

A EVOLUÇÃO E A APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Amanda Lima Gonçalves, Beatriz Laysa de Souza Duarte, Miriã Monteiro Ferreira¹
Taciano Magnago²

1 - Graduandas do curso de Direito da Faculdade Multivix – Nova Venécia – ES.

2 - Especialista – Professor do Curso de Direito da Faculdade Multivix – Nova Venécia – ES.

RESUMO

Os direitos fundamentais são direitos inerentes ao ser humano, reconhecidos em um certo Estado ao longo de determinado período histórico e que recebem proteção constitucional por estarem positivados na ordem jurídica. As garantias constitucionais são mecanismos que fornecem proteção aos referidos direitos. Os direitos fundamentais são categorizados em distintas dimensões, sendo resultado de uma evolução histórico-social. Tradicionalmente são reconhecidas três dimensões de direitos, e recentemente passaram a considerar a existência de direitos de quarta e quinta dimensão. O trabalho busca estudar a evolução dos direitos e garantias fundamentais ao passar dos anos, sempre com um olhar atento para a Constituição da República Federativa do Brasil, analisando especialmente a evolução histórica dos direitos fundamentais, verificando em que estágio está a evolução de direitos e garantias fundamentais no direito brasileiro, e qual a aplicabilidade prática desta evolução no ordenamento jurídico. Será usada a pesquisa exploratória e bibliográfica com utilização de fontes secundárias.

Palavras chave: Direitos fundamentais. Dimensões. Restrições. Aplicabilidade.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos e garantias fundamentais podem ser classificados conforme a evolução alcançada com o tempo, a este fato a doutrina chamou de gerações/dimensões de direitos fundamentais. Menciona-se inicialmente que as três primeiras categorias desta temática estão amplamente ligadas ao lema da revolução francesa: *leberté, egalité e fraternité* (BERNARDES, 2017). Contudo, uma vez alcançado alguns destes direitos, não se perde os já incorporados ao ordenamento jurídico, daí surge o embate ligado a nomenclatura dimensão ou geração de direitos fundamentais, onde a doutrina mais moderna entendendo que não haveria esta perda de direitos diante de uma nova categoria resolveu nomear de dimensões, vez que as gerações trazem consigo a ideia de substituição.

Cabe registrar que a Constituição Federal de 1988 tem em expressa previsão de direitos ligados aos três lemas, como direito à liberdade de expressão (art. 5º XX (BRASIL, 1988)), ligado ao lema liberdade; direito a saúde (art. 6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988)), igualdade; direito ao meio ambiente equilibrado (art. 225 da Constituição Federal (BRASIL, 1988)) e fraternidade. Isso reforça a ideia de não substituição de direitos e trazendo a incorporação de direitos, ou seja, há uma clara noção evolutiva, embora a maioria dos direitos previsto na norma maior brasileira foram incorporados no dia 05 de outubro de 1988.

Assim, como destacado por LENZA (2015), percebe-se que o legislador constitucional em prol da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição Federal (BRASIL, 1988)) percebeu a necessidade de proteção de toda evolução do direitos fundamentais, o qual está amplamente associada a noção do próprio estado, contudo, devido a uma série de fatores como a edição de normas programáticas, a constituição brasileira tem se mostrado direcionada pelos direitos de segundo grau, ou seja, há um olhar social da Constituição Federal. Ademais, a realidade brasileira de tamanhas desigualdades se mostra favorável a este modelo constitucional.

O presente trabalho se desenvolve na missão de estudar e analisar a evolução das garantias fundamentais do indivíduo, desde quando surge a noção de estado, com olhar para as peculiaridades brasileiras.

A importância da análise da evolução dos direitos fundamentais se mostra devido ao fato de que referidos direitos foram criados para a proteção, e vem evoluindo juntamente com a sociedade e seus problemas. Assim, busca-se estudar a evolução dos direitos e garantias fundamentais ao passar dos anos, sempre com um olhar atento para a Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

Necessário se faz esclarecer por qual geração de direitos fundamentais a Constituição Brasileira é pautada, mesmo que seja inegável a presença de mais de uma geração na carta política brasileira. Ainda, cumpre elucidar quais são as aplicabilidades práticas da teoria da evolução dos direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico.

Ademais, diante da existência de diferentes gerações/dimensões de direitos no texto constitucional, é inegável que o Estado brasileiro pautado na Constituição Federal de 1988 tem se preocupado em larga escala com efetivação de políticas públicas para que se

concretize direitos, dando a ideia de que seria a Constituição Federal (BRASIL, 1988) pautada principalmente em valores sociais (MORAES, 2015).

Desse modo, o presente estudo tem como objetivo verificar em que estágio está a evolução de direitos e garantias fundamentais no direito brasileiro, e qual a aplicabilidade prática desta evolução no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando em qual geração/dimensão se pauta a Constituição Brasileira e se há a necessidade de novas evoluções, a partir dos pensamentos dos estudiosos a respeito das próximas gerações.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 CONCEITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como sendo direitos pertencentes a pessoa humana e que foram consagrados em certo período histórico e em determinado Estado. Além disso, é possível afirmar que se trata de direitos com proteção constitucional, estando positivados em uma certa ordem jurídica.

Diante da familiaridade conceitual entre direitos fundamentais, direitos do homem e direitos humanos é necessário destacar as diferenças entre os termos.

MAZZUOLI (2010) afirma que os direitos do homem são direitos naturais que buscam a proteção global do homem, não estão positivados no texto constitucional e sua existência apenas se justifica no campo jus naturalista. Já os direitos humanos são direitos que recebem proteção do direito internacional, estando positivados em tratados internacionais. Por outro lado, os direitos fundamentais são direitos inerentes ao ser humano reconhecidos historicamente por um determinado Estado e positivados na ordem constitucional interna, recebendo proteção constitucional.

Ressalta-se que os direitos fundamentais não são sinônimos de garantias fundamentais. Para CANOTILHO (2003), os direitos fundamentais são aqueles bens que recebem proteção constitucional como, por exemplo, a liberdade, a vida, a propriedade, etc. Por outro lado, as garantias são os meios de conferir proteção a esses bens, caracterizados como instrumentos constitucionais, podendo ser apresentado como exemplo o habeas corpus,

remédio constitucional que salvaguarda a liberdade de locomover-se. CANOTILHO (2003) destaca, ainda, que as garantias também são uma espécie de direitos.

Por fim, destaca-se a existência de divergência doutrinária quanto a nomenclatura mais adequada. O termo gerações foi originalmente concebido quando se visava o estudo do tema gerações/dimensões de direitos fundamentais, entretanto os constitucionalistas contemporâneos vêm adotado o termo dimensões.

A ideia central do termo dimensão, é que uma nova não abandonaria as conquistas das dimensões anteriores, como ocorre com a ideia trazida pelo termo geração, onde há uma substitutividade, a exemplo do cotidiano, cita-se que a regra é os filhos substituírem os pais em determinado contexto social.

A ideia de "gerações", contudo, é equivocada, na medida em que dela se deduz que uma geração se substitui, naturalmente, à outra, e assim sucessivamente, o que não ocorre, contudo com as "gerações" ou "dimensões" dos direitos humanos. Daí a razão da preferência pelo termo "dimensão". (TAVARES, 2015, p. 350).

Percebe-se, assim, que o termo dimensão traz essa nova perspectiva de não deixar para traz os ganhos trazidos com a nova evolução de direitos fundamentais, dando assim, ênfase para próprias características dos direitos fundamentais à historicidade. Conforme esclarece Pedro Lenza: “Os direitos fundamentais têm as seguintes características: Historicidade: possuem caráter histórico, nascendo com o cristianismo, passando pelas diversas revoluções e chegando aos dias atuais. (...)” (LENZA, 2015, p. 1146).

Neste sentido parece mais técnico adotar o termo dimensões dos direitos fundamentais, entretanto, os autores aqui mencionados, não abandonam o termo gerações dos direitos fundamentais, e em respeito aos constitucionalistas clássicos serão tratados como expressões sinônimas ao longo do trabalho, sem deixar de mencionar que as evoluções dos direitos e garantias fundamentais são cumulativas e não substitutivas.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E AS DIMENÇÕES/GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Primeiramente é necessário esclarecer que as três primeiras gerações se aproximam e muito dos lemas da Revolução Francesa (Liberdade, Igualdade, Fraternidade). Neste sentido, FERREIRA FILHO (2014, p. 30) destaca que "a primeira geração seria a dos direitos de

liberdade, a segunda dos direitos de igualdade, a terceira, assim, completaria o lema da revolução francesa: Liberdade Igualdade, Fraternidade”.

Ademais, é preciso mencionar que há direitos fundamentais que não se encaixam em apenas uma das dimensões, podendo ser encaixado em duas e até mais, a depender do contexto em que forem inseridos.

(...) é preciso insistir, desde logo, que os direitos não se encaixarão em apenas uma das dimensões, nem será possível estabelecer uma linha divisória estrita e precisa entre categorias individuais de direitos e categorias sociais ou de exercício coletivo. (TAVARES, 2015, p. 351)

Portanto, há uma clara percepção de que, embora possam inserir direitos fundamentais em determinada escala evolutiva, nem sempre estarão em apenas uma categoria, e que de certo modo, para o exercício dos direitos das gerações futuras - segunda, terceira, etc.- é necessário que seja efetivado antes os direitos das gerações anteriores.

2.2.1 DA PRIMEIRA A QUINTA GERAÇÃO

Os direitos de primeira geração, conforme explanado anteriormente, buscam quebrar a ideia do estado absolutista, passando a garantir liberdades mínimas aos súditos, estando amplamente ligados a ideia do estado liberal, e ao primeiro lema liberdade da revolução francesa. Os direitos humanos de 1ª dimensão marcam a passagem de um estado autoritário para um Estado de Direito e, nesse contexto, o respeito às liberdades individuais, em uma verdadeira perspectiva de absentéismo estatal. (LENZA, 2015, p. 1042). Neste contexto, TAVARES (2015) menciona que o primeiro direito fundamental não seria a proteção contra a prisão arbitrária do estado e sim o exercício de liberdade religiosa. (TAVARES, 2015, p. 351)

Contudo, é preciso entender que os direitos de primeira geração são de regra direitos ligados aos direitos civis e políticos, como o direito ao voto, o direito à propriedade privada, o direito à herança entre diversos outros. Nesta perspectiva, os principais instrumentos internacionais que influenciaram os surgimentos destes direitos foram: Magna Carta de 1215, Paz de Westfália (1648); Habeas Corpus Act (1679); Bill of Rights (1688); Declarações americanas (1776) e francesa (1789). (LENZA, 2015, 1142). Outro registro importante, é o

de que há o registro de pactos forais, contudo, estes não atingiam a todos os súditos, prejudicando a ideia de universalidade dos direitos fundamentais.

Os pactos e forais ou cartas de franquia, documentos marcantes durante a Idade Média, buscavam a resguardar direitos individuais. Alerta-se, contudo, que se tratava de direitos direcionados a determinados homens, e não sob a perspectiva da universalidade. (LENZA, 2015, p. 72)

Neste sentido, é possível perceber que a primeira geração de direitos fundamentais foi um importante marco de separação entre o estado absolutista e o estado de direito, e que a Constituição Brasileira atual traz diversas previsões destas categorias de direitos, que se ligam aos direitos civis e políticos.

Portanto, torna-se difícil catalogar quais direitos seriam de primeira geração/dimensão de direitos fundamentais, que estão previstos em quase toda a constituição federal, contudo, há que se destacar que a grande maioria dos direitos de primeira geração está previsto no artigo 5º (direitos individuais) e artigo 14 ao 16 (direitos políticos), ambos os artigos da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Ademais, além de trazer a previsão expressa destes direitos, o texto constitucional previu alguns instrumentos de proteção dos mesmos, denominados garantias fundamentais. Assim, “os direitos representam por só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e muitas delas adjetivas” (MORAES, 2015, p. 32)

Como exemplo de instrumento de proteção do direito à liberdade de locomoção tem-se Habeas Corpus, art. 5º inciso LXVIII (BRASIL, 1988), entre outros, além de prever a legislação infraconstitucional de diversos mecanismo visando a efetivação dos direitos de primeira geração, cito a título exemplificativo, o próprio Código Civil (BRASIL, 2002) e Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), que em seu artigo primeiro diz que o código de processo civil será disciplinado e interpretado conforme os valores previstos na constituição, e entre estes valores, menciona-se a dignidade humana, base de todos os direitos fundamentais.

A segunda geração de direitos fundamentais, ligada ao lema igualdade, está amplamente envolvida no estado social. Essa categoria de direitos fundamentais tem como objetivo a implantação de políticas públicas para que os cidadãos da república possam gozar em larga escala de seus direitos fundamentais. Há que mencionar que esta geração/dimensão

nasce na Constituição Mexicana de 1917, passando pela Constituição de Weimar (Alemanha) de 1919, o Tratado de Versalhes de 1919, (LENZA, 2015, à fl. 1.143).

Surge, portanto, a noção de igualdade material, tratando os iguais de maneira igual e dando certos privilégios aos hipossuficientes para que saiam desta hipossuficiência. A Constituição Brasileira elenca diversos direitos sociais em seu artigo 6º, e a doutrina a classifica como social.

Mas o que seria uma constituição social? E o que faz da Carta Política Brasileira é social. Tavares (2015), conceitua a constituição social da seguinte forma:

As constituições sociais correspondem a um momento posterior na evolução do constitucionalismo. Passa-se a consagrar a necessidade de que o Estado atue positivamente, corrigindo as desigualdades sociais e proporcionando, assim, efetivamente, a igualdade de todos (TAVARES, 2015, pag. 174)

Portanto, percebe-se a proximidade da carta política brasileira com a noção de constituição social. Entretanto, conforme já registrado, dificilmente um direito pode ser categorizado em somente uma dimensão/geração de direitos fundamentais, tão pouco a constituição o prevê somente como social. Contudo, a partir da análise dos traços e diretrizes trazidos pela constituição brasileira, percebe-se que a carta política remete à noção de constituição social.

Ressalta-se que, embora a Constituição Federal seja social, existe a problemática ligada ao esgotamento dos recursos públicos, fundamentada também na política de responsabilidade fiscal e financeira. Assim, mesmo diante de um estado (governante) preocupado com a implementação de políticas públicas para satisfação social, os recursos públicos em certas situações não são inesgotáveis.

Como forma de controle à reserva do possível, surge a teoria do mínimo existencial, que entende que, mesmo diante de uma limitação no orçamento do poder público, não pode o poder público alegar a todo momento e de forma desarrazoada a limitação financeira e deixar de prover a dignidade humana. Neste sentido:

É cediço que o Brasil possui insuficientes recursos materiais para suprir as demandas sociais graves e sempre crescentes, mas mesmo diante dessa realidade, há que se preservar o chamado “mínimo existencial” para que sejam garantidas as necessidades básicas da pessoa humana. Pode-se dizer, então, que este “mínimo existencial” se constitui na garantia das condições mínimas de existência, que por um lado não pode ser objeto de intervenção restritiva do Estado, e por outro exige prestações estatais positivas. (BRETANO, 2014)

Existe ainda uma terceira teoria, que ajuda a regular a atuação positiva do estado: é a vedação ao retrocesso, que veda a perda de conquistas já implementadas, menciona-se o exemplo da obrigatoriedade de observar um gasto mínimo de quinze por cento do exercício financeiro com a saúde. (LENZA, 2015, à fl. 1.296). Assim, percebe-se a primeira aplicabilidade prática, principalmente quando observado que esta teoria decorre da historicidade dos direitos fundamentais, e ao vedar o retrocesso impossibilita que as conquistas já alcançadas sejam prejudicadas.

Dessa forma, constata-se que, embora exista uma limitação natural de recursos públicos, os demais princípios para a efetivação de políticas públicas sociais não podem ser negados com base apenas na reserva do possível, pois se assim fosse estariam os cidadãos longe do estado social. Portanto, de modo inteligente foram criadas as demais teorias que trouxeram garantias mínimas para os administrados.

Neste contexto, ressalta-se que o STF (Supremo Tribunal Federal) reconheceu a aplicabilidade da teoria do mínimo existencial, ao julgar a ADPF 45 MC/DF, cita-se a seguinte ementa.

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBITRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO) (ADI 563/DF, Rel. Min. PAULO BROSSARD - ADI 593/GO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - ADI 2.060/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.207/AL, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.215/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) (BRASIL, STF, 2020).

A terceira geração de direitos fundamentais nasceu da ideia de que o ser humano está inserido em alguma coletividade. Ligados ao terceiro lema da revolução francesa, os direitos desta dimensão são direitos relacionados à solidariedade/fraternidade, como o direito ao meio ambiente e a proteção ao consumidor, por exemplo (TAVARES, 2015, fl. 352). Ainda como

exemplo de direitos de terceira dimensão, acrescenta-se o direito ao desenvolvimento, a comunicação e a propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade; além do direito a paz que BONAVIDES (2008) afirma ser de 5ª geração. (LENZA, 2015, fl. 1.144).

Diante da necessidade de proteger o patrimônio público coletivo surgiram alguns instrumentos com este objetivo, entre os quais destacam-se o mandado de segurança coletivo e a ação popular. O mandado de segurança coletivo tem por interesse proteger direito líquido e certo de interesse coletivo, neste sentido a lei 12.016 de 2009 apresenta quais são os direitos considerados individuais homogêneos, e coletivos.

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: I - Coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante. " (BRASIL, 2009)

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso LXX (BRASIL 1988) apresenta os legitimados a impetração de Mandado de Segurança Coletivo:

Art. 5º Inciso LXX - o partido político com representação no congresso, e a organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados; (BRASIL 1988)

A Ação Popular, prevista no artigo 5º LXXIII da Magna Carta (BRASIL, 1988) é outro remédio constitucional que protege o patrimônio coletivo (Direitos de terceira dimensão)

Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; (BRASIL, 1988)

Na ação popular inexistente legitimado previsto para propô-la, sendo necessário ao legitimado apenas a qualidade de cidadão, dispensando ainda a custa, caso o cidadão esteja de boa-fé.

Percebe-se, assim, que a Constituição Federal (BRASIL, 1988) é orientada pelos direitos de segunda geração/dimensão de direitos fundamentais, contudo, não deixou de prever e proteger os direitos da próxima geração/dimensão, trazendo além da previsão de que o estado irá proteger e valorizar o patrimônio coletivo, a possibilidade de o próprio cidadão da república proteger estes direitos através de certos mecanismos.

A quarta e a quinta gerações, por fim, são doutrinárias. Acerca do tema, BONAVIDES (2008) afirma que o direito a paz é o direito de quinta geração. Já a quarta dimensão de direitos fundamentais, também doutrinária, traz em suma dois posicionamentos notáveis: o primeiro de BONAVIDES (2008), que associa a democracia (direta), a informação e o pluralismo; já para BOBBIO (2016) a quarta geração está em intimidade com a engenharia genética. (LENZA, 2015, 1144/1145).

Ressalta-se, que são teorias recentes, sendo mencionadas como mero registro, devido a importância do tema e influência dos juristas que as defendem. No entanto, a evolução da proteção da dignidade da pessoa humana caminha para que se efetivem as próximas gerações de direitos fundamentais.

Com isso, percebe-se que os direitos fundamentais são decorrentes de uma evolução histórica "possuem um caráter histórico, nascendo com o cristianismo, passando pelas diversas revoluções e chegando aos dias atuais" (LENZA, 2015, fl. 1.146), e assim, os problemas que serão trazidos as futuras gerações mereceram uma proteção especial do estado efetivando novas gerações de direitos fundamentais.

2.3 CARACTERÍSTICAS, RESTRIÇÕES/LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são direitos inerentes ao próprio ser humano, possuem uma natureza essencial a fim de garantir a sobrevivência das pessoas. Os direitos fundamentais provêm de uma evolução histórica, resultando de um processo de constitucionalização. Devido as mutações sofridas até chegar ao modelo positivado na Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais passaram a apresentar características próprias que servem não apenas para qualificá-los, mas também para protegê-los.

De acordo com BONAVIDES (2008), os direitos fundamentais têm como principais características a indivisibilidade, a historicidade, a imprescritibilidade, a universalidade, a inalienabilidade, a irrenunciabilidade e a relatividade.

A historicidade é uma das características mais marcantes dos direitos fundamentais, tendo em vista que estes são frutos de conquistas progressivas dos indivíduos em uma

evolução histórico-social. Para TAVARES (2015) é devido a historicidade que os direitos fundamentais são repartidos em dimensões, pois buscam denotar que eles não se manifestam todos em um único período histórico, mas sim ao longo dos séculos, nascendo no Cristianismo e evoluindo até a concepção atual.

Acerca da historicidade, BONAVIDES (2008) afirma que os direitos fundamentais surgiram em decorrência das lutas dos homens e com a ocorrência de conquistas progressivas. Assim, é possível afirmar que os direitos fundamentais são passíveis de sofrer mutações e ampliações, explicando as distintas dimensões de direitos.

Os direitos fundamentais também são considerados universais por serem direitos compartilhados por todos os indivíduos, respeitadas as peculiaridades de cada pessoa. Segundo MORAES (2015), existe um núcleo mínimo de direito que deve ser garantido a todos os seres humanos como o direito à vida, por exemplo. No entanto, existem determinados direitos que não podem ser inerentes a todas as pessoas, pois são atribuídos a grupos específicos como os direitos dos trabalhadores, por exemplo.

LENZA (2015) destaca que os direitos fundamentais são imprescritíveis por serem sempre exigíveis a qualquer tempo, não se perdendo pelo seu não exercício. Ressalta-se que esta característica ocorre por serem os direitos fundamentais personalíssimos, não podendo, dessa forma, serem alcançados pela prescrição. Já a indivisibilidade advém do fato de que os direitos fundamentais constituem parte de um sistema harmônico que visa, em síntese, a proteção da dignidade da pessoa humana. Assim, os direitos fundamentais não devem ser considerados de forma isolada, mas sim compondo um conjunto singular, indivisível de direitos.

Registra-se, ainda, que os direitos fundamentais são inegociáveis e intransferíveis, por isso são classificados como inalienáveis. Devido a esta característica, eles não podem ser abolidos ainda que o seu titular assim deseje. Ademais, não possuem caráter patrimonial.

A relatividade é outra característica dos direitos fundamentais e é destacada por SILVA (2006) que afirma que não existem direitos absolutos, sendo os direitos fundamentais direitos relativos, passíveis de limitação, em cada caso, por um direito fundamental distinto. Devido a relatividade dos direitos fundamentais, nos casos em que existir um conflito entre

os diferentes direitos deverá ser realizada uma harmonização ou concordância prática, de modo que nenhum direito seja sacrificado de forma definitiva.

Neste sentido, MORAES (2015) afirma que todo direito depara limites em outros que também são constitucionalmente protegidos. Por isso, se houver conflitos entre dois ou mais direitos não deverá ser feito o sacrifício integral de um em relação ao outro, mas sim a restrição proporcional de ambos, visando, com isso, alcançar o fim previsto pela norma.

É necessário ressaltar, ainda, que os direitos fundamentais possuem dupla dimensão: objetiva e subjetiva. Para LENZA (2015) na dimensão objetiva os direitos fundamentais são enunciados com grande carga valorativa, sendo classificados como princípios da própria estrutura do Estado, de modo que sua eficácia se ramifica por todo o ordenamento jurídico. Já na dimensão subjetiva, os direitos fundamentais são reivindicados pelo particular perante o Estado, sendo que, nesta dimensão, é possível que um indivíduo exija uma abstenção por parte do Estado ou que o ente público oferte prestações positivas por intermédio de serviços e políticas públicas, referindo-se aos direitos de primeira e segunda dimensão respectivamente.

Diante da relatividade dos direitos fundamentais existe certa imposição de limites a estes direitos, uma vez que não há direito absoluto, sendo certo que determinado direito encontrará limites em um outro. Ademais, como destacado por MENDES (2009), um direito fundamental não pode ser usado como escudo para a realização de atividade ilícita.

Segundo SILVA (2006), duas teorias explicam os limites impostos aos direitos fundamentais: a teoria interna e a externa. A teoria interna, também chamada de teoria absoluta, afirma que os limites dos direitos são intrínsecos a eles, de modo que inexistente uma restrição ao direito, mas sim a demarcação de seus contornos. Para a teoria interna, portanto, a imposição de limites não é manipulada por fatores extrínsecos como a colisão entre direitos fundamentais, por exemplo.

SILVA (2006) destaca, ainda, que, segundo a teoria interna, no direito fundamental existe um núcleo essencial que não pode ser violado, identificado a partir da análise dos limites do próprio direito.

Por outro lado, a teoria externa, também conhecida como teoria relativa, considera que os direitos fundamentais sofrem uma limitação externa, ou seja, fatores extrínsecos é que

são os fundamentos determinantes de seus limites (MENDES, 2009). Ressalta-se que a resolução dos conflitos entre direitos fundamentais através da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade e da harmonização somente é possível a partir do entendimento apresentado na teoria externa.

Destaca-se que, para a teoria externa, o núcleo essencial de um direito também não pode ser violado; entretanto, a definição do núcleo essencial somente pode ser feita no caso concreto.

Por fim, ressalta-se que a lei pode estabelecer restrições/limites aos direitos fundamentais. No entanto, conforme destacado por MENDES (2009) o núcleo essencial não poderá ser violado. Desse modo, fica a cargo do legislador e do intérprete a definição do que consiste o núcleo essencial, aplicando-se o princípio da proporcionalidade em suas três dimensões: proporcionalidade estrito senso, adequação e necessidade.

2.4 APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Os direitos fundamentais estão previstos de forma explícita na Constituição Federal em seu segundo título, denominado "Direitos e Garantias Fundamentais" (BRASIL, 1988) e se estende do artigo quinto até o décimo sétimo, dividindo os direitos fundamentais em cinco distintos grupos: direitos e deveres coletivos e individuais (artigo 5º); direitos sociais (artigo 6º ao 11º); nacionalidade (artigo 12º ao 13º); direitos políticos (artigo 14º ao 16º); e, ainda, direitos relativos à existência, participação e organização de partidos políticos. Entretanto, trata-se de rol não exaustivo, tendo em vista que existem outros direitos distribuídos no texto constitucional. Além disso, a Constituição Federal não está baseada em apenas uma dimensão de direitos fundamentais sendo possível encontrar direitos relacionados às várias dimensões.

Conforme já destacado, os direitos de primeira dimensão visam uma abstenção por parte do Estado, preservando a liberdade individual das pessoas. Segundo BERNARDES (2017) os direitos de primeira dimensão também são chamados de direitos de defesa e se caracterizam por assegurar ao seu titular o direito de resistência a interferência de terceiros ou do Estado. Na Constituição Federal foram previstos vários direitos de defesa e suas

respectivas garantias a fim de resguardar sua aplicabilidade prática. Cita-se como exemplos os direitos relacionados à cidadania e à nacionalidade, os previstos nos artigos 8º (liberdade de associação) e 9º (direito de greve) (BRASIL, 1988).

Da mesma forma, os direitos de terceira geração também receberam especial proteção constitucional de modo a garantir sua aplicabilidade, sendo possível mencionar a existência de órgãos incumbidos de defender os direitos transindividuais como o Ministério Público e a Defensoria Pública e ainda instrumentos como a Ação Popular e a Ação Civil Pública.

De acordo com FERNANDES (2017) a maior dificuldade de aplicação prática ocorre em relação aos direitos de segunda dimensão por serem direitos de prestações e que exigem contraprestações positivas em favor dos seus respectivos titulares. Os direitos de segunda dimensão, em sua maioria os direitos sociais, geram intentos voltados à execução de direitos que estão assegurados na Constituição Federal, exigindo uma atuação por parte do ente público. Neste contexto, destaca-se a dificuldade de aplicabilidade prática dos direitos a prestações materiais.

Os direitos fundamentais a prestações são direitos cuja satisfação depende da implementação material do que é garantido pela norma que o define. BERNARDES (2017) traz como exemplo o direito a educação, garantido constitucionalmente, afirmando que a Constituição Federal garante o direito à educação Pública, o Estado (sujeito passivo) tem a obrigação de fornecer os requisitos materiais necessários a efetivação do processo educacional como unidade escolar, professores, material didático, etc.

A Constituição Federal aplica a teoria da eficácia imediata e direta dos direitos fundamentais ao prever em seu artigo 5º, § 1º (BRASIL, 1988) que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Quanto à aplicação dos direitos fundamentais, MENDES (2009) afirma que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata visando evitar que referidos direitos fiquem sem efetividade prática. Além disso, a aplicabilidade imediata busca impedir que os direitos e garantias fundamentais fiquem dependentes de prescrições legislativas para serem concretizados o que poderia inviabilizar sua aplicação nos casos de omissões legislativas.

Assim, as normas infraconstitucionais têm a obrigação de regular as relações jurídicas, mas os direitos fundamentais não têm aplicação condicionada a existência desta

norma regulamentadora, uma vez que a Constituição Federal confere a estes direitos aplicação imediata.

Segundo LENZA (2015) um dos argumentos que limitam a aplicabilidade efetiva de determinados direitos fundamentais é o de que não há recursos financeiros suficientes para a efetivação dos direitos prestacionais, de modo que a concretização dos direitos prestacionais está condicionada à reserva do possível.

Acerca do assunto, MENDES (2009, p. 237) explica que:

Os direitos a prestação notabilizam-se por uma decisiva dimensão econômica. São satisfeitos segundo as conjunturas econômicas, de acordo com as disponibilidades do momento, na forma prevista pelo legislador infraconstitucional. Diz-se que esses direitos estão submetidos à reserva do possível. São traduzidos em medidas práticas tanto quanto permitam as disponibilidades materiais do Estado.

Entretanto, não é aceitável que o Estado se exime de garantir os direitos afirmando que não possui recursos orçamentários, sendo necessário demonstrar de maneira objetiva que não há recursos ou previsão orçamentaria para garanti-los (BERNARDES, 2017). Além disso, existe um núcleo essencial que deve ser garantido, trazendo, assim, um limite a teoria da reserva do possível.

Acerca do mínimo essencial e da teoria dos limites dos limites, MENDES (2009, p. 41) esclarece que:

Da análise dos direitos individuais pode-se extrair a conclusão errônea de que direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de ilimitada limitação ou restrição. É preciso não perder de vista, porém, que tais restrições são limitadas. Cogita-se aqui dos chamados limites imanentes ou 'limites dos limites' (Schranken-Schranken), que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental, quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.

SILVA (2006) esclarece que a teoria dos limites dos limites não está prevista de forma explícita na Constituição Federal, mas a obrigação de proteger o núcleo essencial está previsto implicitamente na lei máxima, sendo que esta teoria reflete o modelo garantístico utilizado pelo constituinte. Além disso, se não existir limites a atuação do legislador, qualquer proteção fundamental seria inócua.

Dessa forma, verifica-se que na aplicação dos direitos fundamentais, sejam eles negativos ou prestacionais, a ponderação dos interesses deve observar a necessidade de conferir aplicabilidade imediata e a máxima efetividade dos direitos fundamentais, tendo em vista o disposto no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Ademais, ainda

que determinados direitos fundamentais sejam vistos como normas programáticas, estes não são desprovidos de efetividade e devem ser garantidos.

Ressalta-se, ainda, que, conforme destacado por BERNARDES (2017), devido a aplicabilidade imediata dos direitos prestacionais, referidos direitos recebem proteção judicial, tornando-se a sua efetivação um direito subjetivo, de modo que para assegurar seu cumprimento o texto constitucional apresentou remédios jurídicos a fim de proteger a efetivação dos direitos fundamentais como, por exemplo, o Mandado de Injunção, o Habeas Data, o Mandado de Segurança e o Habeas Corpus.

Por fim, na aplicação dos direitos fundamentais sempre foi priorizada a relação entre o Estado e o indivíduo, baseando-se na ideia de que o Estado é um ente superior e, por isso, os direitos fundamentais detinham apenas eficácia vertical. No entanto, segundo MENDES (2009), com a evolução social nasceu a teoria da eficácia horizontal destes direitos, estendendo sua aplicação também aos particulares. Assim, constata-se que no Brasil os direitos fundamentais incidem de forma direta na relação entre particulares, de modo que os particulares, e não apenas o Poder Público, estão obrigados a respeitar os direitos fundamentais.

3. METODOLOGIA

O presente artigo tem finalidade de explicar a evolução das três primeiras gerações dos direitos fundamentais, tendo como objeto de estudo a pesquisa exploratória, como conceituado abaixo:

Estas pesquisas têm como objetivo proporcionar maior familiaridade com o problema, como vistas a torná-lo mais explícito ou construir hipóteses. Pode-se dizer que estas pesquisas têm como objetivo principal o aprimoramento de ideias ou a descoberta de intuições (GIL, 2002, p. 41)

Assim uma vez que será utilizado em larga escala a utilização de doutrina, jurisprudência e a própria legislação sendo ela constitucional ou infraconstitucional, será abordado nos moldes da pesquisa bibliográfica.

A pesquisa bibliográfica é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos. Embora em quase todos os estudos seja exigido algum tipo de trabalho desta natureza, há pesquisas

desenvolvida exclusivamente em fontes bibliográficas. Boa parte dos estudos exploratórios pode ser definido como estudo bibliográfico (GIL, 2002, p. 44)

Nesse Sentido, conforme o trabalho utilizara de fontes secundarias de pesquisa: “as fontes secundárias referem-se a determinadas fontes primárias, isto é, são constituídas pela literatura originada de determinadas fontes primárias e se constituem em fontes das pesquisas bibliográficas” (LAKATOS e MARCONI 2010, p. 176), tendo em vista que a própria finalidade é analisar a evolução histórica dos direitos e garantias fundamentais e sua aplicabilidade no ordenamento brasileiro.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a presente pesquisa, verificou-se que os direitos fundamentais são bens que receberam proteção constitucional, foram reconhecidos em certo momento histórico e são fruto de ganhos progressivos da humanidade. Foi possível reconhecer a existência de direitos de primeira a quinta geração/dimensões de direitos, restando claro que a melhor nomenclatura a ser utilizada é o termo dimensões, pois gerações transmitira a visão de que os direitos da geração futura excluem os da geração passada, o que não é verídico.

Viu-se que os direitos de primeira geração estão relacionados às liberdades negativas e visam limitar a atuação do Estado e de particulares frente ao indivíduo, cumprindo a função de defesa. A segunda dimensão está ligada ao termo igualdade e é composta por direitos que traduzem a necessidade de prestações positivas do Estado para os indivíduos, através de serviços ou políticas públicas, materializadas, em sua maioria, em normas programáticas. A terceira dimensão protege os direitos transindividuais e tem como relação a fraternidade e a solidariedade. Além disso, apesar de recente, é possível reconhecer a existência da quarta e quintas gerações de direitos, explanada de forma distinta pela doutrina brasileira.

Foi possível analisar as principais características dos direitos fundamentais: a indivisibilidade, a historicidade, a imprescritibilidade, a universalidade, a inalienabilidade, a irrenunciabilidade e a relatividade, sendo possível observar que estas servem não apenas para qualificá-los, mas também para protegê-los.

A principal característica é a relatividade, traduzindo a ideia de que não há direito considerado absoluto, apresentando, assim, as limitações e as restrições aos direitos fundamentais.

Verificou-se que um dos argumentos mais utilizado para limitar os direitos fundamentais é a ausência de recursos, materializada na teoria da reserva do possível. No entanto, também foi possível notar que há um núcleo mínimo de direitos que devem ser fornecidos, substanciada na teoria do mínimo existencial e do limite dos limites.

Por fim, foi analisada a aplicabilidade prática dos direitos fundamentais na Constituição Federal (BRASIL, 1988), sendo permissivo concluir que embora os direitos fundamentais estejam explícitos no segundo título da Constituição Federal, denominado "Direitos e Garantias Fundamentais" (BRASIL, 1988), trata-se de rol não exaustivo, tendo em vista que existem outros direitos distribuídos no texto constitucional. Além disso, a Constituição Federal de 1988 não está baseada em apenas uma dimensão de direitos fundamentais sendo possível encontrar direitos relacionados às várias dimensões.

Com este estudo foi possível reconhecer que a Constituição Federal aplica a teoria da eficácia imediata e direta dos direitos fundamentais, de modo que os direitos fundamentais não têm aplicação condicionada a existência de normas regulamentadoras.

Por fim, verificou-se que, além de prever os direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988 também trouxe mecanismos que buscam proteger e conferir aplicabilidade prática a estes direitos, sendo os direitos fundamentais direitos subjetivos que, inclusive, recebem proteção judicial.

6. REFERÊNCIAS

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Direito constitucional: Teoria da Constituição. 7ª ed. Salvador: Juspodivum, 2017.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 6ª Edição. Edipro, 2016.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. **Agravo de Instrumento: AI 0242529-70.2011.8.26.0000 SP 0242529-70.2011.8.26.0000**. 2011. In: Jusbrasil. São Paulo, 2011. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20655746/agravo-de-instrumento-ai2425297020118260000-sp-0242529-7020118260000-tjsp>> Acesso em 20 de março de 2020;

BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2002.

BRASIL. Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. **Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências**. Brasília: Senado Federal, 2009.

BRASIL. LEI 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, 2015.

BRASIL; Supremo Tribunal Federal. **Informativo 345**. Brasília, 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>> Publicado em: Abril de 2004; Acesso em: 13/04/2020;

BRENTANO, Alexandre. **O mínimo existencial - conceituação e análise**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3934, 9 abr. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27565>. Acesso em: 30 jun. 2020;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Juspodivum, 2017.

FERNANDA, Rafaela; **O princípio da reserva do possível: origem, objetivos e aplicabilidades no Brasil**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/28802/oprincipio-da-reserva-do-possivel-origem-objetivos-e-aplicabilidades-no-brasil>> Publicado 05/2014. Acesso em 10 de março de 2020;

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 40 ed. Saraiva, 2014.

GIL, Antônio Carlos; **Como Elaborar Projetos De Pesquisa**. 4ª Edição; Editora Atlas; 2002;

LENZA, Pedro; **Direito Constitucional Esquematizado**. 19ª Ed. Saraiva; 2015;

MARCONI, M; LAKATOS, E. M. **Fundamentos De Metodologia Científica**. 5ª Ed. São Paulo; Atlas, 2003;

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre; **Direito Constitucional**. 31ª Ed. Atlas, 2015;

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 18ª Ed. São Paulo/SP: Editora Método, 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. Revista de Direito do Estado, volume 4, 2006.

TAVARES, André Ramos; **Curso de Direito Constitucional**, 13ª Ed. 2015, Saraiva, 2015.