignorar a construção científica produzida e a realidade e factual observada por outras ciências. E, neste sentido, se constrói uma normativa capaz de observar esta realidade.

Eis que a inserção de uma norma jurídica na elevada categoria dos Direitos Fundamentais acaba por demonstrar o comprometimento social, político e jurídico de uma sociedade com aquele determinado objeto. E há consequência deste comprometimento, estado ciente de todas as suas implicações e facetas, em especial, e seu alcance.

Este estudo irá, em um primeiro momento, analisar a ideia do Direito Fundamental, comparando-o com institutos similares, notadamente os Direitos Humanos e os Direitos do Homem. Posteriormente, irá trabalhar com a dificultosa questão da universalização do conteúdo dos Direitos Fundamentais. Em verdade, esta característica acaba por propiciar a melhor aplicabilidade dos bens jurídicos tutelados e, simultaneamente, acaba sendo uma das questões mais complexas justamente pela dificuldade

de identificação precisa do quão extensa é a “aplicação universal”. Simultaneamente a isto, notar-se-á o processo dialético de construção de um Direito Fundamental a partir da nacionalização de uma norma internacional e o processo de construção de um Direito Humano a partir da internacionalização de uma norma nacional.

Seguindo a lógica, o passo posterior é estudar e analisar a metodologia de formatação dos Direitos Fundamentais e a sua convencional divisão por Gerações. Estabelecer-se-á padrões próprios para construção da Primeira Geração até a Quarta Geração de Direitos Fundamentais, sendo certo que esta última representa o cerne de todo este estudo. Os chamados Direitos Fundamentais da humanidade.

A base metodológica deste trabalho é uma pesquisa teórico bibliográfica com repercussão na formação de um direito. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica qualitativa, já que busca analisar e compreender casos específicos que começam a ocorrer no mundo do direito, por meio de uma dialética entre o método indutivo e dedutivo, já que ainda não há um caminho consolidado dos casos práticos para a teorização específica e também ainda não há uma teorização específica aplicável nos casos práticos.

1. Aspectos gerais dos Direitos Fundamentais

Primeiramente, antes de entrar no cerne da matéria buscada, mister se faz uma adequada compreensão da temática Direitos Fundamentais, Direitos Humanos e Direitos do Homem. Muito embora diversos autores tratem as três temáticas como sinônimos, ao que tudo indica, uma melhor perspectiva está no sentido de separá-los como três institutos de Direito, distintos uns dos outros, embora com uma tênue diferenciação um em relação ao outro. A partir de um conceito de Direitos Fundamentais, traçar-se-á a distinção com Direitos Humanos e do Homem.

Direitos Fundamentais são direitos subjetivos, previstos em sede constitucional ou equivalente, que objetivam, em um primeiro momento, a proteção do indivíduo frente o Estado e, em um segundo momento, a proteção do indivíduo frente a outros indivíduos, que tem como finalidade a realização do Princípio Fundamental da Dignidade Humana. Se deve perceber que o instituto Direitos Fundamentais com fonte constitucional é um substantivo próprio (Direitos Fundamentais) e não um substantivo comum (direitos) seguido de um adjetivo (fundamentais). Com isso, infere-se que pode se adjetivar de “fundamentais” determinados “direitos” sem que estes sejam necessariamente Direitos Fundamentais.

A partir deste conceito, é possível replicá-lo aos Direitos Humanos e aos Direitos do Homem, com uma modificação fundamental: sua fonte. Aplicado aos Direitos Humanos, a diferenciação seria evidentemente a sede a partir da qual emergem estes direitos. Os Direitos Humanos tem como fonte os tratados internacionais, elemento que substituiria a parte do conceito acima exposto que menciona a previsão constitucional ou equivalente.

De outra sorte, os Direitos do Homem devem ser analisados com maior cuidado. Dentro de uma perspectiva jusnaturalista, os Direitos do Homem são integrantes da Ciência do Direito, mas dentro de uma perspectiva juspositivista, não. Isto também se dá em virtude da fonte do citado instituto. Os Direitos do Homem nascem a partir de uma conscientização psicossocial e axiológica que afirma e entende que o ser humano, por “ser” um ser humano, tem determinados direitos naturais e imanentes à sua condição humana. A fonte do direito natural é axiologia, uma interação entre a Filosofia, a Sociologia, a Psicologia Social e, em alguns momentos, a própria Teologia. Sua fonte é puramente valorativa o que é refutado por uma visão positiva da Ciência do Direito, em que pese aceita por uma visão natural. Sem querer adentrar muito no mérito,

já que este trabalho não se presta a este fim, ater-se-á à problemática dos Direitos Humanos e, principalmente, dos Direitos Fundamentais.

Dada sua importância, a Alemanha foi um dos grandes centros de estudo dos Direitos Fundamentais, contribuindo com pensadores. No rufar da Segunda Guerra, uma postura dogmática absolutista de conceituação, em Schmitt, ensinou que *"Direitos Fundamentais são apenas aqueles direitos que constituem o fundamento do próprio Estado e que, por isso e, como tal, são reconhecidos pela Constituição"* (Schmitt apud Alexy, 2008, p. 66). Esta postura de ter o Direito como fim a própria normatização, parece não ser a melhor, contrariando, inclusive, os avanços propostos por Hart (1977, p.137) *em que o Direito não existe como mero hábito de obediência.*

Ferrajoli preleciona que Direitos Fundamentais são direitos subjetivos

...cuja garantia é necessária a satisfazer o valor das pessoas e a realizar-lhes a igualdade. Diferentemente dos direitos patrimoniais – do direito de propriedade aos direitos de crédito –, os direitos fundamentais não são negociáveis e dizem respeito a 'todos' em igual medida, como condições da identidade de cada um como pessoa e/ou como cidadão (Ferrajoli, 2009, p. 727)¹.

Sustenta, ainda, que a plena igualdade somente seria obtida mercê de uma satisfatória democracia na medida da *"garantia concedida aos direitos fundamentais que correspondem a valores e carências vitais da pessoa historicamente e culturalmente determinados"* (Ferrajoli, 2002, p. 733) e, por isto, a democracia seria instrumento de valorização do indivíduo – que deixa de ser súdito e passa a ser cidadão – perante o Estado. Desta forma, os Direitos Fundamentais seriam o reflexo positivado dos direitos naturais, exteriorizando-se enquanto

direitos subjetivos previstos nas Constituições dos Estados Democráticos de Direito.

Sob outra perspectiva, Mendes define Direitos Fundamentais como sendo, *"um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva"* (Mendes, 1999). Assim, enquanto direitos subjetivos, outorgariam aos sujeitos de direito a possibilidade de imposição de seus interesses em face aos órgãos obrigados; por outro lado, enquanto elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva *"os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – forma a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático"* (Mendes).

Os Direitos Fundamentais, historicamente, nasceram como movimento contrário ao despotismo estatal, ou seja, como medidas de proteção do súdito frente ao poderoso Estado. Eram e são direitos que objetivavam compelir o Estado a desempenhar o seu papel de instrumento ou ferramenta de concreção da Dignidade Humana. Isto significa que os Direitos Fundamentais objetivam, via diretrizes normativas, designar a maneira como se deve realizar a Dignidade Humana, por meio de ações positivas ou negativas (abstenções) do Estado. Se justifica a inclusão dos próprios particulares como sujeitos passivos dos Direitos Fundamentais por meio do brocardo *"cui licet quod est plus, licet utique quod est minus"*². Se o Estado – o maior – se submete aos desígnios dos Direitos Fundamentais, o súdito/particular – o menor – com mais (ou igual) razão, também deverá se submeter. Bem assim, como acentua Ferrajoli (2002, p. 690), a transformação do Estado absoluto em estado de Direito ocorre *pari passu* a do súdito em cidadão, que passa a ser sujeito de Direitos constitucionalmente previstos, vinculando o Estado àqueles, e não meramente detentor de direitos naturais³.

¹ "[...] son 'derechos fundamentales' todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a 'todos' los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar[...]" (Ferrajoli, 2009, p.19).

² Tradução: aquele que pode o mais, pode o menos.

³ Dimoulis (2006) entende que o particular respeita os Direitos Fundamentais de forma reflexa, por respeito às normas infra-

Portanto, Direitos Fundamentais se referem a normas constitucionais ou com peso equivalente a tal⁴. Diz-se normas com peso equivalente ao peso constitucional como medida de reafirmação dos Direitos Fundamentais não compilados de forma codificada, como é o caso do constitucionalismo Inglês e de Israel. Além destes casos, cita-se o caso da adoção específica de normas internacionais por um Estado, tal e qual o exemplo previsto no art. 5º, § 3º da Constituição Federal do Brasil, em que uma norma de direito internacional – um tratado, uma convenção ou uma carta – se, depois de ratificada, vier a sofrer o processo de incorporação no ordenamento jurídico interno, ganhará *status* constitucional.

Bem assim, seria necessário um Direito Fundamental estar vinculado a um ordenamento positivo constitucional? Há vinculação desta questão à universalidade dos Direitos Fundamentais, característica desta natureza de direitos. Em apertada síntese, a universalidade remete a uma aplicação uniforme e irrestrita aos destinatários destes direitos. Contudo, haja vista as cabais diferenças culturais, - entre, por exemplo, o mundo ocidental e o mundo oriental -, impossível seria se falar em Direitos Fundamentais universais-mundiais. Bem assim, identidade cultural reflete na normativa de um Estado (áreas comuns entre o Direito e outras ciências) e, conseqüentemente, impor normas significa anular a autodeterminação, contrariando à própria Dignidade Humana. Por esta razão, nos Direitos Fundamentais clássicos, a universalidade dos Direitos Fun-

constitucionais, haja vista a quase impossibilidade de existência de lacuna infraconstitucional referentes a bens jurídicos tutelados por aqueles Direitos.

⁴ Até bem pouco tempo, havia relativo consenso entre os juristas, principalmente na escola europeia, acerca da posição positiva constitucionalmente dos Direitos Fundamentais em contrapartida a uma situação internacionalista dos Direitos Humanos. No entanto, um novo paradigma poderia surgir pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, *soft law* proclamada em Nice, em 2000, e modificada e proclamada novamente em Estrasburgo, em 2007, ocasião em que foi vinculada a todos os países da União Europeia, exceto Polônia e Reino Unido.

damentais é adstrita a um Estado, ou melhor, aos sujeitos de direito daquele determinado Estado.

Por fim, uma última consideração que deve ser extraída do conceito aqui apresentado e também presente no ensinado por Mendes e observado por Canotilho (2003, p. 1242) e Sarlet (2001, p. 85). Há, além do caráter de direito subjetivo, nos Direitos Fundamentais, um caráter objetivo que se atrela à realização da Dignidade Humana fornecendo linhas-guia para todo o ordenamento jurídico. Este caráter objetivo, somado à aplicabilidade dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, propicia, pois, a irradiação dos Direitos Fundamentais pelo ordenamento jurídico, além da própria eficácia nas relações privadas, ou aplicação horizontal.

2. Universalidade: a problemática na Constitucionalização de Direitos Humanos e na Internacionalização de Direitos Fundamentais

Esta dinâmica – nacionalização de um direito internacional e internacionalização de um direito nacional – é das mais complexas, em termos sociológicos, antropológicos e jurídicos, já que diz respeito ao nascimento da ideia de uma norma jurídica. E como delimitar precisamente onde nasceu uma ideia? Eis a dificuldade do estudo.

Em linhas gerais, historicamente o ser humano em suas sociedades organizadas tem a tendência de considerar sua própria cultura como a mais evoluída e, portanto, a melhor. A romanização foi um processo de assimilação cultural e de imposição de seus próprios valores às sociedades conquistadas, pela Roma antiga. Outra interessante manifestação foi o Destino Manifesto e o processo de expansão para oeste (e intencionado para toda a América) dos Estados Unidos da América, como uma forma de realizar a vontade de Deus, exterminando indígenas no processo, em uma ideologia de superioridade de raça.

É justamente a universalidade, característica atribuída aos Direitos Fundamentais, Humanos e do Homem, que reside uma grande problemática: seriam os Direitos Fundamentais universais porque irrestritos aos seus destinatários nacionais ou seriam universais porque destinados a todos os seres humanos? Ferrajoli deixa claro na distinção dos Direitos Fundamentais com os direitos patrimoniais, que a universalidade diz respeito a um sentido lógico de quantificação universal da classe dos sujeitos, pessoas ou cidadãos, que são seus titulares (ao contrário dos direitos de propriedade em que há singularidade em quantidade e qualidade). O jurista italiano faz interessante remissão à *Déclaration des Droit de l'homme et du Citoyene* que, em seu art. 1º, previa *égalité en droits*, paralelamente ao direito de propriedade, pautado justamente em uma desigualdade de direitos (Ferrajoli, 2009, p. 32).

Em contra partida, David Araújo e Nunes Júnior defendem a ideia de destinação universal dos Direitos Fundamentais a todos os seres humanos, sendo impensável a existência destes "*circunscritos a uma classe, estamento ou categoria de pessoa*" (David & Nunes, 2004, p. 94). A acepção de David Araújo e Nunes Júnior não está incorreta, uma vez que há a utilização pela Constituição Federal do Brasil de determinados termos genéricos, o que pactua com esta universalidade proposta, como se verá abaixo. No entanto, como bem assevera Dimoulis (Dimoulis, 2006, p. 99 e ss.), há uma discrepância de "universalidades" entre, por exemplo, o rol de direitos contido no art. 5º da Constituição brasileira com o texto previsto em seu caput, a saber: o caput do art. 5º parece restringir os direitos na medida em que se os garantem "*aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito[...]*"⁵; contudo, o mesmo art. 5º determina que "*[t]odos são iguais perante a lei, sem distinção de*

qualquer natureza", além de seus incisos que se valem de termos como "*todos*", "*ninguém*", "*qualquer pessoa*", "*homens e mulheres*", que remete a um valor universal irrestrito.

Talvez o constituinte brasileiro, ao elaborar o caput do art. 5º, tivesse em mente o princípio de direito internacional de reciprocidade de tratamento, o que facilitaria a restrição e abolição de Direitos Fundamentais a estrangeiros não residentes. Em sendo deliberado ou acidental, esta disposição claramente é retrógrada e fere o princípio dos Direitos Fundamentais. Por outro lado, ilustra Dimoulis (2006, p. 106 e ss.) que o constituinte de 1988, de forma inadvertida, se apegou ao conteúdo da Constituição brasileira de 1891 e, tendo em vista que o constituinte derivado não selecionou esta incorreção, mesmo após mais de sessenta emendas, coube à doutrina fazê-lo.

Bem assim, o caput do art. 5º determina irretidamente que "*[t]odos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*". Tendo em vista que os Direitos Fundamentais devem ser compreendidos de modo que lhes seja garantida a máxima aplicação, seria incompatível com esta irrestrição anunciada nas primeiras palavras do caput deste artigo que o gozo destes direitos seria apenas destinado "*aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País*". Desta forma, depreende-se que o constituinte optou por fazer uma menção especial àqueles grupos, sem prejuízo da normativa de igualdade perante a lei.

No que tange à titularidade dos direitos sociais, há menos dificuldade na intelegção, tendo em vista que serão, a exemplo da inteligência dos arts., 196 (direito à saúde usa a expressão "todos"), 203 (assistência social, "quem dela necessitar"), 205 (educação, "todos"), de todos aqueles que necessitem de prestações relacionadas à educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (caput do art.

⁵ A posição do Min. Marco Aurélio no HC 74051 é de que o caput do art. 5º em questão indicaria um alcance dos Direitos Fundamentais apenas aos circunscritos no território nacional (BRASIL. STF. HC 74051, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, j. 18/06/1996).

6º)⁶. Conclui-se, bem assim, que são, aqueles, universais a todos, estando disponíveis a quem deles quiser ou precisar fazer uso.

As restrições dos direitos individuais políticos, destinados aos brasileiros ou equiparados, e com restrição em alguns casos, ao gozo apenas por brasileiros natos (§3º do art. 12 da Constituição) não fere a universalidade, em termos de classe de indivíduos, dos Direitos Fundamentais. Dois são os argumentos para esta necessária restrição a classes destes Direitos Fundamentais: porque os direitos políticos passivos pressupõe a dotação de direitos políticos ativos; e porque a soberania, além da Dignidade, também é valor que pauta a República Federativa do Brasil, e deve ser observada como medida de assegurar os melhores interesses do Estado para cumprimento da própria Dignidade. Assim, esta restrição às classes (brasileiros natos, equiparados ou naturalizados) não fere a universalidade dos Direitos Fundamentais na medida em que continuam sendo universais a uma classe legitimamente ampla.

Em um terceiro momento, tem-se que são transindividuais (coletivos *lato senso* ou ainda *metaindividuais*) os direitos de caráter indivisível e, por isto, pertencentes a um grupo identificável de pessoas. Isto revela dificuldade de identificação de titularidade, uma vez que pertencentes indistintamente a um grupo identificável de pessoas (porém nem sempre determinado), as quais serão seus titulares. Dimoulis afirma que, em muitos casos, os direitos transindividuais, em função da dificuldade de identificação, são "*direitos extremamente genéricos e assemelhados à enunciação de programas políticos*" (Dimoulis, 2006, p. 109), posição que não se mostra compatível em relação aos objetivos dos Direitos Fundamentais. Programa político tem caráter de fragilidade em função de um subjetivismo latente. Significa dizer que, em uma escala de um a dez (em que um representa o cumprimento mínimo e dez representa o máximo cumprimento), é

⁶ Cfr. Dimoulis (2006, p. 106 e ss.)

possível afirmar que o programa político está sendo cumprido ainda que haja correspondência ao número um na referida escala. Em contrapartida, um Direito Fundamental, em postura binária, ou é cumprido ou não o é.

Deve-se ter em vista, assim, o caráter eminentemente indisponível do Direito Fundamental transindividual, decorrente de uma indivisibilidade de seu conteúdo entre seus titulares. Não há a perda da universalidade uma vez que são direitos destinados indistintamente a todos os compreendidos no grupo de titularidade; tampouco há perda do caráter personalíssimo em função de cada um de seus titulares do grupo deter, plenamente e em igualdade de condição entre si, a faculdade de exercitar o referido direito.

Finalmente, em um quarto momento, com as preocupações tratadas na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano em Estocolmo, 1972, inaugurou-se um novo marco para a titularidade dos Direitos Fundamentais. A Declaração originária da referida Conferência faz menção, em todo o seu texto – preâmbulo e princípios – a um "*esforço comum para preservar e melhorar o meio ambiente, em benefício de todos os povos e das gerações futuras*". Deve ser citada, ainda, no mesmo ano de 1972, a Convenção Para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, assinada em Paris que, em seu art. 4º, determina a obrigação dos signatários "*de assegurar a identificação, proteção, conservação, valorização e transmissão às gerações futuras do patrimônio cultural e natural*".

Bem assim, os espíritos das leis constitucionais, mundo afora, inclusive o da brasileira de 1988, não se mostraram insensíveis a estes reclamos, proclamando constituições com Direitos Fundamentais de titularidade conjunta com as gerações futuras. Especial aderência por parte dos constituintes à proteção do ambiente. Resta, assim, mais abaixo neste estudo, verificar algumas ponderações acerca desta classe de titulares de Direitos Fundamentais.

Em síntese, considera-se há uma tendência histórica sociológica-jurídica de entender como melhor e mais adequado seu próprio direito interno, em relação aos direitos de outros Estados. Esta tendência histórica começa a ser rompida, na sociedade ocidental, conquanto começa a surgir o movimento liberalista e suas revoluções liberais, que impõe à Europa (Revolução Gloriosa e Cromwell, Revolução Francesa) e América (Independência dos Estados Unidos) novo modelo um tanto mais uniforme no que diz respeito aos Direitos do Homem, convertidos posteriormente em norma constitucional.

No entanto, este rompimento não é nem de longe absoluto. O processo dialético de internacionalização de um direito internacional e de internacionalização de um direito nacional acaba sendo delicado por esbarrar na soberania do Estado. Em outras palavras, para que uma fonte exterior penetre na cultura estatal, deve necessariamente ter havido antes um processo de adaptação cultural daquele direito. Isto fica evidente com as revoluções liberais dos sécs. XVI e XVII, revoluções sociais dos séc. XIX e XX e, se é que se pode chamar, "revoluções ambientais" do séc. XX e XXI. Uma ideia de direito nasce em um determinado lugar; a ideia é tida como boa, interpenetrando-se aos quatro ventos; a ideia vinga em Estado e se transforma em norma jurídica vigente; outros Estados, atentos a isto, e já suscetíveis internamente aos movimentos sociais daquela ideia, também a transformam em norma jurídica vigente. E quando esta norma jurídica é de singular importância e o momento político-jurídico é favorável, pode ser alçada à categoria de Direito Fundamental.

Recentemente, este processo dialético de constitucionalização de um direito internacionalizado ficou evidente na Constituição brasileira de 1988, a partir do nascimento e convergência de um sentimento internacional, convertido em normas internacionais de proteção ambientais, sendo os mais significativos à época:

a Declaração sobre o Meio Ambiente Humano em Estocolmo, 1972; o Relatório *Our Common Future*, de 1989, em processo de elaboração quando da convocação da Assembleia Constituinte Brasileira; e a Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio, firmado na Conferência de Viena de 1985 e em vigência desde 1988; é claro que além destes tratados internacionais, a constitucionalização ambiental no Brasil também se deu em virtude de eventos trágicos como o acidente de Chernobyl em 1986, na Ucrânia Soviética; o vazamento de gás em 1984, em Bhopal, na Índia, entre outros. Além do Brasil, constitucionalizaram a matéria ambiental outros Estados, tendo-se conhecimento da Alemanha, França, Grécia, Portugal, Espanha, Argentina, Bélgica, Polônia, Iugoslávia, Equador.

E se deve perceber que neste processo dialético, há um movimento constante. A partir do momento que houve a constitucionalização da matéria ambiental, com fonte originária de normas internacionais, o contrário também se mostrou verdadeiro. Principalmente a partir da década de 1990, também liderados pelos Estados que aderiram à proteção ambiental e a elevaram ao patamar de Direito Fundamental, portanto, constitucional, a legislação internacional ganhou força. A partir daí, a internacionalização do direito constitucional. A grande maioria dos tratados ambientais nascidos na década de 1990 foram fomentados pelos Estados europeus, notadamente comprometidos com a proteção ambiental. Os tratados assinados no Rio de Janeiro em 1992 e seus derivados são os melhores exemplos, para não citar os diversos tratados internacionais regionais relacionados ao uso de bens ambientais, mormente os transfronteiriços.

Em que pese dificultoso, pelas implicações do caráter universal, como já foi exposto, o processo dialético de internacionalização de um direito nacional e de nacionalização de um direito internacional é um processo antigo e irreversível, além de ser alheio ao Direito enquanto ciência. Este processo diz respeito à formação da cul-

tura de uma sociedade, a formação de seus valores, muito antes de se confabular a criação da norma jurídica. Quanto mais globalizada a sociedade de cada Estado, maior a tendência de se submeter a este processo. A nova dificuldade que exsurge parece maior pois aparenta atacar a Soberania. Os direitos transindividuais e, em especial, os direitos transindividuais internacionalizantes não são direito internacional; são direito nacional, em verdade, Direito Constitucional e aplicáveis a destinatários em outros Estados. Passa-se, assim, a este estudo.

3. *Uma nova perspectiva para os Direitos Fundamentais: o acesso internacionalizado de um Direito Fundamental*

A busca por um padrão que justificasse o nascimento de novos Direitos Fundamentais determinou a criação de teorias híbridas ou baseadas em subjetivismo. Bonavides (2006) afirma sua existência, em primeira mão, contudo não deixa claro quais critérios utilizou para alavancar à Quarta e à Quinta Geração dos Direitos Fundamentais, quais sejam, a paz, a bioética, a democracia e a ecologia. Muitos destes direitos tutelados, em verdade, sequer guardam previsão constitucional, a exemplo de diversos direitos relativos à bioética além dos direitos informáticos.

A teoria do Status de Jellinek (1905), embora sofrendo com a incapacidade de acompanhar o caminhar das novas necessidades que permearam no pós-guerra, mostra-se mais consistente do que as teorias das gerações derivadas da inicialmente proposta por Vasak. Deveras, a teoria original de Vasak, despreziosa ou não, tal e qual a de Jellinek, mostra-se muito mais sustentável do que os estudiosos dissidentes deste tronco principal. No entanto, a falta de observância das relações horizontais e a ausência de percepção da sujeição transindividual na teoria do *status* fadaram-na a uma utilização mais restrita em relação aos Direitos Fundamen-

tais. Da mesma forma, o engessamento das Gerações a palavras (lema da Revolução Francesa), igualmente não demonstram a sua continuidade generalizada aos Direitos Fundamentais.

O padrão que propugna os Direitos Fundamentais a novos horizontes geracionais é intuitivo, em uma concepção positiva alargada. Os Direitos Fundamentais partem de uma necessidade de autoafirmação do indivíduo perante o Estado. Nada mais elementar, porque correlato à autopreservação, do que assegurar primeiramente que um indivíduo tenha direitos frente ao Estado.

Ocorre que, por vezes, alguns destes indivíduos não terão oportunidade de desfrutar daqueles primeiros direitos. Esta falta de oportunidade será um vício inerente ao próprio sistema de dotação criado. Assim, em um segundo momento, atribui-se ao Estado o papel de equalizador, buscando fazer cumprir direitos, por meio de normas ou por meio de ações, que, por si só, não seriam respeitados por falta de oportunidade.

Ainda que aqueles direitos previstos nos dois primeiros momentos venham a ser cumpridos, o indivíduo percebeu que não eram cumpridos em sua total acepção e que haviam outros bens jurídicos que necessitavam de especial proteção. Isto porque o Estado, primeiramente, consentiu em dotar direitos o indivíduo e, após, atuar para que aqueles primeiros direitos pudessem ser desfrutados. A postura de dotação ilimitada de direitos acabou esbarrando em si mesma, crescendo até seu limite. Assim, ao Estado foi incumbido o papel de limitar e adequar os direitos antes ilimitados para que todos possam dele desfrutar.

Finalmente, percebeu-se que a limitação de direitos poderia influir positivamente não apenas aos indivíduos hoje existentes e aos indivíduos submetidos à ordem constitucional nacional. Esta dotação também seria benéfica

aos indivíduos ainda não nascidos e a outros povos, ainda que não submetidos ao regime constitucional nacional.

4. *Trânsito à modernidade: Dos Direitos de Primeira à Quarta Geração*

Em síntese, primeiro coube ao Estado uma abstenção de atos, determinando que indivíduo não poderia sofrer determinadas ações Estatais; seguido da percepção de que a postura passiva do Estado não seria bastante para obtenção da Dignidade Humana, uma vez que a abstenção de atividade Estatal é permissiva para atuação humana sempre egoística. Assim, cumpriu ao Estado minimizar a atuação egoística humana, em parte limitando direitos em parte assegurando aos indivíduos que fossem respeitados seus direitos; finalmente, em um e quarto terceiro momento, ficou claro que a postura ativa do Estado de minimizar as desigualdades também não surtia efeito em determinados bens jurídicos. Coube, assim, ao Estado efetivamente limitar, regulamentando o gozo de determinados direitos, posto que se percebeu que esta efetiva limitação e regulamentação de direitos implicaria em benefícios que se estenderiam aos titulares nacionais e nascidos.

Na concepção pós-positiva, a Primeira Geração de Direitos Fundamentais se constituiem nos direitos civis e políticos (*status* negativo e ativo de Jellinek), ou seja, naquilo que o Estado efetivamente abriu mão de dispor⁷.

A Segunda Geração de Direitos Fundamentais⁸, os direitos sociais (*status* positivo), são a

expressão clara de direitos contidos na Primeira Geração, porém não gozados de fato por particulares. Assim, o Estado cria normas que expressamente preveem direitos anteriormente só desfrutados por aqueles a quem as condições de vida permitiam. Por meio dos Direitos de Segunda Geração, o Estado concede direitos basilares a todos. No entanto, para aqueles que, por já possuírem boas condições de vida, desfrutavam de seu gozo não houve significativa alteração; no entanto, para os que não possuíam tais condições de vida, previu-se que as deveriam ter. Além desta postura normativa que visava limitar as liberdades antes ilimitadas, em prol de uma igualdade formal, o Estado também se comprometeu na realização de diversos daqueles direitos dados. Em resumo, os direitos sociais, embora sejam destinados a todos universalmente, foram criados como forma de corrigir um desequilíbrio decorrente da falta de limites nas liberdades individuais, beneficiando, assim, os que realmente necessitam por não conseguir obtê-los pelas próprias forças.

A Terceira Geração dos Direitos Fundamentais⁹ reforça ainda mais a ideia de limitação das li-

própria *Déclaration des Droits de l'homme et du Citoyen* que prevê obrigatoriedade de pagamento dos auxílios públicos (art. 21). Ainda, leis ordinárias como *Peel' Act* (1802, Inglaterra, proteção aos menores nas fábricas, limitando a 12 horas a sua jornada de trabalho); na França, a lei proibindo o trabalho de menores de 8 anos (1814); na Alemanha, a lei proibindo o trabalho de menores de 9 anos (1939) e as leis sociais de Bismarck (1833); na Itália, as leis de proteção ao trabalho da mulher e do menor (1886). O próprio *Rerum Novarum* (1891), Encíclica em que o papa Leão XIII apoiava o direito dos trabalhadores formarem sindicatos, mas rejeitava o socialismo e defendia os direitos à propriedade privada. Finalmente, amplamente baseado nas ideias Marxistas-Engelianas do Manifesto Comunista de 1848, A Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado (1918, da Rússia) foi um importante assento da Constituição Soviética daquele mesmo ano.

⁷ Obviamente, tanto a Primeira Geração como a Segunda Geração foram forjadas a partir de eventos anteriores àqueles marcos. Inegável importância para os direitos individuais: *Magna Charta Libertatum* (1215, Inglaterra), *Petition of Rights* (1628, Inglaterra), *Habeas Corpus Act* (1679, Inglaterra), *Bill of Rights* (1689, Inglaterra), *The Virginia Declaration of Rights* (1776, E.E.U.U.), além de cartas de organismos internacionais como a Organização dos Estados Americanos (embrionária em 1890, pela Conferência de Washington), a Liga das Nações (1919) e a própria Organização das Nações Unidas (1946) com a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948).

⁸ Igualmente, para os direitos sociais, não se pode perder de perspectiva: *Poor Law Act* ou *Poor Relief Act* (1601, Inglaterra), a

⁹ Os direitos coletivos tiveram tímidas e iniciais manifestações perto do ano de 1199 quando a Corte Eclesiástica de *Canterbury*, o pároco Martin, de *Barkway*, ajuizou ação em nome dos paroquianos de *Nuthamstead*, um povoado de *Hertfordshire*, portanto, um grupo de pessoas, versando sobre o direito a certas oferendas (dízimo) e serviços diários (Yeazell apud Castro, 2002, p.44 e ss.). Para tanto, foram a juízo apenas algumas pessoas para responder por todas. Interessante observar, que segundo o autor, não ocorreu qualquer especulação sobre o fato de poucas pessoas defenderem outras tantas sem qualquer procuração ou autorização específica. Estas ações coletivas foram aceitas tranquilamente, ainda que inexistisse direito material específico

berdades. A imposição dos limites da Segunda Geração não foi bastante para tutelar determinados bens jurídicos. Esta incapacidade de proteção se deu porque os bens jurídicos afetados eram de titularidade de indivíduos indistintos. O fato é que, diferentemente da Segunda Geração, os aqui afetados não conseguiriam, por suas próprias forças, fazer respeitar suas liberdades. O Estado, novamente como equalizador, limita novamente determinadas liberdades, impõe e assume obrigações, tudo com o objetivo de serem respeitadas no todo direitos que antes não o estavam sendo.

Na Quarta Geração, as necessidades são idênticas às da sua antecessora. A diferenciação será no reconhecimento de novos titulares aos direitos. Constitui-se, aqui, em ampliação dos Direitos Fundamentais, mesmo nacionais, indistintamente a toda a humanidade¹⁰, extrapolando fronteiras e atingindo indivíduos sequer nascidos. Isto se deu porque os benefícios colhidos na Terceira Geração efetivamente constituirão benefícios a toda a humanidade.

Os Direitos de Terceira e Quarta Geração são destinados a uma titularidade coletiva ou transindividual. Conforme já foi visto, a diferenciação entre a Terceira e a Quarta Geração reside no alcance e nos destinatários dos Direitos Funda-

mentais. Enquanto que a Terceira Geração tutela bens jurídicos destinados a sujeitos de direito dentro do território nacional, a Quarta Geração protege bens jurídicos destinados a sujeitos de direitos indistintamente dentro e fora do território nacional. Poder-se-ia dizer que esta Quarta Geração está "*volvida à essência do ser humano, sua razão de existir, ao destino da humanidade, pensando o ser humano enquanto gênero e não adstrito ao indivíduo ou mesmo a uma coletividade determinada*" (David & Nunes, 2004, p. 100); Canotilho nesta mesma linha, chama de direitos dos povos (Canotilho, 2003). Questões de semântica à parte, a Terceira Geração é designada pelos direitos transindividuais e a Quarta, pelos direitos da humanidade.

Peces-Barba (1982) chama de Trânsito à Modernidade esta transição dos Direitos Fundamentais pautados em uma ideia de direitos naturais, tal e qual estavam concretizados no conceito existente nas Idades Antiga e Média, à atual Contemporânea, na qual o conceito fica definitivamente atrelado ao de direitos subjetivos. Esta modificação permitirá sustentar o Estado Democrático de Direito e o regime constitucional, sendo certo que os avanços que precederam tal trânsito, políticos, econômicos, filosóficos e religiosos foram determinantes para esta evolução de direitos.

5. *Direitos Fundamentais de Terceira e Quarta Geração*¹¹

Dado o assentamento dos direitos individuais e sociais na cultura jurídica há muito tempo, mais

e anterior ao tema. Naquele tempo, no entanto, observava-se, no que tange à legitimação da substituição processual, a máxima "*de ditioribus et discretioribus*" - homens distintos e prudentes -, seja no polo ativo, seja no polo passivo.

¹⁰ Esta preocupação normativa, advinda principalmente de tratados internacionais, desencadeou a proteção de bens jurídicos em prol não apenas dos nacionais de um Estado, como também de toda humanidade. Fica evidente com os Tratados de Paris de 1970 (Convenção Relativa às Medidas a Serem Adotadas para Proibir e Impedir a Importação, Exportação e Transferência de Propriedades Ilícitas dos Bens Culturais) e de 1972 (Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural) após a criação da UNESCO em 1945, uma preocupação com um patrimônio maior a ser desfrutado por toda a humanidade. Em verdade, neste mesmo ano de 1972, com a Convenção de Estocolmo, a proteção ambiental ingressou definitivamente no cenário internacional como presente nesta lista de bens jurídicos de preocupação de toda a humanidade. Mercê disto, os Estados, ainda timidamente, adotam em suas Constituições este novo rol de Direitos Fundamentais, ainda que de forma descontraída e não especificamente denominada.

¹¹ Estas Gerações aqui estudadas, diferentemente de suas antecessoras, não nasceram a partir de um contramovimento subversivo a uma determinada ordem posta ou estabelecida. A Primeira Geração dos Direitos Fundamentais teve como marco divisor de águas o Iluminismo europeu e americano, culminando na Revolução Francesa com a *Déclaration des Droits de l'homme et du Citoyen* (1776) e na independência dos Estados Unidos da América com a Constituição (1787); a Segunda Geração, nada obstante, decorreu de uma movimentação social a partir das revoluções industriais, precipuamente a segunda revolução industrial, em 1850, que acabaram por dar origem à Constituição do México de 1917, a Constituição *Weimar* (1919) e outros documentos históricos.

facilitada é sua identificação. A isto, some-se o fato de a Constituição brasileira, positiva e claramente elencar tais Direitos sob o epíteto de Fundamentais, o que não deixa a menor margem a dúvida. Um direito individual existe para uma determinada pessoa decorrente de um comportamento negativo do Estado em relação a seus próprios atos, somado a um comportamento positivo do Estado em relação aos indivíduos. Assim, quando o art. 5º caput da Constituição brasileira declara que todos têm o direito à vida, tal se insculpirá em uma ausência de qualquer ato atentatório do Estado contra este direito perante seu titular, somado a um comportamento ativo do mesmo Estado no sentido de resguardá-lo contra terceiros, por exemplo, mediante políticas de segurança pública.

Neste mesmo sentido, um direito social acaba sendo um reforço, um complemento ou uma reafirmação específica de direito individual já existente, porém não cumprido ou não respeitado justamente sobre ausência do comportamento negativo do Estado. O direito à saúde, previsto no art. 6º caput da Constituição é uma decorrência lógica do direito à vida. No entanto, determinadas pessoas não obtiveram sucesso, por sua própria força, em realizar, plenamente, este aspecto do direito à vida. Assim, o Estado reassegura a todos o direito à saúde, inclusive mediante um comportamento ativo de sua parte para tanto. O Estado passa a agir (por meio de comportamento ativo próprio ou por meio de leis reguladoras) nas lacunas em que sua ausência de ação (comportamento negativo) resultaram em uma desigualdade material de acesso e gozo a direitos.

Terceira Geração, os direitos transindividuais, rompem com o paradigma inicial de titularidade individual de um direito subjetivo; reconhece-se nela o direito de grupos – maiores ou menores – de pessoas, independentemente de sua individualização, gozarem de direitos. A individualidade ainda existe, porém não é necessária

para o exercício e gozo do Direito Fundamental de Terceira (e Quarta) Geração. Mazzelli aponta que são “*categoria intermediária de interesses que, embora não sejam propriamente estatais, são mais que meramente individuais, porque são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas*” (Mazzelli, 2003, p.43-44).

Não é demasiado repetir que há profunda similitude entre os direitos transindividuais e os direitos da humanidade, vale dizer, entre a Terceira e a Quarta Geração. Principalmente na Europa, os Direitos Fundamentais de Terceira e Quarta Geração podem ser chamados de direitos solidários, pautada na ideia de solidariedade intergerações. Tem-se notícia que a Constituição de Portugal e da Bélgica utilizam esta expressão, não adotada pela constituição brasileira. É possível dizer que os direitos da humanidade são espécie de direitos transindividuais, dado que concedidos a titulares indeterminados (porém determináveis); diferenciam-se, no entanto, daqueles em função da extensão ampla de sua aplicação, não se restringindo à ficção Estatal. Também se diferenciam dos direitos transindividuais tradicionais na medida em que seus destinatários, embora determináveis, não necessariamente nasceram. Esta postura do espírito da lei constitucional de romper definitivamente com o paradigma “sujeito de direitos restrito a uma soberania” inaugura novos entendimentos dos Direitos Fundamentais e mesmo dos direitos subjetivos.

A situação mais inquietante é o duplo papel que as normas constitucionais assumem. O artigo 4º e o art. 225 da Constituição Brasileira¹², também são Direitos Fundamentais de Quarta Geração. Note-se que foi escrito propositadamente “também” para designar a qualidade de Direitos Fundamentais. Explique-se. O artigo 4º, notadamente, é arrola princípios e, portanto, se enquadrariam como Normas Constitucionais de Eficácia Limitada e Aplicabilidade Mediata, se-

¹² Isso para não citar as normas constitucionais que promovem a proteção do patrimônio cultural.

gundo José Afonso da Silva (2009). No entanto, além de seu conteúdo principiológico, também seria uma norma de Direito Fundamental com Aplicabilidade Imediata e Eficácia Plena. Menos impactante é o art. 225 da Constituição que trás em seu bojo um Direito Fundamental de Terceira e de Quarta Geração.

Assim, p.ex. quando a Constituição Brasileira declara, no art. 4º, que a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelo princípio de prevalência dos direitos humanos; de autodeterminação dos povos; de não intervenção; de igualdade entre os Estados; da defesa da paz; de solução pacífica dos conflitos; do repúdio ao terrorismo e ao racismo; de cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; de concessão de asilo político; efetivamente está limitando sua própria soberania de forma a dotar indivíduos de outros Estados com estes Direitos Fundamentais. Seguindo a métrica de identificação de um Direito Fundamental, são universais, pois destinados a todos, sem restrição; são constitucionais; todos os seus preceitos são derivações dos assim nomeados Direitos Fundamentais previstos no Título II da Constituição Brasileira.

Os direitos atribuídos ao gozo das futuras gerações é, sem dúvida, derivado e praticamente similar, em muitos caracteres, aos direitos transindividuais. Talvez a diferenciação mais gritante resida no fato de estes últimos, embora possuam sujeitos ativos determinados ou indeterminados, há efetivamente pelo menos um indivíduo (quando não vários) para gozar destes direitos. No caso dos direitos atribuídos às futuras gerações, há um direito subjetivo de sujeito potencial (ou sujeitos potenciais). Entenda-se o *means legis* aqui como sendo a efetiva proteção dos direitos de destinatários sequer nascidos, por isto sujeitos potenciais. Apesar de o termo "geração" poder ser empregado para indivíduos já nascidos, donde se pode depreender que as "futuras gerações" seriam as crianças do presente, já nascidas, é notório que a intenção do

espírito da lei constitucional era ampliar a proteção àqueles que sequer foram concebidos¹³, como uma forma de preservação de um direito de cuja titularidade é a própria raça humana.

Da mesma forma, pouco provável que a intenção do constituinte, ao se referir às "presentes e futuras gerações", fosse restringir o gozo de qualquer direito apenas aos nacionais. Muito embora haja, dentro da territorialidade derivada da soberania, uma aplicação limitada do ordenamento jurídico estatal a um designado espaço, dado o alcance e projeção dos conceitos apresentados na norma, é possível se falar em um alcance de titularidade transnacional, até porque os benefícios que estes direitos promoveriam não conheceriam da fronteira ficcional estatal.

Cumprir destacar que, tanto no modelo dos Direitos Fundamentais quanto no modelo dos Direitos Humanos, há severa resistência por parte de grandes juristas no reconhecimento dos direitos transindividuais e dos direitos da humanidade enquanto pertencentes àqueles. Não são ignoradas as referidas disposições normativas, porém não são enquadradas como parte da teoria dos Direitos Fundamentais ou Humanos. Assim, quando há eventual violação dos direitos transindividuais e dos direitos da humanidade, o interprete sustenta uma violação nos Direitos Fundamentais individuais e ou sociais eventualmente atingidos. Exemplificando, se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é ferido, há justificção de violação dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos não pelo direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em si, mas pela violação do direito à saúde, à vida, à qualidade de vida etc. Isto fica claro particularmente no caso "López Ostra VS. Espanha" julgado no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em que foi admitida a violação do direito à saúde do autor e ao bem estar da comunidade afetada por severa poluição industrial e, em uma "*protection par*

¹³ Neste sentido Dimoulis (2006, p. 111).

ricochet" (San José, 2007, p. 12 e ss.), designou-se uma tutela ambiental.

E porque não interpretar "as presentes e futuras gerações" dos Direitos de Quarta Geração como estritamente de titularidade dos nacionais, até mesmo porque os Direitos Fundamentais são adstritos a uma ordem nacional? Pode-se falar que os Direitos Fundamentais não ficam adstritos a ordem nacional justamente por falta de adjetivação do constituinte. Rememorando a diferença entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, Canotilho afirma que são Direitos Humanos "direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos" (Canotilho, 2003, p. 369) e que os Direitos Fundamentais são direitos humanos jurídico-institucionalmente garantidos e limitados no tempo e espaço, tese coincidente com a proposta deste trabalho. No entanto, a criação de uma obrigação com "gerações" mundo afora não parece afetar este caráter limitativo dos Direitos Fundamentais. Primeiro porque a dotação de Direitos Fundamentais é para, *ex vi lege* do art. 225 caput da Constituição, "as presentes e futuras gerações", sem referência a Estados ou pessoas jurídicas de direito público internacional, o que não esbarra na soberania de outros Estados. Segundo porque, ainda que se fale em Soberania, esta impõe apenas que não se atribuam deveres a outros Estados sem o consentimento destes, mas não há óbice ao recebimento de direitos. Assim, com o recebimento de um direito desta natureza, os indivíduos de outros Estados terão a possibilidade ou não de exercitá-los. Terceiro porque o exercício desta natureza de direitos, em função da soberania brasileira, ficaria limitado ao Poder Judiciário nacional.

6. Conclusão

As conclusões deste estudo são despreziosas à luz das problemáticas trazidas. Percebe-se um nítido movimento em sede constitucional de ampliar o alcance dos destinatários de algumas normas jurídicas, para além da fronteira

tempo-espaço tradicionalmente trabalhada pelo Direito. As normas jurídicas via de regra são aplicadas a um determinado território com intenção de proteger bens jurídicos jungidos a uma realidade temporal.

Os Direitos Fundamentais de Quarta Geração transcendem à barreira territorial na medida em que estende sua proteção para sujeitos ou destinatários além dos limites territoriais daquele Estado, e rompem com a barreira subjetiva-temporal a medida em que alcança sujeitos de direitos ainda não nascidos.

A tarefa de catalogar o Direito Fundamental de proteção ambiental em uma das teorias que descreviam as chamadas Gerações ou Dimensões seria impossível à luz da linha guia teorizada neste trabalho. A verdade é que as diversas teorias que explicavam as Gerações dos Direitos Fundamentais pautam-se em base eminentemente pós-positivista, quando não jusnaturalista. Tendo em vista que se buscou, como regra, manter uma proximidade com o positivismo, foi necessária a compreensão da proteção ambiental em um novo contexto de Gerações de Direitos Fundamentais.

O critério para identificação de uma Geração de Direito Fundamental seria a relação entre a postura do Estado e a postura do particular. Desta forma, identificou-se a Primeira Geração, os direitos civis e políticos, em uma postura ativa dos particulares e passiva do Estado; a Segunda Geração, os direitos sociais, em uma postura ativa do Estado e passiva do particular; a Terceira e Quarta Geração, os direitos transindividuais e da humanidade, em uma postura ativa e passiva do particular e uma postura ativa e passiva do Estado. Difere a Terceira da Quarta Geração em virtude de seu alcance, estando àquela primeira adstrita a uma coletividade vivente no território nacional, em contra partida àquela última, que alberga uma coletividade ainda não nascida extrapolando até mesmo as fronteiras do território nacional.

O Direito Fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um Direito Fundamental de Terceira e Quarta Geração, segundo este critério utilizado, uma vez que é um clássico direito transindividual e, nada obstante, amplia sua tutela a gerações futuras, com atribuição de um direito adquirido a destinatários em potência, além da extensão a titulares do mundo todo, uma vez que o bem jurídico tutelado, o ambiente, não se encerra nos limites ficcionais do território nacional. Ademais, o texto constitucional não impôs qualquer limitação na expressão "todos", prevista no caput do art. 225 da Constituição, de maneira que a interpretação, segundo o ideário positivista alargado, deve ser o mais ampliativo possível.

Ao que tudo indica, algumas das problemáticas enfrentadas serão a questão da superposição de categorizações em uma mesma norma, como seria o caso do art. 4º da Constituição que narra Princípios e simultaneamente poderia ser interpretado como Direito Fundamental de Quarta Geração, o que causa uma dupla interpretação de normas constitucionais de Eficácia Plena, em relação a estas, com normas constitucionais de Eficácia Limitada, em relação àquelas primeiras.

Em assim sendo, pode-se constatar que, em função da necessária visão pós positivista, houve uma compreensão da distinção entre o direito natural chamado Direito do Homem com o direito internacional chamado Direitos Humanos e, finalmente, com o direito constitucional denominado Direitos Fundamentais. Isto também permitiu que o caráter universal dos Direitos Fundamentais irrompesse na forma de uma proteção abrangente a "todos", de fato. "Todos" tem Direitos Fundamentais, não apenas àquelas pessoas restritas àquele território, submetidas diretamente àquela soberania. A questão ambiental e a proteção do patrimônio cultural são duas questões de fundamental in-

teresse porque presentes nesta visão ampliada dos Direitos Fundamentais, ou seja, alguns dos direitos identificados e compreendidos nesta Quarta Geração de Direitos Fundamentais. De qualquer forma, este processo de ampliação do raio de ação do Direito Fundamental gerará algumas questões.

A particular problemática no tocante a aplicação de Direitos Fundamentais de Quarta Geração é a questão da soberania, quer em sua aplicabilidade na relação externa-interna, quer interna-externa. A soberania representada pelo respeito dos Direitos Fundamentais, sob uma aplicabilidade interna-externa torna-se polêmica na medida que depende da submissão de outro Estado às regras do Estado que insculpiu em seu ordenamento jurídico os Direitos Fundamentais em questão. Em outras palavras, se o Estado X descumpriu os Direitos Fundamentais a que cidadãos do Estado Y poderiam usufruir, os cidadãos deste Estado Y deverão utilizar a sistemática jurídica do próprio Estado X para solucionar o problema.

Por outro lado, não diferente, a soberania representada pelo respeito dos Direitos Fundamentais, sob uma aplicabilidade interna-externa, também representa ponto polêmico a ser questionado. Isso porque a irradiação de um Direito Fundamental em outro Estado significa a irradiação de outra soberania naquele Estado. E como esta irradiação de Direito Fundamental é um ato unilateral – diferentemente dos tratados de direito internacional – há que se questionar se o Estado recebedor daquele Direito Fundamental irá permitir ou aceitar aquela extensão de soberania?

Estas perguntas não podem ser propriamente respondidas, dado a novidade do assunto; mas são questionamentos instigantes que certamente serão respondidos pela própria dinâmica do movimento jurídico causado por esta nova Geração de Direitos Fundamentais.

Referências bibliográficas

- Alexy, R. (2008). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. (V. A. da Silva, Trad.). São Paulo: Malheiros.
- Bobbio, N. (1992). *A Era dos Direitos* (10ª Ed.). (C. N. Coutinho, Trad.). Rio de Janeiro: Campus.
- Bonavides, P. (2006). O direito à paz como direito fundamental da quinta geração. *Revista do Superior Tribunal de Justiça. Interesse Público. Volume 8, (nº. 40), de nov./dez. de 2006*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30762>>. Acesso em: 15 jan. 2013
- Canotilho, J. J. (2003). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (7ª Ed.). Coimbra: Almedina.
- Castro, A. G. (2002). *Ações Coletivas no direito comparado e nacional. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT.
- David, L. A. & Nunes Jr., V. S. (2004). *Curso de Direito Constitucional* (8ª Ed.), São Paulo: Saraiva.
- Dimoulis, D. (2006). Elementos e Problemática dos Direitos Fundamentais. *Revista da AJURIS, Porto Alegre: AJURIS, 1974-, v. 33, (nº. 102), jun/2006*, p. 99-125.
- Ferrajoli, L. (2002). *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. (A. P. Zomer, F. H. Choukr, J. Tavares & L. F. Gomes, Trad.) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- Ferrajoli, L. (2009). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. (4ª Ed.) (A. Perfecto, Trad.). Madrid: Trotta.
- HART, H. L. (1977). *El Concepto de Derecho*. (2ª Ed.). (G. R. Carrio, Trad.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Jellinek, G. (1905). *System der subjektiven öffentlichen Recht*. (2ª Ed.). Tübingen: Mohr.
- Mazzelli, H. N. (2003). *A defesa dos interesses difusos em juízo*. (16ª Ed.). São Paulo: Saraiva.
- Mendes, G. F. (1999). Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual, Vol. 2, (mo. 13), junho*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm > . Brasília: -, vol. 2, n. 13, junho/1999.
- Peces-Barba, G. (1982). *Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales*. Madrid: Mezquita.
- San José, D. G. (2007). *Environmental Protection and European Conventions on Human Rights. Human Rights files nº.21*. Estrasburgo: Council of Europe.
- Sarlet, I. W. (2001). *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Silva, J. A. (2009). *Curso de direito constitucional positivo*. (32ª Ed.). São Paulo: Malheiros.