

# UBIQUIDADE CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

## CONSTITUTIONAL UBIQUITY AND FUNDAMENTAL RIGHTS

Ilton Garcia Costa<sup>1</sup>

Fábio Da Silva Veiga<sup>2</sup>

Matheus Nogas<sup>3</sup>

### RESUMO

Trata-se de trabalho que desenvolve uma abordagem sistemática da nova hermenêutica constitucional, consignando a construção dos direitos fundamentais, através das gerações (dimensões) dos direitos fundamentais, corroborando no ordenamento jurídico constitucional atual. Com enfoque na constitucionalização do direito, com o advento do neoconstitucionalismo com a devida superação do positivismo e do jusnaturalismo.

**Palavras-chave:** constitucionalização do direito; filtragem constitucional; neoconstitucionalismo; ubiquidade; direitos fundamentais.

### Abstract

It is a work that develops a systematic approach to the new constitutional hermeneutics, consigning the construction of fundamental rights, through the generations (dimensions) of fundamental rights, corroborating in the current constitutional legal system. With a focus on the constitutionalization of law, with the advent of neoconstitutionalism with the due overcoming of positivism and jusnaturalism.

**keywords:** constitutionalisation of law; constitutional filtering; neo-constitutionalism; ubiquity; fundamental rights.

---

<sup>1</sup> Possui doutorado em Direito pela PUC-SP Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, mestrado em Direito pela PUC-SP, mestrado em Administração pelo Centro Universitário Ibero Americano UNIBERO. Graduação em Direito pela Universidade Paulista UNIP. Graduação em Matemática pela Universidade Guarulhos UNG. Especialização em Administração Financeira pela Alvares Pentead, Especialização em Mercados Futuros pela BMF - USP, Especialização em Formação Profissional na Alemanha.

<sup>2</sup> Doutor em Direito Empresarial (Ordenação Jurídica do Mercado) pela Universidade de Vigo, Espanha. Aprovado no Estágio de Pós-doutorado da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ; Pesquisador do Programa de Doutorado em Direito Empresarial na Universidad de Alcalá (Madrid, Espanha) com Bolsa DPE CAPES. Mestre em Direito dos Contratos e da Empresa, pela Universidade do Minho - Braga, Portugal - área de concentração: Responsabilidade dos administradores no âmbito da Falência/Insolvência. Especialista em Direito dos Contratos e da Empresa pela Universidade do Minho.

<sup>3</sup> Mestrando do Programa de Especialização Stricto Sensu do Centro Universitário Curitiba, Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é fruto de uma construção histórica que remonta não apenas as conquistas no ordenamento jurídico brasileiro, mas simultaneamente a soma das conquistas históricas de diversos ordenamentos, que conjuntamente, formam a teoria da constituição.

Evidentemente que os direitos fundamentais, através da sua gradatividade, em detrimento da gradualidade na sua realização - seja a dependência financeira, em razão do orçamento público a que estão limitados pela cláusula da reserva do possível; ou mesmo a tendência de liberdade de conformação, pelo legislador e pelo administrador em relação as políticas públicas a serem implementadas - devem ser preservados e tutelados por projetos de leis elaborados, discutidos e promulgados em apreço a juridicidade da norma e não a força política que ela possa eventualmente possuir.

A escala desproporcional de produção legislativa nesse viés vai na contramão da expansão do Direito Constitucional por todo nosso ordenamento. A ubiquidade constitucional produz um alinhamento entre diversas áreas do direito com à Constituição da República.

Para tratarmos da ubiquidade do direito constitucional, que trespassa por todo ordenamento jurídico, faz-se necessário delinear os direitos fundamentais, e as normas programáticas, que estabelecem fins e programas para o cumprimento pelo Estado, que apesar de baixa densidade, e eficácia limitada, constituem direitos que devem ser aplicado de forma direta e imediata - tendo em vista o mínimo existencial social com base na dignidade da pessoa humana, em uma transformação das normas programáticas da concepção clássica-

O panorama é densamente agravado quando considerarmos uma constituição simbólica, onde a retórica de poder, impede a produção de normas efetivas social e economicamente, arrefecendo a ubiquidade constitucional.

## 1. DIREITOS FUNDAMENTAIS DIMENSIONAIS E A UBIQUIDADE CONSTITUCIONAL

Antes de adentrarmos na construção e implementação da ubiquidade constitucional, primeiramente, é necessário delinear o histórico da implementação dos direitos individuais, civis, políticos e também os sociais, para então compreender a necessidade de cada medida e como as teorias constitucionais aventaram a aplicabilidade desses direitos.

Evidentemente que uma dimensão subjetiva de direitos do indivíduo frente ao Estado, não surgiu de forma vertiginosa. A classificação dimensional, ou geracional, diz respeito ao reconhecimento e afirmação histórica dos direitos fundamentais no decorrer do tempo, sendo uma classificação dinâmica, não estática, que deriva de autores como Norberto Bobbio e Paulo Bonavides.

A primeira dimensão, surge no século XVIII, implementando os direitos individuais, também conhecidos como direitos civis e políticos, preponderando a igualdade, legalidade e propriedade. Já no século XX, com o advento da segunda dimensão, vem o reconhecimento de direitos sociais, também conhecidos como direitos culturais e econômicos; ainda no século XX, vem a terceira dimensão, com a tutela de direitos coletivos e difusos, como os direitos ao desenvolvimento, os direitos ambientais e a paz.

Há uma diferenciação entre o direcionamento do Paulo Bonavides para os outros autores na quarta dimensão, que advém no século XXI, referindo-se aos direitos da globalização política frente a globalização econômica, democracia, informação; para outra parte da doutrina, seriam os novos direitos em virtude de novas tecnologias, como direito a manipulação genética, biodireito e *cyberdireito*.

Paulo Bonavides destaca, que o direito a paz migrou da terceira dimensão à quinta dimensão de direitos fundamentais, em contraponto as edições anteriores, e ao seu entendimento pretérito (BONAVIDES, 2008, p. 02). Alguns autores exemplificam como o direito à felicidade, um direito da quinta dimensão. Contudo, a corrente majoritária da doutrina brasileira, reconhece até a quarta dimensão, o que para maioria dos autores, diz respeito aos novos direitos, as novas tecnologias, não sendo o entendimento de Paulo Bonavides.

O Supremo Tribunal Federal, em um primeiro momento, através do ministro Celso de Mello, na década de 1990, reconheceu três dimensões, e inclusive ligou estas dimensões aos cânones da revolução francesa (CARVALHO, 2009, p. 26), sendo a primeira dimensão ligada à liberdade (*liberté*), a segunda dimensão ligada à igualdade (*égalité*), e a terceira dimensão

ligada a fraternidade (*fraternité*).

Em um segundo momento, já no século XXI, o Supremo Tribunal Federal, reconhece a afirmação de uma quarta dimensão de direitos, conduzido pelo ministro Ricardo Lewandowski, que afirmou que essa dimensão diz respeito aos novos direitos em função das novas tecnologias. O precedente é a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510.

Alguns autores desenvolveram uma crítica à Teoria Geracional, para esses críticos a ideia de geração seria inadequada, pois o surgimento de uma geração eliminaria a geração anterior. Sendo uma crítica inadequada, pois os adeptos da teoria dimensional-geracional vão afirmar que diferentemente do senso comum, uma nova geração não elimina a geração anterior, tem-se um jogo de adição e não de subtração.

Crítica a Teoria Geracional: para alguns críticos a ideia de geração seria inadequada pois o surgimento de uma geração eliminaria a geração anterior. Sendo essa crítica inadequada, pois os adeptos da teoria dimensional/geracional vão afirmar que diferentemente do senso comum, uma nova geração, não elimina a geração anterior. Nesse sentido, o que temos é um jogo de adição, e não de subtração (FERNANDES, 2017, pág. 330). Uma nova dimensão redefine e reinterpreta os direitos da dimensão anterior com base na nova dimensão, os críticos afirmam que a classificação geracional apresentaria uma análise fragmentada e atomizada da geração de direitos, ou seja, como se os direitos pudessem ser divididos em grupos.

Essa crítica é inadequada para os teóricos que vão reconhecer uma relação de reciprocidade entre os direitos fundamentais, que vem sendo reconhecidos no decorrer do tempo, são frutos de uma construção histórica (BOBBIO, 1992, pág. 34).

Sendo assim, há uma interação recíproca entre direitos, e uma complementariedade entre eles, na qual existe a defesa da teoria da indivisibilidade dos direitos fundamentais (BONAVIDES, 2008, pág. 568), que diz que não se divide os mesmos, pois não há como se falar em igualdade, se não tivermos saúde ou se não tivermos cultura.

Nessa perspectiva, a teoria geracional reconhece a indivisibilidade dos direitos fundamentais, ainda que, didaticamente, diferenciando os direitos fundamentais em gerações históricas.

Os direitos fundamentais, através da sua construção histórica, compõem a dimensão subjetiva, que determina que os indivíduos são dotados da faculdade de impor ações, ou omissões frente ao poder público, relatando que os direitos fundamentais são oponíveis ao poder público, resultando nos direitos do indivíduo, frente ao Estado (SARLET, 2011, pág. 144). A dimensão objetiva é a que surge na Alemanha, determinando que os direitos

fundamentais são a base do ordenamento jurídico do Estado e da sociedade. Sendo diretrizes, nortes, vetores, para a interpretação e aplicação de todas as normas constitucionais e infraconstitucionais (FREITAS, 2007, pág. 41). Nesse viés a interpretação não deve ser conforme a constituição, mas sim, conforme os direitos fundamentais previstos na Carta Magna.

Os direitos fundamentais passam a ser não só direitos dos indivíduos frente ao estado, mas passam a ser a base do ordenamento jurídico do Estado e da sociedade, vinculando o poder público, e os particulares nas relações com outros particulares.

Os primeiros impactos da dimensão objetiva, representam um reforço da juridicidade dos direitos fundamentais, sendo diretrizes para aplicação de qualquer norma (SARLET, 2011, pág. 144). Segundo, a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, a ideia de que os direitos fundamentais se irradiam por todo o sistema, se emanam por todo ordenamento jurídico, sendo uma correia de interligação entre todas as normas do ordenamento (BONAVIDES, 2008, pág. 561).

Deste modo, os direitos fundamentais são dotados de inúmeras atribuições, resultantes desta construção histórica apresentada, e da afirmação dos direitos ao longo do Estado de Direito, ou do Estado Liberal (FERNANDES, 2017, pág. 330) como posteriormente com o advento do Estado Social (*welfare state*).

Outra teoria clássica, precursora dos direitos fundamentais e suas funções, é a teoria dos quatro *status* de Georg Jellinek. Os *status* são posições do sujeito frente ao Estado, considerando que todo membro da sociedade a ele está vinculado e é dotado de capacidade e personalidade jurídica.

Sendo assim, Jellinek explicita o *status passivo* (*Subjectiones*) que determina um conjunto de deveres do indivíduo frente ao Estado, estando o indivíduo subordinado aos poderes estatais, seja por meio de ordenações ou proibições; *status negativo* (*Libertatis*) que determina direitos do indivíduo de exigir uma atuação negativa do Estado para o exercício da autonomia privada ou existencial, pois, conforme Jellinek, citado por Jorge Miranda, a autoridade do Estado “é exercida sobre homens livres” (MIRANDA, 1990, pág. 84); *status positivo* (*civitatis*), determina um conjunto de direitos do indivíduo de exigir do Estado uma atuação positiva, prestacional para redução das desigualdades sociais; e o *status ativo* (*activus*) que determina um conjunto de direitos do indivíduo, de participar da vida política do Estado e da sociedade, um direito de participação nos rumos do Estado, participando como cidadão ativo na comunidade política, exercendo o direito ao voto.

Passando este processo, o indivíduo passa a exigir prestações do Estado, para reduzir

as desigualdades fáticas, participando ativamente na formação do poder e no processo político do Estado (MIRANDA, 1990, pág. 85).

A crítica a esta teoria reside no forte estatalismo que ela constrói, uma vez que, o Estado é apenas um dos atores, e os direitos gravitam em função do Estado e das posições do indivíduo frente ao mesmo (CANOTILHO, 2002, pág. 392).

Nessa perspectiva, a doutrina brasileira vem desenvolvendo conjunturas que explicitam os direitos fundamentais de forma moderna, e eficiente, sobrepondo uma dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, expondo que os direitos fundamentais, na verdade são, direitos de defesa, uma vez que, determinam um conjunto de direitos do indivíduo de exigir uma atuação negativa, ou seja, uma abstenção do Estado na autonomia privada, com a garantia de liberdade de expressão, liturgia e religião.

Sendo também, nesse sentido, direitos de prestação, onde o indivíduo pode exigir do Estado, uma atuação positiva, e, portanto, prestacional, a partir de normas jurídicas que exigem uma atuação positiva do Estado para a proteção de bens jurídicos, e prestações materiais, que são normas que exigem do Estado uma atuação positiva para reduzir desigualdades sociais.

Desenvolve-se os direitos de participação, onde corroboram os direitos do indivíduo, enraizados na forma participativa, ativa na vida política do Estado e da sociedade, como os direitos políticos.

Nessa perspectiva, os direitos fundamentais são direitos de participação: pois, são os direitos do indivíduo de participar de forma ativa da vida política do Estado e da sociedade, como os direitos políticos.

Autores como, o norte-americano Cass Sunstein faz críticas a este modelo, na medida que atualmente os direitos de defesa não são apenas direitos negativos, não existe uma separação estanque, rígida entre os direitos de prestação, não podemos simplesmente dizer “isso é direito de defesa, direito de abstenção do estado”, seria inadequado, na medida que os direitos de defesa não se resumem simplesmente em direitos de defesa, considerando que atualmente, os direitos de defesa também exigem um suporte econômico financeiro, sendo relevante a existência de recursos públicos para a sua efetivação, também exigindo uma atuação positiva do Estado, devido ao suporte financeiro (TAVARES, 2012, pág. 540), o Estado atua positivamente mesmo no direito de defesa, pois sem investimento na segurança pública, nada teremos de segurança na propriedade, por exemplo.

## 2.1 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Evidentemente que são profundamente conhecidas as características dos direitos fundamentais, como direitos relativos, imprescritíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, invioláveis, universais. Contudo, é oportuno verticalizar a construção dogmática por qual passaram, para então entender como a ubiquidade do direito constitucional surgiu em nosso ordenamento.

Para grande parte da doutrina, de viés axiológico, os direitos fundamentais se caracterizam pela relatividade, por serem relativos (limitados), pelos direitos fundamentais tão fundamentais quanto o próprio direito, a luz de uma análise sistêmica dos direitos fundamentais.

Destaca-se que, não podemos nos esconder sob o véu de um direito fundamental, para praticar atividade ilícitas (FERNANDES, 2017, p. 342). Nessa perspectiva, de acordo com o a premissa que mesmo a vida, pode ser relativizada, como em casos de guerra declarada, ou nas excludentes de ilicitude e até mesmo no aborto, existem apenas duas exceções a relatividade. Sendo, direitos absolutos considerados pela doutrina, como a proibição da tortura e o direito a não ser escravizado.

Uma vez relativos, não existe hierarquia entre eles, nenhum prevalece sobre o outro, a priori, concluindo, qualquer colisão ou tensão entre direitos fundamentais, deve ser resolvido a luz do caso concreto, a partir das circunstâncias fáticas e jurídicas que envolvam o caso, de tal modo que a aplicação de um direito fundamental, não implique, na exclusão do direito fundamental oposto, não aplicado na ocasião, em razão da Tese da Concordância Prática ou Harmonização (MENDES, 2008, pág. 107). Konrad Hesse, seguindo o pensamento de Friedrich Müller, afirma que a concordância prática não implica a ideia de ponderação de bens ou valores, como defende outros autores, como o próprio Alexy, considerando que uso da técnica confrontaria com a unidade da constituição (HESSE, 1998, pág. 66).

Deste modo, a técnica mais utilizada para resolver conflitos é a Técnica da Ponderação e do Sopesamento, portanto, não existe uma precedência absoluta de um direito sobre os outros direitos fundamentais, assim, as precedências são sempre condicionadas, e só se tornam definitivas, após a ponderação com a definição do caso.

São imprescritíveis, na medida que não desaparecem pelo decurso do tempo, sendo dotados de exigibilidade, com efeito, incorporando novos direitos, hipertrofiando a incidência dos direitos fundamentais nas relações humanas, e nunca eliminando os direitos já conquistados.

Inalienáveis, na medida que a dignidade da pessoa humana assegura esta condição.

Autores como Gilmar Mendes e Canotilho, sinalizam no sentido de admitir restrições a direitos fundamentais em detrimento de uma finalidade acolhida pela ordem constitucional.

As categorias clássicas da inalienabilidade e indisponibilidade não são categorias fechadas, existem exceções, onde determinados direitos fundamentais, em situações específicas (caso concreto), podem ser colocados em disponibilidade em nome de uma finalidade acolhida pela ordem constitucional. Como por exemplo a liberdade de manifestação, pode ceder em casos nos quais envolvam contratos de trabalho, estabelecendo cláusulas de confidencialidade para determinados casos.

A irrenunciabilidade dos direitos fundamentais, consubstanciam a regra de que não podem ser renunciados pelo seu titular, seja pela indisponibilidade, ou seja, pela fundamentalidade material dos direitos fundamentais na dignidade da pessoa humana (FERNANDES, 2017, pág. 344).

A inviolabilidade, determina que os direitos fundamentais não podem ser violados por atos do poder público, sob pena de nulidade. Quanto a irrenunciabilidade, há restrição não ao direito, mas sim ao exercício do direito em determinadas situações, como nos casos de reality shows, renúncia sujeita à constante reserva de revogação.

Por considerar toda a coletividade à sua titularidade, advém a característica da universalidade, não comportando discriminação de qualquer espécie (FERNANDES, 2017, pág. 344), universalidades, devem atender ao maior número de pessoas possíveis. Porém, nem todos os direitos fundamentais são dotados de universalidade, pois existem exceções, em situações específicas, como nos casos de direitos do trabalho e previdenciário, onde são exclusivos aos trabalhadores e contribuintes da previdência social.

Outra característica, é a efetividade, a partir de uma perspectiva liberal, por serem direitos fundamentais subjetivos de todos os indivíduos, devem ser efetivados, na mesma medida para todos.

Devendo ser reconhecido como um todo, e não isoladamente, decorrendo da interdependência, e complementariedade, como explicita Habermas, sendo os direitos fundamentais fruto de um processo histórico, no dizer do autor Gilmar Mendes “os direitos fundamentais passam por um profundo processo de evolução ao longo da história da humanidade, permitindo a introdução de novos remédios de acordo com o surgimento de novas ameaças”, sendo assim, os direitos fundamentais historicamente não agregam apenas novos direitos devido as novas querelas sociais, mas, sim pela mutabilidade e pela reinterpretção, redefinindo os direitos já existentes a novos contextos (paradigmas) ou novas realidades sociais (FERNANDES, 2017, pág. 345), evidentemente que o cenário jurídico

muda, as demandas sociais também mudam com o decorrer das décadas, mas alguns direitos não podem ser objeto de deliberação, ou de proposta de emenda tendente a abolir as garantias individuais. Garantias e direitos que denominamos de cláusulas pétreas.

No que refere-se a cláusulas pétreas, o parágrafo quarto do art. 60 da Constituição Federal explicita que os direitos e as garantias individuais não serão objetos de emenda tendentes a abolir. Este inciso demanda diversas interpretações, do que seriam os “direitos e garantias individuais”, quais seriam essas cláusulas pétreas (FERNANDES, 2017, pág. 345), a doutrina promove um amplo debate que é cindido em quatro correntes.

A corrente da interpretação literal expõe que as cláusulas pétreas são as designadas no art. 5º da Constituição Federal. Segundo a corrente da interpretação literal restrita são só os direitos fundamentais propriamente ditos, como o artigo 5º tem direito individuais e coletivos, deve-se considerar apenas os direitos individuais propriamente ditos. Diversamente, a corrente da interpretação extensiva defende que as cláusulas pétreas são todos os direitos fundamentais, já a quarta corrente, da interpretação extensiva sistemática defende que cláusulas pétreas são os direitos de primeira, segunda, e terceira dimensão, que dizem respeito ao mínimo existencial, tendo como base a dignidade da pessoa humana, ligando as cláusulas pétreas à dignidade da pessoa humana – abordando também, a partir de uma análise casuística, os direitos sociais e coletivos.

Quanto a aplicabilidade, nos termos do art. 5º parágrafo 1º, os direitos fundamentais são dotados de aplicação imediata – para doutrina existem pontos de divergência quanto a este dispositivo, vejamos: para Manoel Gonçalves Filho, os direitos fundamentais só têm aplicação imediata, se as normas que o definem são completas na sua hipótese e no seu dispositivo (FERREIRA FILHO, 2000, p. 58); para o Barroso e Eros Grau as normas de direitos fundamentais têm aplicação imediata, ainda que sejam normas programáticas, mesmo se não completadas em sua hipótese e no seu dispositivo elas são de aplicação imediata; para Gilmar Mendes e José Afonso da Silva, as normas de direitos fundamentais, determinam mandados de otimização, elas impõem aos órgãos públicos a obrigação de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, gerando uma presunção em favor da aplicabilidade imediata. Essa corrente afirma que em determinadas situações não há como dispensar a atuação do legislador e do administrador para a concretização de direitos fundamentais, como por exemplo os direitos sociais.

Na busca pela concretização dos direitos fundamentais, a interligação do Direito Constitucional, com as demais áreas do direito, torna-se fundamental para a construção de uma sociedade solidamente justa.

Nessa perspectiva, a tendência de constitucionalização irradia-se sobre o Direito Empresarial.

As bases do Direito Empresarial, Direito Civil, Direito Tributário, Direito do Trabalho entre outros, quando coligadas ao disposto na Constituição da República, tendem a unificar uma única ordem, a de promoção aos direitos e garantias constitucionalmente previstos.

Essa expansão constitucional denomina-se ubiquidade constitucional, permitindo-se por exemplo, que o Direito Tributário Constitucional promova a completa adequação das garantias e direitos com o Código Tributário Nacional.

### 2.3 LIMITAÇÃO E VINCULAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dentro do sistema de direitos fundamentais, e deveres fundamentais, esses deveres são voltados para o próprio Estado, mas também aos indivíduos, pessoas jurídicas, coletividades e associações. Surge então, a indagação, os direitos fundamentais podem ser limitados ou restringidos por normas infraconstitucionais? Os direitos fundamentais podem ser restringidos por outras normas?

Para responder os questionamentos, imprescindível destacar a Teoria dos Limites dos Limites, a partir da perspectiva interna, de que para qualquer limite a um direito, está dentro dele, portanto, os limites a um direito fundamental são imanentes (inerentes a ele), sendo que qualquer limitação à igualdade está dentro da própria igualdade, não há restrição exterior – essa teoria responde as duas indagações de forma negativa.

Ao passo que para a teoria externa, há dois direitos. E externo ao direito existe a possibilidade de restrições por outros direitos. Sendo essa a doutrina majoritária, a partir de uma análise sistemática, onde é possível que as normas infraconstitucionais e outros direitos fundamentais restrinjam os direitos fundamentais.

Evidentemente que, para um direito fundamental, previsto na constituição, ser limitado por uma norma ordinária infraconstitucional, essa limitação venha para desenvolver o direito ou outros direitos, surja para potencializar o direito.

O parâmetro para tal aferição será a proporcionalidade (SILVA, 2009, pág. 128), nesse sentido devemos observar o princípio da proporcionalidade, enquanto princípio da proibição do excesso, e enquanto o princípio da proteção insuficiente, uma vez que, o poder público não irá admitir excessos, a saída é a proposição da Teoria dos Limites dos Limites.

Para tanto, como requisito formal, as limitações devem ser estabelecidas por normas e órgãos de competência e legitimidade conferida pela Constituição, e como requisito material,

a limitação só será válida se respeitar o núcleo essencial dos direitos fundamentais à luz da dignidade da pessoa humana; as limitações devem ser explícitas (precisas), sendo vedadas cláusulas subreptícias ou implícitas (CANOTILHO, 2002, pág. 454), em razão da segurança jurídica.

Ainda como requisito material, denotamos que, as limitações devem ser de cunho geral e abstrato, visando atingir o maior número de situações e indivíduos, pois são vedadas as limitações casuísticas que geram discriminações arbitrárias, em razão do princípio da igualdade; bem como devem respeitar o princípio da proporcionalidade, no que tange a adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, sem olvidar a não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais, onde determinadas normas não podem retroceder, exceto se forem desenvolvidas prestações alternativas para compensar as perdas (QUEIROZ, 2006, pág. 54), em um sentido negativo da proibição do retrocesso.

A vinculação dos direitos fundamentais frente ao poder público, decorre que qualquer interpretação e aplicação de normas constitucionais ou infraconstitucionais devem seguir o vetor hermenêutico da máxima efetividade dos direitos fundamentais. Qualquer tribunal deve buscar a máxima efetividade dos direitos fundamentais, sendo uma diretriz ao poder judiciário, um postulado hermenêutico ao magistrado.

Frente a vinculação dos direitos fundamentais ao poder executivo, o administrador deve implementar políticas públicas que envolvam os direitos fundamentais, assim como, o poder legislativo, através de seus operadores deve produzir leis que concretizem os direitos fundamentais, com o fim de evitar o retrocesso dos direitos fundamentais.

Alguns doutrinadores estrangeiros, realizam uma diferenciação do modelo apresentado pela nossa doutrina, nos termos eficácia vertical, horizontal e eficácia diagonal, que é a aplicação dos direitos fundamentais entre particulares que estão em uma relação não isonômica, de desequilíbrio, embora não utilizada em nosso ordenamento.

Parte da doutrina, defende que os direitos fundamentais constitucionais, não devem ser aplicados de forma direta, mas sim mediante a intermediação da legislação infraconstitucional, e, portanto, do legislador ordinário - denominada a teoria da eficácia indireta ou mediata. Em Portugal, fala-se na sindicabilidade do legislador e da legislação infraconstitucional, para não comprometer a autonomia privada, se não, poderiam ser dados poderes excessivos ao juiz.

Em contraponto, defende-se que os direitos fundamentais constitucionais podem ser aplicados diretamente nas questões entre particulares. Os vetores hermenêuticos para aplicar a teoria da eficácia direta ou imediata são: a ideia da força normativa da constituição e na

máxima efetividade dos direitos fundamentais.

A teoria da eficácia direta ou imediata, responde o primeiro questionamento, dizendo que não existe perigo a autonomia privada, e ao contrário, ela a reforça, sob o fundamento de que, na autonomia privada, como qualquer direito fundamental não é absoluto, sendo que esta teoria não pretende dissolver o direito privado, uma vez que, em determinados casos, a autonomia privada cede para outros direitos fundamentais, o direito privado continua vivo, mas não acima da constituição, devendo-se manter as bases adequadas do ordenamento jurídico.

A primeira teoria adotada na Alemanha e a segunda adotada em Portugal, e ainda, existem teorias complementares, dizendo que as duas anteriores são insatisfatórias, a chamada Teoria dos Três Níveis de Robert Alexy (GORZONI, 2009, p. 277).

Tratando dos deveres do Estado, deveres frente ao Estado e a relação entre sujeitos privados. Devendo aplicar a legislação infraconstitucional com base na constituição, com os deveres de proteção que explicitam direitos frente ao Estado, nessas circunstâncias, deve-se aplicar a eficácia direta para resolver a questão entre particulares.

Destaca-se que o Supremo Tribunal Federal não aventou nenhuma teoria expressamente, porém vem aplicando os direitos fundamentais nas relações privadas.

Onde chega-se a presente digressão: Existe um outro modo de trabalhar a realização dos direitos fundamentais que vão além da concepção clássica de normas programáticas?

A tese dos direitos sociais como direitos não subjetivos, vai afirmar que os direitos sociais não são dotados de uma dimensão subjetiva e por isso, não ensejam exigibilidade por seus titulares de prestações positivas pelo poder público.

Porém, essa tese defende a possibilidade de um controle judicial, que envolveria um exame, uma análise de razoabilidade das eventuais políticas públicas, que seriam implementadas pelo poder público, portanto, embora os indivíduos não sejam titulares de forma subjetiva (enquanto sujeitos) dos direitos sociais, teríamos um controle sobre a atuação do estado no momento da realização desses direitos.

A tese dos direitos sociais como direitos subjetivos definitivos, entende que direitos sociais são subjetivos, sendo nós titulares deles, e o Estado deve implementá-los de forma incondicional (SILVA, 2005, pág. 30), concretizando assim de forma plena, todos os direitos sociais.

Porém peca pelo excesso, em virtude da escassez de recursos, pois não há como exigir, tendo em vista circunstâncias fáticas e jurídicas a aplicação pena e incondicionada de todos os direitos sociais.

A tese dos direitos sociais como direitos subjetivos *prima facie* (ALEXY, 1998, pág. 9), entende que os direitos sociais, em virtude de sua natureza principiológica, devem ser entendidos, como direitos subjetivos. Portanto, *prima facie* e não definitivos, de forma prévia e incondicionada.

A aplicação de um direito social, se sujeita a um processo de ponderação (sopesamento) à luz de um caso concreto, tendo como base o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios, portanto, os direitos sociais serão aplicados, a partir de um processo de ponderação que envolve outros direitos, tão fundamentais quanto eles, e o caso concreto, mediante ponderação seria um instrumento para a decisão, sob qual direito ser aplicado.

Portanto, são circunstâncias fáticas e jurídicas que vão definir se o direito social *prima facie* se tornará um direito definitivo.

Parte-se então para as dimensões da dignidade da pessoa humana, em um consenso sobreposto, para John Rawls, todos a defendem, e são a favor, cada um à sua maneira. Para tanto, utiliza-se quatro vetores de verificação.

O primeiro vetor: prevê uma não instrumentalização, não coisificação, que vem de Kant, uma vez que o ser humano é fim em si mesmo, e nunca um objeto para alcançar um fim.

O segundo vetor é a autonomia existencial, que indica que cada indivíduo deve ter a autonomia e, portanto, a liberdade para exercer, os mais variados projetos de vida, exceto se o exercício dessa autonomia envolver a prática de atividades ilícitas ou que vão ferir outros direito e garantias fundamentais.

O terceiro vetor refere-se ao direito ao mínimo existencial, direito a condições materiais básicas para a vida, primeiro ter saúde para depois ter condições boas de trabalho.

O quarto vetor refere-se ao direito ao reconhecimento, indica o olhar que as pessoas lançam sobre as outras pessoas.

O Supremo Tribunal Federal apresenta três vetores, indicando o valor intrínseco que seria o mesmo da instrumentalização, sendo o ser humano um fim em si mesmo; o valor da autonomia, correspondente a autonomia existencial de John Rawls; e o valor comunitário, o que o diferencia da doutrina, é aquele que indica a interferência do Estado e da sociedade (comunidade) na determinação dos limites, da autonomia pessoal, esse valor analisa o indivíduo e suas escolhas, a partir de sua inserção na comunidade. Nesse caso, a decisão entende, que o estrangeiro residente no país, por estar inserido na comunidade, participa do esforço mútuo e da construção de um propósito comum do país.

A partir desta nova hermenêutica constitucional, a constituição vem para o centro do

ordenamento, surgindo um movimento de constitucionalização de todo o direito, surgindo o Direito Civil Constitucional, Direito Tributário Constitucional – com a invasão das normas constitucionais, resultando em uma ubiquidade constitucional, resultante de um processo histórico chamado neoconstitucionalismo.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluimos que a ubiquidade constitucional resulta de um movimento do pós-segunda guerra, que teve como objetivo desenvolver um novo modo de compreender, interpretar e aplicar o direito constitucional e as constituições.

Teve como marco-teórico o período pós-guerra e marco-filosófico o pós-positivismo, que é um fenômeno que visa superar a dicotomia positivismo e jusnaturalismo, quer ir além da legalidade estrita, porém, não desconsidera o direito posto, com uma aproximação do direito, com a ética, moral e da justiça. Resultando então, em um conjunto de teorias que dizem respeito a força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional – a chamada nova hermenêutica constitucional, e a constituição assume um papel central, vindo para o centro do ordenamento.

Surgindo um movimento de constitucionalização de todo direito, como Direito Civil Constitucional, com a invasão das normas constitucionais, a ubiquidade constitucional. Surge a filtragem constitucional, indicando que qualquer norma jurídica só terá sentido, se passar para o filtro da constituição.

Com a busca da concretização dos direitos fundamentais, tendo como base a dignidade da pessoa humana, há judicialização da política com o judiciário e das relações sociais, passando a atuar com discricionariedade.

Inaugura-se novas teorias da norma jurídica, com o reconhecimento da força normativa dos princípios, que passam a ser tão normas, quanto as regras; e as novas teorias de fonte do direito, tendo um deslocamento de poder do legislativo e do executivo para o judiciário, que passa a participar, de forma mais efetiva da criação do direito, culminando em uma expansão da jurisdição constitucional e dos tribunais constitucionais, com novas teorias da interpretação, com novos métodos de interpretação que vão além dos métodos clássicos.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Derecho y Razón Prática**. 2 ed. México. Fontamara, 1998.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do Direito**. São Paulo: Editora Martins / Martins Fontes.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola (org.). **Dicionário de política**. Brasília: Editora UnB, 2 volumes.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 14ª edição, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. **A quinta geração de direitos fundamentais**. Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça, 2008. <https://doi.org/10.30899/dfj.v2i3.534>.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado de. **Colisão de Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 2009.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 4ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.
- FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais**. Limites e restrições, 2007.
- GORZONI, Paula. **Entre o princípio e a regra: teoria dos direitos fundamentais**. Novos estud. - CEBRAP [online]. 2009, n.85 [cited 2020-03-31], pp. 273-279. Available from:[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S01013002009000300013](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S01013002009000300013). ISSN 0101-3300. <https://doi.org/10.1590/S0101-33002009000300013>.
- HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez: sobre el derecho y e/ Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trona. 1998.
- HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes.
- KNOPFHOLZ, Alexandre. **As dimensões do processo: análise à luz dos direitos fundamentais**. Revista Juridica, [S.l.], v. 26, n. 10, p. 9-35, jun. 2011. ISSN 2316-753X. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/168/143>>. Acesso em: 21 abr. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v26i10.168>.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do Direito: conceito, objeto, método**. Rio de Janeiro: Editora Renovar.

- MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Editora RT.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo li e IV. Ed. Coimbra, 1990.
- QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- RAWLS, John. **Liberalismo político**. Trad. Sergio René Madero Báez. México: Fondo de Cultura Econômica, 1996. (Política y Derecho)].