

Mônia Clarissa Hennig Leal  
Rosana Helena Maas  
Stephan Kirste

# Direitos (Fundamentais) Sociais e sua Justiciabilidade

Brasil



Alemanha



Áustria



FAPERGS

Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul



EDITORA ÍTHALA

## CONSELHO EDITORIAL

**Alexandre Godoy Dotta** – Doutor e mestre em Educação. Especialista em Administração, Metodologia do Ensino Superior e em Metodologia do Conhecimento e do Trabalho Científico. Licenciado em Sociologia e Pedagogia. Bacharel em Tecnologia.

**Ana Claudia Santano** – Pós-doutora em Direito Público Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutora e mestre em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad de Salamanca, Espanha.

**Daniel Wunder Hachem** – Professor de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade Federal do Paraná e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutor e mestre em Direito do Estado pela UFPR. Coordenador Executivo da Rede Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo.

**Emerson Gabardo** – Professor Titular de Direito Administrativo da PUC-PR. Professor Associado de Direito Administrativo da UFPR. Doutor em Direito do Estado pela UFPR com Pós-doutorado pela Fordham University School of Law e pela University of California - UCI (EUA).

**Fernando Gama de Miranda Netto** – Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro. Professor Adjunto de Direito Processual da Universidade

Federal Fluminense e membro do corpo permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Sociologia e Direito da mesma universidade.

**Ligia Maria Silva Melo de Casimiro** – Doutora em Direito Econômico e Social pela PUC-PR. Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP. Professora de Direito Administrativo da UFC-CE. Presidente do Instituto Cearense de Direito Administrativo - ICDA. Diretora do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo - IBDA e coordenadora Regional do IBDU.

**Luiz Fernando Casagrande Pereira** – Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Coordenador da pós-graduação em Direito Eleitoral da Universidade Positivo. Autor de livros e artigos de processo civil e direito eleitoral.

**Rafael Santos de Oliveira** – Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre e graduação em Direito pela UFSM. Professor na graduação e na pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Coordenador do Curso de Direito e editor da Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global e da Revista Eletrônica do Curso de Direito da mesma universidade.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Bibliotecária: Maria Isabel Schiavon Kinasz, CRB9 / 626

---

L435 Leal, Mônia Clarissa Hennig  
Direitos (fundamentais) sociais e sua justiciabilidade: Brasil, Alemanha e Áustria / Mônia Clarissa Hennig Leal, Rosana Helena Maas, Stephan Kirste - Curitiba: Íthala, 2021.

105p.; 22,5cm

ISBN: 978-65-5765-087-5 [Recurso digital]

1. Direitos fundamentais. 2. Direitos sociais. I. Maas, Rosana Helena. II. Kirste, Stephan. III. Título

CDD 340.1 (22.ed)

CDU 340

---

Editora Íthala Ltda.  
Rua Pedro Nolasko Pizzatto, 70  
Bairro Mercês  
80.710-130 – Curitiba – PR  
Fone: +55 (41) 3093-5252  
+55 (41) 3093-5257  
<http://www.ithala.com.br>  
E-mail: [editora@ithala.com.br](mailto:editora@ithala.com.br)

Coordenação editorial: Eliane Peçanha  
Capa: Duílio Scrok  
Diagramação: Sônia Maria Borba

**abdr**  
ASSOCIAÇÃO  
BRASILEIRA  
DE DIREITOS  
REPRODUTIVOS  
Respeite o direito autoral

Informamos que é de inteira responsabilidade dos autores a emissão de conceitos publicados na obra. Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Íthala. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei nº 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

**Mônia Clarissa Hennig Leal  
Rosana Helena Maas  
Stephan Kirste**

# **Direitos (Fundamentais) Sociais e sua Justiciabilidade**

**BRASIL, ALEMANHA E ÁUSTRIA**

**Apoio:**



**FAPERGS**

Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul



**EDITORA ÍTHALA  
CURITIBA – 2021**



## Prefácio

Por um gentil convite, cabe-me a honra (e a responsabilidade) de apresentar a presente obra, que trata dos direitos sociais fundamentais e sua justiciabilidade no direito brasileiro, em estudo comparativo de como tais direitos são (ou não) assegurados na legislação alemã e austríaca.

Não vou ater-me ao conteúdo de que trata a obra, embora recomende, com entusiasmo, sua leitura, em face da relevância do tema, ainda mais nesta época em que vivenciamos uma política mais preocupada em mitigar os direitos sociais fundamentais do que garantir seu cumprimento.

Limito-me, então, a algumas considerações em relação ao contexto que propiciou a realização dos estudos que resultaram em tão interessante (e importante) trabalho.

Se, por um lado, se deve enaltecer a relevância dos programas de pós-graduação e pesquisa que a Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC mantém, à qual as autoras Mônia e Rosana estão vinculadas como docentes e que propiciam a realização de estudos como o que resultou na obra aqui apresentada, não se pode perder de vista a iniciativa e a proatividade das pesquisadoras no sentido de acessar fontes públicas de recursos externos e, ainda, de engajamento pessoal na incessante busca de novos conhecimentos.

E asseguro, por atuar há décadas na UNISC e por conhecer de há muito tempo as pesquisadoras, que não lhes faço nenhum favor em reconhecer-lhes a dedicação e a capacidade com que vêm trilhando sua atividade profissional como docentes e pesquisadoras. Ambas não aceitam não serem as melhores no que fazem, o que afixo pela convivência com elas: a Mônia, minha aluna na educação básica e na graduação, além de colega no Mestrado, e a Rosana, aluna na graduação e, depois, colega na docência e no exercício da advocacia.

E o que não pode ser omitido: as autoras mantêm – por iniciativa e mérito próprios – uma extensa atividade de estudos com pesquisadores de instituições europeias. A Mônia, por intermédio do Programa de Pós-graduação – Mestrado e Doutorado da UNISC, em cuja coordenação se encontra atualmente, e a Rosana, por vontade de se aprimorar, o que resultou em pesquisa orientada por Stephan Kirste, coautor desta obra.

Assim, só me resta, (re)recomendar a leitura e que sirva de inspiração para que os direitos sociais fundamentais, no plano de garantias constitucionais, sejam assegurados nos casos concretos, com cada vez menos necessidade de judicialização.

Santa Cruz do Sul, 14 de outubro de 2021.

**Eltor Breunig,**

Subchefe do Departamento de  
Ciências Jurídicas da UNISC.

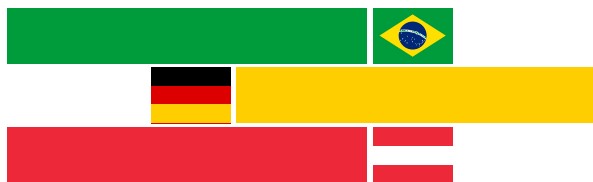


## Sumário

1	Introdução.....	8
2	A Evolução Histórica das Constituições Brasileiras e a Proteção dos Direitos Sociais.....	11
2.1	A evolução da Constituição e suas características: do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito.....	11
2.2	Evolução histórica do constitucionalismo no Brasil e dos direitos sociais.....	15
2.2.1	A Constituição imperial de 1824.....	15
2.2.2	A Constituição republicana de 1891.....	23
2.2.3	A Constituição de 1934.....	27
2.2.4	A Constituição de 1937.....	30
2.2.5	A Constituição de 1946.....	33
2.2.6	A Constituição de 1967/69.....	35
2.2.7	A Constituição de 1988.....	38
3	A Justiciabilidade dos Direitos (Fundamentais) Sociais: Brasil, Alemanha e Áustria.....	42
3.1	A garantia dos direitos sociais como direitos fundamentais.....	43
3.1.1	Uma questão terminológica.....	43

3.1.2 Direitos a prestações positivas: direitos de defesa e direitos de prestação .....	47
3.1.3 Previsão Constitucional.....	50
3.1.3.1 Brasil.....	51
3.1.3.2 Alemanha.....	56
3.1.3.3 Áustria.....	64
3.2 Algumas das problemáticas dos direitos fundamentais sociais: previsão constitucional, disponibilidade do objeto econômico e justiciabilidade .....	71
3.3 Os direitos fundamentais sociais são compreendidos como direitos subjetivos (individuais) e/ou apenas na ordem de direito objetivo? Uma análise de sua justiciabilidade .....	77
4 Conclusão.....	93
Referências .....	96

# 1



## Introdução

Em face de contextos históricos, de realidades sociais e de posições geográficas distintas, investigam-se os direitos sociais, principalmente quanto ao seu caráter fundamental, proteção e garantia, que apresentam diferentes interrogações, no entanto, com semelhantes problemáticas e preocupações quanto à sua concretização.

Alerta-se que o objetivo deste ensaio não é estabelecer uma comparação dos aspectos econômicos dos países investigados e da realização dos direitos sociais, embora o econômico e o social sempre estejam conectados. Debruça-se, antes, sobre uma perspectiva teórica e aprimorada sobre o assunto, numa dimensão de universalidade que o estudo sobre os direitos sociais, na ordem de direitos fundamentais, possa alcançar.

Portanto, até certo ponto, é independente da realidade fática de aplicabilidade dos direitos sociais, ainda que ela, de alguma maneira, possa ter certa incidência na conformação da própria teoria. Em complemento: apresenta-se uma visão do aporte que essa pesquisa sobre os direitos (fundamentais) sociais possa obter para a sua proteção e garantia, em vista das similitudes ou distinções em seu conteúdo e estrutura.



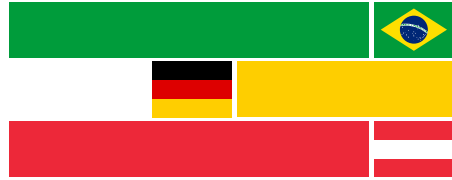
Nessa perspectiva, num primeiro momento, apresenta-se a evolução das Constituições, como cenário para o desenvolvimento e incorporação dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais, partindo do Estado Liberal ao Democrático de Direito. Após delineados esses contornos teóricos gerais acerca do constitucionalismo, apresenta-se a evolução histórica das Constituições em solo brasileiro, apontando-se o seu desenvolvimento e características, de forma estruturada, com ajuda de quadros esquemáticos, com vistas a demonstrar-se como se deu o processo de consolidação dos direitos sociais no país, até se chegar à sua conformação no texto da Constituição de 1988, que serve de base, desde a perspectiva nacional, para a pesquisa proposta neste estudo.

À luz disso, prossegue-se na análise com o fim de investigar se os direitos sociais são direitos fundamentais, previstos nas ordens constitucionais do Brasil, da Alemanha e da Áustria. Com o fim de cumprir tal tarefa, verificam-se, inicialmente, aspectos próprios dos direitos sociais, como a sua terminologia, enquanto prestações positivas, o que dá espaço à distinção entre direitos de defesa e de prestação, para, em seguida, perscrutar-se se há previsão desses direitos nas Constituições e Leis Fundamentais abarcadas, justamente, para averiguar sua forma de proteção, o que leva, então, a se discutir sobre algumas das problemáticas comuns aos direitos fundamentais sociais, elencando-se três principais: a previsão constitucional, a disponibilidade do objeto econômico e a justiciabilidade. Após, estabelecidas essas premissas, examina-se como ocorre a proteção desses direitos, na ordem de direitos subjetivos (individuais) e/ou de direito objetivo, contexto em que a apreciação doutrinária e jurisprudencial recebe importância.

A pesquisa segue pelo rumo da doutrina, jurisprudência e legislação dos países em destaque, mediante o emprego do método dedutivo e do procedimento analítico. Pretende-se, assim, contribuir para uma melhor compreensão dos direitos (fundamentais) sociais e visualização de aspectos teóricos controvertidos relacionados ao tema, para que, a partir dessa pesquisa, possa avançar-se na compreensão, efetivação e garantia desses direitos.

Por fim, destaca-se que esta obra é resultante das atividades do projeto de pesquisa “A judicialização da saúde e sua incidência na proteção de grupos em situação de vulnerabilidade: análise dos aspectos relacionados à vulnerabilidade na garantia do direito social à saúde nas decisões do STF e da Corte IDH”, financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul - FAPERGS (Auxílio Recém-Doutor – ARD – Edital 10/2020 – Termo de Outorga 21/2551-0000637-4).

# 2



## **A Evolução Histórica das Constituições Brasileiras e a Proteção dos Direitos Sociais**

Neste momento, alguns aspectos da evolução da Constituição do Estado Liberal ao Democrático de Direito serão abordados, destacando-se suas principais características e interligações. Com isso, abre-se o caminho para analisar a evolução do constitucionalismo no direito pátrio, apresentando um breve histórico, bem como suas características e confrontações, ao iniciar em sua primeira Carta Política, a Constituição Imperial de 1824, até chegar à atual Constituição de 1988, lançando-se mão de quadros esquemáticos, com o fim de sistematizar e aprimorar o estudo e de demonstrar como se deu o processo de consolidação dos direitos sociais no país.

### **2.1 A evolução da Constituição e suas características: do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito<sup>1</sup>**

Inicia-se a análise evolutiva da Constituição a partir do Estado Liberal, pois, apesar de haver alguns precedentes e variantes históricas

---

<sup>1</sup> Para maiores e detalhadas informações acerca do tema, remetemos à leitura do primeiro capítulo da obra de Leal, M.C.H. (2003): “A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira”.

anteriores, acredita-se que a Constituição, em sua concepção atual, nasce com a concepção de Estado de Direito e de limitação do poder, mais precisamente com a Revolução Francesa de 1789 (até porque muitos de seus conteúdos permanecem presentes nas Constituições até os dias atuais) (HÄBERLE, 1998).

Esta Constituição tem sua base, por sua vez, na ideia do contrato social que, partindo de uma concepção antropocêntrica (em oposição ao teocentrismo vigente na Idade Média), coloca o Estado como sendo criado por um pacto firmado entre homens livres e iguais, anteriores a ele (MATTEUCCI, 1998).

O Estado está, portanto, a serviço do homem, e não o contrário, o que permite que se lhe imponham limites. Daí a máxima de que “ao indivíduo é permitido tudo aquilo que não é proibido”, ao passo que, para o Estado, “é proibido tudo aquilo que não é permitido”, e a ideia da separação dos poderes (BÖCKENFÖRDE, 1998).

Nesse contexto, o melhor instrumento para assegurar tais prerrogativas é a lei, especialmente a lei constitucional (LEAL, R.G., 2000), que se reveste das características de generalidade e de neutralidade para assegurar a manutenção da igualdade natural que existe entre os homens, por meio de um exacerbado formalismo.

A Constituição consiste, portanto, neste sentido, mais em um instrumento de manutenção da ordem estabelecida, de manutenção das conquistas obtidas com a revolução, do que em um instrumento de transformação social. Trata-se, pois, de uma “imparcialidade parcial” (SCHMITT, 2003).

Este falso absentéismo imposto à figura do Estado gera, por sua vez, uma extrema desigualdade social, alavancando, no começo do século XX, fortes movimentos sociais, que vão resultar em um novo modelo estatal, denominado de Estado Social.

Cria-se um novo conceito para o princípio da igualdade, que passa a ser concebido não mais em seu aspecto formal, mas sim em seu aspecto material (ou seja, pretende-se não mais a igualdade perante a lei, mas sim por intermédio dela). Não se trata, assim, de uma renúncia

ao Estado de Direito, mas de uma adaptação de seu conteúdo no sentido econômico e social (MORAIS, 1996).

Diante de tal quadro, o Estado não pode mais ser tido como mero espectador, cabendo-lhe intervir diretamente nas questões sociais como promotor de bens e de serviços, assegurando-os a uma parcela mais abrangente da sociedade (PINTO, 1994). Tem-se, pois, a ideia de que devem ser tratadas desigualmente situações desiguais.

Na esteira dessa evolução, constitucionalizam-se direitos econômicos sociais e culturais, tendo como meta a correção ou transformação da ordem social e econômica vigente no sentido de consecução de uma real igualdade, de modo que também à Constituição passa a ser atribuída uma nova função, mais dirigente, na configuração de ser um programa de ação para governados e governo (GARCÍA-PELAYO, 1996).

Trata-se, contudo, de uma “revolução prometida”, de uma utopia concreta cuja realização depende da ação política. Com o tempo, no entanto, a essas *norme di scopo* (LAVAGNA, 1977) foi atribuída plena eficácia, conferindo aos princípios constitucionais valor igual ou superior ao das demais regras, dando origem ao Estado Democrático de Direito. Prevalece a ideia de que a sociedade deve participar ativamente da formação da vontade geral do Estado, sendo que a função estatal não está mais vinculada só ao aspecto da legalidade, mas também da legitimidade (CANOTILHO, 1994).

Este elemento democrático se reflete, por sua vez, também no conceito de Constituição, que passa a ser tida como a expressão máxima dos valores eleitos pela comunidade que a adota (HESSE, 1998).

A Constituição é, nesta perspectiva, um produto cultural, cuja abertura vai assegurar sua evolução em meio a uma sociedade extremamente plural e complexa (HÄBERLE, 1997).

Para deixar melhor evidenciadas as características de cada Constituição na perspectiva da evolução do Estado de Direito, apresentam-se os seguintes quadros esquemáticos:

### Constituição Liberal

- A Constituição está associada à noção de Estado de Direito.
- Surgimento da noção tradicional (moderna) de Constituição (organização e limitação do poder).
- Universalização da ideia de Constituição.
- As primeiras constituições da Idade Moderna surgem ainda no Absolutismo, como resultado da pressão de alguns grupos (mas eram outorgadas).
- Com a Revolução Francesa, no entanto, a burguesia assume o poder.
- Tentativa de segurança jurídica (codificação; lei racional; igualdade formal).
- Os direitos naturais – fundamento da Revolução – passam a ser positivados (passam a ser direito positivo).
- Possibilidade de ser acionados, funcionando como barreiras de proteção contra o Estado – direitos de defesa (direito subjetivo).
- Necessidade de uma lei que vincule o Estado no respeito e na obediência a esses direitos fundamentais (noção de oposição entre Estado e Sociedade – o Estado é uma ameaça).
- Assim, é preciso que se crie uma lei superior (capaz de vincular o Estado e limitá-lo, de forma a garantir as liberdades individuais – ao indivíduo é permitido fazer tudo aquilo que a lei não proíbe) e os limites de atuação e a organização pormenorizada do Estado – aí incluída a separação dos Poderes – segundo o entendimento de que ao Estado é permitido fazer somente aquilo que a lei autoriza (tentativa de ruptura com o modelo absolutista).
- A subordinação do Estado à lei (noção de “soberania da lei”) está associada à ideia de que o homem é anterior a ele (contrato social).
- A Constituição tem um caráter eminentemente jurídico (os seus conteúdos têm estrito valor jurídico e devem ser rigorosamente observados).
- Destaque para o fato de ser escrita (reforça a segurança jurídica), seguindo a tendência própria do racionalismo (em oposição às leis fundamentais consuetudinárias, próprias e características da Idade Média).
- À codificação do direito privado segue-se a codificação constitucional.

### Constituição Social

- Manutenção das características e conteúdos da Constituição Liberal (escrita, rígida, direitos individuais).
- Movimentos operários e revolução bolchevique.
- Incorporação de uma noção de igualdade material (direitos sociais).
- Ideia de que a igualdade material é um objetivo a ser alcançado a longo prazo, não possuindo suas disposições valor jurídico imediato (normas programáticas).

### Constituição Democrática

- Ampliação do rol de direitos; incorporação de novas dimensões, como direitos transindividuais.
- Caráter principiológico, demandando constante interpretação.
- Centralidade da noção de dignidade humana em sentido amplo.
- Previsão de inúmeros instrumentos de garantia e de realização dos direitos fundamentais (ações constitucionais) e fortalecimento do controle de constitucionalidade.
- Reconhecimento da pluralidade e da heterogeneidade que caracterizam a sociedade, com especial proteção das minorias.
- Democracia em sentido amplo; participação da sociedade em diversas instâncias e esferas, e não apenas por meio do voto.
- Aproximação entre Estado e sociedade.

### Quadro Esquemático:

**Estado Absolutista** → Constituição outorgada.

**Estado Liberal** → Constituição jurídica (garantia dos interesses da burguesia); caráter legalista e formalista e limitação dos poderes do Estado.

**Estado Social** → Constituição política (normas programáticas); ausência de eficácia jurídica.

**Estado Democrático de Direito** → Constituição política e jurídica (assume uma feição política, porém suas normas são dotadas de plena normatividade); incorporação de valores.

## 2.2 Evolução histórica do constitucionalismo no Brasil e dos direitos sociais

### 2.2.1 A Constituição Imperial de 1824

Quando o Brasil se tornou independente, em 1822, precisou estruturar-se enquanto país, isto é, ele necessitava criar uma organização e estrutura que lhe fossem próprias, com instituições, cargos e legislação. Para tanto, fez-se necessário, antes de mais nada, elaborar uma Constituição, documento jurídico próprio para o estabelecimento de todas estas novas realidades inauguradas com a autonomia em relação a Portugal.

Neste sentido, havia dois grandes exemplos históricos recentes de revoluções e rupturas bem-sucedidas que poderiam servir de inspiração

e de referência para esta reestruturação: o modelo norte-americano (republicano, dotado de um regime presidencialista e descentralizado, com base no sistema federativo) e o francês (unitário, monárquico, centralizado) (COSTA, 1994). Na América Latina, por sua vez, as novas nações adotaram, todas, a forma republicana. Dentro deste contexto, a questão que se punha era: qual desses exemplos deveria ser seguido pelo Brasil?

Apesar de ambos os modelos se prestarem para uma adoção pelo novo Estado e também apesar de o referencial norte-americano ser historicamente mais próximo ao Brasil (dimensões territoriais, independência com relação à metrópole), alguns fatores foram decisivos nesta opção em terras brasileiras.

Primeiramente, é preciso ressaltar que os Estados Unidos eram um país republicano e haviam introduzido na sua carta de direitos a figura do Estado laico, abolindo e proibindo, dessa maneira, a existência de religião oficial (HAMILTON, 1964). Isto, naturalmente, parecia inaceitável para o clero brasileiro, acostumado, desde séculos, ao patrocínio oficial do rei. Além disso, como o clero era uma parte importante da elite letrada, sua presença precisava ser também politicamente considerada. Desse modo, o modelo mais estável era o americano, mas lá não havia religião oficial, situação que o clero brasileiro não admitia.

Além disso, é importante lembrar que, ao contrário dos outros países latino-americanos, que aboliram a escravidão por ocasião de suas declarações de independência, o Brasil manteve essa forma de servidão, o que consistia em um grande embaraço à forma republicana, reforçando, desse modo, a tendência de opção pela adoção de um modelo menos liberal.<sup>2</sup>

Neste ponto de vista, o grande temor era o de que um sistema instável, fraco, fizesse deflagrar uma guerra civil, reforçando-se, dessa forma, ao final, a escolha pelo sistema monárquico, mais centralizador.

---

<sup>2</sup> O Brasil compartilhava com os EUA o grande problema dos negros escravos; a única diferença é que nos EUA os negros eram os únicos discriminados (pois a sociedade era igualitária); já no Brasil eles configuraram apenas mais uma dentre as classes de excluídos – daí a manutenção da escravidão não ser algo tão fora do comum (apesar de a Constituição de 1824 haver incorporado o conteúdo das Declarações de Direitos) (SOUZA, O.T., 1972).



Por outro lado, o Brasil não detinha vínculos históricos com o modelo unitário francês, que possuía, ainda, a dificuldade de adequar o seu poder centralizado a um país de dimensões continentais (NOVAIS; MOTA, 1996).

Diante de tal quadro, tem-se, em resumo, que o Brasil precisava criar um modelo original, próprio, sendo o que, de certa forma, veio a acontecer. Pode-se dizer, portanto, que o constitucionalismo deste período é contrário ao Antigo Regime, mas não é radical.

Desse modo, a Constituição calou sobre a questão dos escravos, mas garantiu aos “cidadãos passivos” os direitos civis (de propriedade, liberdade e segurança em suas vidas e bens), consagrando em seu texto a incorporação da declaração de direitos típica do direito liberal. De outro lado, a monarquia garantiu, ainda – mesmo que sem caráter hereditário – formas estamentais de divisão social, tais como a nobreza titulada, reforçando o seu caráter conservador (SEGURADO, 1973).

Como resultado da relação entre estes fatores, o Brasil imperial acabou por constituir-se na forma de um Estado unitário, sendo as províncias meras divisões administrativas do mesmo governo e do mesmo Estado. Embora tivessem os seus próprios Conselhos, elas dependiam dos atos da Assembleia Geral para terem suas deliberações transformadas em leis, ou da aprovação do Executivo (o Presidente da Província submetia o assunto ao Executivo imperial).

Ao contrário do que ocorria com as províncias, algum poder era dado, por sua vez, às Câmaras Municipais – forma estratégica de desconcentração administrativa adotada pelo governo central para viabilizar a administração e o controle em todo o território, já que as províncias não poderiam ser fortalecidas, pois representavam a essência do modelo republicano liberal (tanto isto é verdade, que foram as Câmaras Municipais que referendaram o projeto de Constituição apresentado por D. Pedro I, a fim de garantir, minimamente, a sua legitimidade, em substituição à Assembleia Constituinte dissolvida); além disso, cabia às Câmaras Municipais, ainda, nomear os juizes municipais e os juizes de paz, reforçando-se, assim, o seu poder (VIANNA, 1987).

Tem-se, por conseguinte, que o fato de não se adotar o federalismo faz com que as províncias tenham um papel muito reduzido (em oposição ao modelo republicano); como, no entanto, o poder não pode ser absolutamente centralizado (devido à imensidão do território), o elemento descentralizador acabou por situar-se, exatamente, nos Municípios.

Antes disso, contudo, D. Pedro I havia convocado, em 1822, logo após a proclamação da independência, o chamado *Conselho de Procuradores Gerais das Províncias*, encarregado de examinar e de propor os grandes projetos de reformas administrativas, bem como propor medidas e planos estruturais. É deste Conselho de Procuradores que sai, por sua vez, a proposta de convocação de uma Assembleia Constituinte, destinada a elaborar e pensar a nova Constituição do país.

A Constituinte foi, então, convocada, ainda em 1822, sendo feita uma eleição nas paróquias para a indicação dos representantes. Esta Assembleia Constituinte foi, no entanto, dissolvida pelo imperador em 1823, sob a alegação de estar tomando feições demasiadamente liberais. Diante desse quadro, foi elaborado, então, o projeto da Carta Constitucional de 1824, que veio a ser uma Constituição outorgada.

Esta Carta foi remetida, conforme já referido, a algumas Câmaras Municipais, para serem ouvidas sobre o projeto, visando esta manifestação a substituir a legitimação da Assembleia Constituinte propriamente dita.

Nesta oportunidade, foram feitas inúmeras objeções ao projeto, especialmente por parte de Frei Caneca, que tinha uma concepção contratualista de Constituição. As críticas (LOPES, 2000) mais comuns diziam respeito aos seguintes aspectos: a) falta clara de determinação do território (o que punha em risco a Independência, já que D. Pedro poderia facilmente reunir Portugal e o Brasil); além disso, apontava-se uma aparente contradição, pois o imperador jurava preservar a integridade do Brasil, mas poderia ceder ou trocar o território do império sem autorização da Assembleia Geral; b) caráter centralizador (retirada de autonomia das províncias, que não poderiam mais legislar sobre as-

suntos de seu interesse); c) existência de um senado vitalício (indicado pelo imperador) e câmaras (eleitas pelas províncias, de caráter eletivo), sujeita à dissolução, em virtude das competências atribuídas ao Poder Moderador.

No discurso de Frei Caneca já se encontram evidentes, portanto, os temas que atravessaram o debate jurídico e político do Império: poder moderador e centralismo, soberania popular e representação política.

Ao final, algumas Câmaras rejeitaram o projeto da Constituição, mas ele finalmente terminou por ser jurado pelo imperador em 1824, nascendo, assim, a primeira Constituição brasileira.

A Constituição aprovada previa a divisão de poderes nos moldes pensados por Montesquieu, com existência de Poder Executivo, Legislativo e Judiciário; não se tratava, todavia, de poderes autônomos e independentes entre si, de um sistema de *checks and balances* como originariamente proposto pelo pensador francês, constituindo-se, antes, em um modelo de organização política que se aproximava daquele proposto por Benjamim Constant, qual seja, o da repartição tetradimensional de poderes, com a adição de um poder moderador.

Neste contexto, ao Imperador cabia a titularidade do Poder Executivo (juntamente com uma comissão de ministros) e do já referido Poder Moderador, a quem competia manter a harmonia entre os poderes (com poderes reconhecidos de dissolução da Câmara, de nomeação dos integrantes vitalícios do Senado, bem como de direitos como o de adiamento e de convocação de eleições, de suspender e de nomear magistrados e de escolher livremente os ministros) (VASCONCELOS, 1978). Pode-se dizer, portanto, com base nas informações acima, que traduzem o esquema de centralização do poder verificado naquela época, que, ao contrário do que ocorre no sistema inglês, onde o Rei reina, mas não governa, no Brasil, o Imperador reinava, governava e administrava. Complementando esta estrutura, havia, ainda, o chamado Conselho de Estado, encarregado de aconselhar o Imperador.

O Poder Moderador (SOUZA, B.F.H., 1978) era, portanto, a chave de toda a organização política, sendo tido como um “quarto poder”

(apesar de ser superior aos demais), ao lado do Executivo, do Legislativo e do Judiciário; ele era tido, contudo, como um poder neutro, que se sobrepunha aos demais poderes no interesse da nação (para evitar abusos de maiorias eventuais, já que o Império adotou o sistema legislativo representativo). Este poder era, por sua vez, delegado privativamente ao Imperador, para que, incessantemente, velasse pela manutenção da independência, do equilíbrio e da harmonia dos demais poderes políticos. Ao desempenhar tal função, o Imperador é, pois, chefe supremo e representante da nação, e não de grupos particulares.

Neste sentido, pode-se dizer que, ao contrário da doutrina federalista norte-americana, em que cabia ao Judiciário o arbitramento de certas disputas, o sistema brasileiro delegou ao Imperador uma representação não-eleitoral dos interesses gerais da nação, sobrepondo-se às partes e aos partidos. Dessa maneira, o Poder Moderador não era tido como um poder absoluto, mas sim como um remédio aos impasses do partidarismo (decorrentes do sistema representativo), ou seja, ele era um poder que se sobrepunha aos interesses dos grupos, daí representar a NAÇÃO.

O seu fundamento residia no argumento de que, se os outros três poderes estivessem em acordo, poderiam abusar do poder (e, para coibir os abusos, fazia-se necessário o Poder Moderador); por outro lado, se eles estivessem em desacordo, então não haveria ação, haveria anarquia, fazendo-se necessário, então, um poder interventor, forte, como o Poder Moderador.

Apesar de serem titularizados pela mesma pessoa – no caso, o Imperador – contudo, o Poder Moderador não se confunde nem se identifica com a Chefia do Executivo, porque, ao exercer as prerrogativas do primeiro, a sua função é, exatamente, a de inspecionar e fiscalizar os demais, incluído aí o Executivo. Por isso, teoricamente, até mesmo o Imperador, enquanto chefe do Executivo, está sujeito ao Poder Moderador.

Ademais, a pessoa do Imperador era tida como inviolável e sagrada, não estando ela sujeita a responsabilidade alguma.

Já o Poder Legislativo era composto por duas câmaras, a dos deputados, eletiva e temporária, e a dos senadores, integrada por membros vitalícios nomeados pelo Imperador em lista tríplice elaborada pela província. A eleição para os cargos era indireta e censitária, isto é, o direito de voto e a extensão dos direitos políticos era determinada por uma série de requisitos (tais como ser homem, livre, católico, etc.), além de condicionada pela renda (PIMENTA BUENO, 1857).

Dependendo de sua condição (LOPES, 2000), a pessoa poderia exercer mais ou menos funções políticas. Assim, as assembleias paroquiais se reuniam para eleger o grupo que ficaria encarregado de eleger os deputados. A estrutura que se tinha, à época, portanto, era a seguinte: *assembleias paroquiais* → *votação dos representantes para a eleição dos deputados* → *eleição dos deputados*.

Assembleias paroquiais	Eleição dos Deputados	Deputados
<ul style="list-style-type: none"> <li>• homens livres;</li> <li>• maiores de 25 anos;</li> <li>• que não vivessem com os pais;</li> <li>• renda superior a cem mil réis.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• renda de duzentos mil réis;</li> <li>• não ser liberto (ser livre de nascimento);</li> <li>• não estar pronunciado criminalmente.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• renda de quatrocentos mil réis;</li> <li>• ser brasileiro nato (não podia ser naturalizado);</li> <li>• ser católico.</li> </ul>

Finalmente, traduzindo a inspiração das declarações de direitos característica da época, a Constituição previa – embora como disposições finais de seu texto – um capítulo destinado às garantias individuais e aos direitos políticos.

Administrativamente, o território era dividido em províncias, sendo o presidente da Província escolhido pelo Imperador, fato que confirma, por sua vez, a estratégia de ausência de autonomia às províncias.

Na *Reforma Constitucional* de 1834, decorrente da abdicação do Imperador D. Pedro I em 1831, gestada durante o período da Regência,

os liberais prepararam algumas mudanças, mas não foram capazes de extinguir o Poder Moderador (TRIPOLI, 1947).

Somente com o advento da República é que este poder foi abolido, sendo as suas funções, em parte, transferidas para o Judiciário, que passou a ter competência para arbitrar conflitos entre os poderes e para rever a constitucionalidade das leis, com base no modelo do *judicial review* do modelo norte-americano.

Pode-se dizer, por fim, que a longevidade do Poder Moderador se deveu, em parte, ao fato de que o modelo que inspirou os liberais brasileiros era o inglês, onde não havia a figura da revisão judicial; em virtude disso, acredita-se que nem mesmo os liberais tentaram transferir esse poder para o Judiciário durante o Império, resultando, daí, a sua longa permanência no sistema constitucional brasileiro (VIANNA, 1987), mesmo após as transformações políticas ocorridas após a abdição de Dom Pedro.

#### Características principais:

- Centralização total do Poder.
- Presença de influências inglesas e francesas (Parlamentarismo, Liberalismo, Constitucionalismo, Federalismo, Democracia, República).
- Período de 7 de setembro de 1822 a 15 de novembro de 1889.
- Instalação da Constituinte em 3 de maio de 1823.
- “Golpe de Estado” do imperador e dissolução da Assembleia Constituinte (por ser avançada demais), em 12 de novembro de 1823.
- Consulta às “bases nos Municípios”, como forma de legitimação.
- Outorga da Constituição, em 25 de março de 1824.

#### Alguns trechos importantes:

**Art. 1º:** O império do Brasil é a associação política de todos os cidadãos brasileiros. Eles formam uma nação livre e independente, que não admite qualquer outro laço de união ou federação, que se oponha à sua independência.

**Alguns trechos importantes:**

**Art. 5º:** A religião católica apostólica romana continuará a ser a religião do Império. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de templo.

**Art. 10º:** Os poderes políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, O Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial.

**Art. 98:** O Poder Moderador é a chave de toda a organização política e é delegada privativamente ao Imperador, como chefe supremo da nação e seu primeiro representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos.

**Art. 99:** A pessoa do imperador é inviolável e sagrada; ele não está sujeito a responsabilidade alguma.

**Constituição mista (semirrígida):**

**Art. 267:** É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais.

**Art. 268:** Tudo o que não é constitucional pode ser alterado pelas legislaturas ordinárias, concordando dois terços de cada uma das salas.

### ***2.2.2 A Constituição republicana de 1891***

A República alterou substancialmente algumas instituições. Como elemento de destaque, tem-se que a federalização rompeu com a tradicional unidade de fontes legislativas e introduziu uma política estadual legitimada pela Constituição. A organização judiciária e o processo tornam-se, então, matéria estadual, ao mais típico estilo republicano.

Mesmo assim, era inevitável que a cultura jurídica continuasse praticamente a mesma, inalterada. Isto porque todos os republicanos haviam sido socializados nos mecanismos do foro e nas faculdades de Direito que seguiam as leis definidas nacionalmente, originárias do sistema imperial. Ou seja, mudou o regime e mudou a legislação, mas a prática jurídica e o ensino jurídico ainda eram os mesmos do regime anterior.

O mesmo se pode dizer com relação às instituições políticas, que passaram a ser diretamente inspiradas (MORAES, E., 1985) no modelo norte-americano, enquanto que esta “importação” do modelo constitucional se fez para uma cultura saturada de familiaridade com as insti-

tuições europeias. Assim, o sistema era norte-americano, mas a cultura jurídica era europeia.

Uma das reformas mais importantes verificadas com a República foi a separação que se deu entre Igreja e Estado, criando-se um regime político laico.

Além disso, a República trouxe o mais completo triunfo do *laissez faire* (liberalismo), silenciando completamente sobre qualquer direito social (WOLKMER, 1989). Matérias próprias do direito constitucional eram apenas questões tais como soberania nacional, separação de poderes, sistema representativo e liberdades civis.

O triunfo do liberalismo na República era, portanto, inquestionável, sendo tão profundo, que os tribunais chegavam até mesmo a questionar as modernizações, tidas como necessárias, e que competiam ao Estado fazer, como sanitização (os tribunais, por inúmeras vezes, proibiram o exercício da polícia sanitária em nome da liberdade individual) (FREIRE, 1983) e urbanização. Tudo era considerado ingerência desnecessária no mercado.

#### Cronologia:

- Proclamação da República, por Deodoro da Fonseca, em 15 de novembro de 1889: “Concidadãos! O povo, o Exército e a Armada Nacional, em perfeita comunhão de sentimentos com os nossos concidadãos residentes nas províncias, acabam de decretar a deposição da dinastia imperial e conseqüentemente a extinção do sistema monárquico representativo”.
- Proclamação dos membros do governo provisório (15 de novembro 1889).
- Marechal Deodoro da Fonseca – governo provisório (25 de fevereiro a 23 de novembro de 1891).
- Presidente Marechal Deodoro da Fonseca e vice-presidente Marechal Floriano Peixoto (23 de novembro de 1891 a 15 de novembro de 1894); Floriano Peixoto assumiu a presidência em face da renúncia do titular.
- Sessão solene de instalação da Constituinte (15 de novembro de 1890).
- Constituição republicana (24 de novembro de 1891).



**Constituição de 1891:**

- Influência norte-americana (“Estados Unidos do Brasil”).
- O texto continha disposições da Constituição norte-americana, combinada com a da Suíça e da Argentina.
- Caráter liberal – Rui Barbosa – admirador da organização política dos EUA.
- Luta dos liberais contra o centralismo; diversificação econômica, sociedade menos rígida.
- Federalismo; república; presidencialismo; regime representativo; Suprema Corte (espécie de controle difuso de constitucionalidade).
- Extinção dos privilégios; abolição da exigência de renda para o voto; voto direto (embora não permitisse que analfabetos nem mulheres votassem); os Estados organizavam as eleições.
- Instituição do casamento civil.

**Alguns trechos importantes:**

**Art. 1º:** A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil.

**Art. 3º:** Fica pertencendo à União, no planalto central da República, uma zona de 14.400 quilômetros quadrados, que será oportunamente demarcada para nela estabelecer-se a futura Capital federal.

Parágrafo único - Efetuada a mudança da Capital, o atual Distrito Federal passará a constituir um Estado.

**Art. 9º:** É da competência exclusiva dos Estados decretar impostos:

1º) sobre a exportação de mercadorias de sua própria produção.

**Art. 15:** são órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si”.

**Art. 28:** A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo eleitos pelos Estados e pelo Distrito Federal, mediante o sufrágio direto, garantida a representação da minoria.

**Art. 47:** O Presidente e o Vice-Presidente da República serão eleitos por sufrágio direto da Nação e maioria absoluta de votos.

**Alguns trechos importantes:**

§1º: A eleição terá lugar no dia 1º de março do último ano do período presidencial, procedendo-se na Capital federal e nas Capitais dos Estados a apuração dos votos recebidos nas respectivas circunscrições. O Congresso fará a apuração na sua primeira sessão do mesmo ano, com qualquer número de membros presentes.

§2º: Se nenhum dos votados houver alcançado maioria absoluta, o Congresso elegerá, por maioria dos votos presentes, um, dentre os que tiverem alcançado as duas votações mais elevadas na eleição direta.

Ainda na Primeira República, estabelece-se a chamada “República do Café-com-Leite”, marcada pelo coronelismo; nesse contexto, a independência dos Estados tornou-se independência com relação às leis, conformando-se um paternalismo (CARONE, 1978) traduzido pela relação pessoal dos governantes com os governados (corrupção e violência nas eleições e voto de cabresto).

**Histórico dos Presidentes da Primeira República:**

- **1894 a 1898** - Prudente José de Moraes e Barros
- **1898 a 1902** - Manuel Ferraz de Campos Sales
- **1902 a 1906** - Francisco de Paula Rodrigues Alves
- **1906 a 1909** - Afonso Augusto Moreira Pena
- **1909 a 1910** - Nilo Procópio Peçanha (o presidente do Senado assume com a morte do Presidente da República)
- **1910 a 1914** - Marechal Hermes da Fonseca
- **1914 a 1918** - Venceslau Brás Pereira Gomes
- **1918 a 1919** - Francisco de Paula Rodrigues Alves (15 de novembro de 1918 a 28 de julho de 1919; com o adoecimento e morte de Francisco, assume Delfim Moreira da Costa Ribeiro)
- **1919 a 1922** - Epitácio da Silva Pessoa
- **1922 a 1926** - Arthur da Silva Bernardes
- **1926 a 1930** - Washington Luís Pereira de Souza

### 2.2.3 A Constituição de 1934

Os anos 30 foram de transformação profunda, não só no Brasil, mas, de forma geral, no mundo ocidental. Os movimentos operários se ampliavam em toda parte. Na Europa, o fim da Primeira Guerra Mundial foi marcado pela Revolução Russa e pelo movimento revolucionário na Alemanha.

O México já havia adotado, em 1917, uma Constituição (URBI-NA, 1971) que inseria, pela primeira vez na história, os direitos sociais dentro da carta de direitos fundamentais. Em 1919, a Alemanha, para pôr fim ao processo revolucionário (MATTEUCCI, 1998), adotou a Constituição de Weimar.

Seguindo na mesma linha, também no Brasil os anos 30 foram de muita insatisfação, especialmente no que dizia respeito ao sistema eleitoral, ao predomínio das oligarquias cafeeiras e ao tenentismo; além disso, verificou-se a criação do Partido Comunista (1922), o que gerou profundas discussões (BELLO, 1976) entre liberais e comunistas.

Nas primeiras décadas do século XX, o movimento operário conseguiu avanços consideráveis, sendo que a revolução se estabeleceu mais notadamente no final da I Guerra Mundial.

Além de realçar o papel do Estado como dirigente dos rumos sociais, diminui-se – ou ao menos permitiu-se a restrição – das garantias liberais individuais, embora implementar os direitos sociais não significasse sacrificar os direitos individuais; antes pelo contrário, ambos precisavam ser compreendidos numa perspectiva dialética e complementar<sup>3</sup> (ou seja, não poderia haver tanta liberdade que sacrificasse a igualdade, e vice-versa); além disso, os próprios direitos sociais eram tidos como um elemento (um pressuposto) da existência de direitos individuais.

Neste contexto, surgiu, então, a noção de que a representação política não poderia ser reduzida ao indivíduo; ela deveria ser estendida

---

<sup>3</sup> Sobre a historicidade e a complementariedade como característica dos direitos fundamentais, ver a obra de Häberle (1998): “*Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*”.

também às corporações, que não poderiam ser autônomas em relação ao Estado. Dessa forma, criaram-se os sindicatos como unidade representativa de organização das categorias profissionais, constituindo um elo forte de ligação com o governo e estabelecendo um canal de comunicação com os trabalhadores, ao mesmo tempo em que eram subordinados ao governo.

É assim que o socialismo se incorporou às Constituições brasileiras, ainda que elas não fossem democráticas.

Consequentemente, o modelo constitucional de 1934 foi corporativo, com a assunção, por parte do Estado, de setores estratégicos da economia (WOLKMER, 1989) (como, por exemplo, a Companhia Siderúrgica Nacional, Petrobrás, etc.).

No plano judicial, a *Suprema Corte* era composta de onze ministros nomeados. Criou-se, igualmente, uma Justiça Eleitoral (em resposta às exigências da Revolução de 30 contra o voto de cabresto e o coronelismo), bem como a *Justiça do Trabalho* (MACHADO NETO, 1969), instituída não como um poder autônomo, mas como um órgão administrativo, composto de Tribunais do Trabalho e de Comissões de Conciliação (somente em 1946 é que a Justiça do Trabalho foi incorporada ao Poder Judiciário).

Criou-se, ainda, o *mandado de segurança* enquanto ação autônoma (MORAES, A., 1998), separada do *habeas corpus*.

Foi a Constituição de 1934 que contemplou, pela primeira vez, portanto, diversos direitos sociais (salário mínimo, jornada de trabalho de oito horas diárias, férias, amparo à maternidade, sindicatos), sob a forma de diretrizes políticas, sendo a primeira vez em que uma Constituição brasileira contou com um capítulo especialmente destinado à ordem social. Dessa forma, ela já previa preocupações de ordem social – tais como educação e cultura – embora elas ainda não constituíssem precisamente um “dever” para o Estado.

**Constituição de 1934:**

- Sufrágio universal (para eleição dos deputados).
- Voto da mulher.
- Concurso público.
- Estabilidade para os servidores.
- Corte Suprema (onze ministros nomeados).
- Justiça Eleitoral.
- Justiça do Trabalho (órgão administrativo).
- Garantias para os magistrados estaduais (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos).
- Mandado de Segurança.
- Direitos sociais (salário mínimo, férias, sindicatos).

**Revolução de 1930:**

- Novas oligarquias + tenentes X velhas oligarquias.
- General Afonso Tasso Fragoso, General João de Deus Mena Barreto, Almirante José Isaías de Noronha – junta governativa da Revolução de 30 (24 de outubro a 3 de novembro de 1930).
- Getúlio Vargas – governo provisório (3 de novembro de 1930 a 17 de julho de 1934).
- Getúlio Vargas (1934 a 1937).

**Constituição de 16 de julho de 1934:**

- Influência do constitucionalismo social alemão.
- Influência das ideias socialistas e de ideias totalitárias (nazismo, integralismo).
- Criação do Ministério do Trabalho; direitos sociais.
- Constituinte tinha representação classista.
- “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”.
- Ampliação dos poderes da União.
- A Câmara dos Deputados virou o principal órgão, sendo o Senado consultor desta.
- Voto feminino.
- Criação da Justiça Eleitoral.
- Criação de novos títulos na Constituição: Da Ordem Econômica e Social, da Família, Educação e Cultura.
- Compromisso entre o liberalismo econômico e o intervencionismo.

**Alguns trechos importantes:**

**PREÂMBULO:** “Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.”

**Art. 1º:** A Nação brasileira, constituída pela união perpétua e indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios em Estados Unidos do Brasil, mantém como forma de Governo, sob o regime representativo, a República federativa proclamada em 15 de novembro de 1889.

**Art. 2º:** Todos os poderes emanam do povo e em nome dele são exercidos.

**Da Ordem Econômica e Social**

**Art. 115:** A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

**Art. 121:** A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

**Art. 149:** A educação é direito de todos e deve ser ministrada pela família e pelos poderes públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no país, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana.

## 2.2.4 A Constituição de 1937

A vida da Constituição de 1934 foi curta, pois, já em 1937, o golpe do Estado Novo impôs a criação de uma nova Constituição; tratou-se, no entanto, de uma “Carta Constitucional”, pois ela foi outorgada, não sendo fruto de um verdadeiro processo constitucional.

Ademais, as instituições representativas – tais como o Parlamento – previstas na Carta, nunca chegaram a funcionar, pois este jamais chegou a ser eleito. Como não foram realizadas eleições, o processo legislativo foi completamente delegado ao Presidente da República, que governou exclusivamente por meio de Decretos e de Decretos-lei (SCHWARTZMAN, 1982).

Mesmo assim, criou-se um arcabouço institucional que não foi desmontado nas décadas seguintes e que acabou por ser legitimado com a democratização de 1946.

No que diz respeito aos direitos sociais, ficaram mantidos aqueles criados pela Constituição anterior.

#### **Constituição de 1937:**

- Getúlio Vargas → Golpe de Estado → Estado Novo ( 10 de novembro de 1937 a 29 de outubro de 1945).
- Dissolução do Congresso e fortalecimento do Poder Executivo (expedição de decretos-leis).
- Intervenção na economia.
- Proteção dos interesses nacionais.
- Constituição de 10 de novembro de 1937, elaborada por Francisco Campos e inspirada na Constituição da Polónia.

#### **Alguns trechos importantes:**

**PREÂMBULO:** “O Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil:

- Atendendo às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem resultantes da crescente agravação dos dissídios partidários, que uma notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, a resolver-se em termos de violência, colocando a noção sob a funesta iminência da guerra civil [...];

- Atendendo ao estado de apreensão criado no país pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios de carácter radical e permanente;

- Atendendo a que, sob as instituições anteriores, não dispunha o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo [...];

- Com o apoio das Forças Armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas;

- Resolve-se assegurar à nação a sua unidade, o respeito a sua honra e a sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e a sua prosperidade [...].”

#### **DA ORGANIZAÇÃO NACIONAL**

**Art. 1º:** O Brasil é uma República. O poder político emana do povo e é exercido em nome dele e no interesse do seu bem-estar, da sua honra, da sua independência e da sua prosperidade.

**Art. 2º:** A bandeira, o hino, o escudo e as armas nacionais são de uso obrigatório em todo o País. Não haverá outras bandeiras, hinos, escudos e armas. A lei regulará o uso dos símbolos nacionais.

**Alguns trechos importantes:**

**Art. 9º:** O Governo federal intervirá nos Estados, mediante a nomeação pelo Presidente da República de um interventor, que assumirá no Estado as funções que, pela sua Constituição, competirem ao Poder Executivo, ou as que, de acordo com as conveniências e necessidades de cada caso, lhe forem atribuídas pelo Presidente da República.

**Art. 13:** O Presidente da República, nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, poderá, se o exigirem as necessidades do Estado, expedir decretos-leis sobre as matérias de competência legislativa da União, excetuadas as seguintes:

- a) modificações à Constituição;
- b) legislação eleitoral;
- c) orçamento;
- d) impostos;
- e) instituição de monopólios;
- f) moeda;
- g) empréstimos públicos;
- h) alienação e oneração de bens imóveis da União.

**DA ORDEM ECONÔMICA**

**Art. 136:** O trabalho é um dever social. O trabalho intelectual, técnico e manual tem direito a proteção e solicitude especiais do Estado. A todos é garantido o direito de subsistir mediante o seu trabalho honesto e este, como meio de subsistência do indivíduo, constitui um bem que é dever do Estado proteger, assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa.

**Art. 137:** A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos:

- a) os contratos coletivos de trabalho concluídos pelas associações, legalmente reconhecidas, de empregadores, trabalhadores, artistas e especialistas, serão aplicados a todos os empregados, trabalhadores, artistas e especialistas que elas representam;
- b) os contratos coletivos de trabalho deverão estipular obrigatoriamente a sua duração, a importância e as modalidades do salário, a disciplina interior e o horário do trabalho;
- c) a modalidade do salário será a mais apropriada às exigências do operário e da empresa;
- d) o operário terá direito ao repouso semanal aos domingos e, nos limites das exigências técnicas da empresa, aos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local;
- e) depois de um ano de serviço ininterrupto em uma empresa de trabalho contínuo, o operário terá direito a uma licença anual remunerada;
- f) nas empresas de trabalho contínuo, a cessação das relações de trabalho, a que o trabalhador não haja dado motivo, e quando a lei não lhe garanta, a estabilidade no emprego, cria-lhe o direito a uma indenização proporcional aos anos de serviço;
- g) nas empresas de trabalho contínuo, a mudança de proprietário não rescinde o contrato de trabalho, conservando os empregados, para com o novo empregador, os direitos que tinham em relação ao antigo;



**Alguns trechos importantes:**

- h) salário mínimo, capaz de satisfazer, de acordo com as condições de cada região, as necessidades normais do trabalho;
- i) dia de trabalho de oito horas, que poderá ser reduzido, e somente suscetível de aumento nos casos previstos em lei;
- j) o trabalho à noite, a não ser nos casos em que é efetuado periodicamente por turnos, será retribuído com remuneração superior à do diurno;
- k) proibição de trabalho a menores de catorze anos; de trabalho noturno a menores de dezesseis, e, em indústrias insalubres, a menores de dezoito anos e a mulheres;
- l) assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto;
- m) a instituição de seguros de velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidentes do trabalho;
- n) as associações de trabalhadores têm o dever de prestar aos seus associados auxílio ou assistência, no referente às práticas administrativas ou judiciais relativas aos seguros de acidentes do trabalho e aos seguros sociais.

**Art. 139:** Para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social, é instituída a Justiça do Trabalho, que será regulada em lei e à qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da Justiça comum.

### ***2.2.5 A Constituição de 1946***

A Constituição brasileira de 1946, por ser fruto do segundo pós-guerra, é marcada pela influência do constitucionalismo ocidental, que encontra na democracia e na proteção dos direitos fundamentais a sua pedra de toque. Internamente, por sua vez, o período é marcado pela redemocratização do país, com o fim do Estado Novo.

Em termos de direitos, ela preserva as conquistas das Constituições anteriores, especialmente em termos de direitos sociais, porém incorpora alguns elementos de caráter democrático. No mais, como já referido, ela se valeu da estrutura institucional deixada pelo modelo anterior.

Ressaltem-se, nesta direção, as palavras de Bonavides (1997), para quem a terceira República, pelos seus três primeiros presidentes – Du-

tra, Getúlio e Juscelino – não passou de um Estado Novo constitucionalizado. Em outras palavras, a máquina do poder ficou sempre com os homens que haviam dominado politicamente o período correspondente à ditadura civil de 1937.

#### **Constituição de 1946:**

- Derrubada de Getúlio Vargas pelos Militares, assumindo a presidência o ministro presidente do STF, José Linhares.
- (29 de outubro de 1945 a 31 de janeiro de 1946).
- Convocação de eleições pelo ditador.
- Eleições presidenciais, havendo sido eleito Eurico Gaspar Dutra (1946-1951).
- Constituinte plural, com predominância dos conservadores; o Congresso foi transformado em Constituinte; discutida sem prévio projeto.
- “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil” (18 de setembro de 1946).
- Participação na Guerra contra o nazi-fascismo.
- Reorganização do constitucionalismo no mundo.
- Getúlio Dornelles Vargas (1951-1954).
- Suicídio de Getúlio em 24 de agosto de 1954; tentativa de reformas de base pela oposição conservadora.
- João Fernandes Campos Café Filho assume a presidência (25 de agosto de 1954 a 9 de novembro de 1955).
- Carlos Coimbra da Cruz, presidente da Câmara dos Deputados, assume a presidência por ocasião da doença de Café Filho (9 a 11 de novembro de 1955).
- O Congresso afasta Carlos Coimbra da Cruz e nomeia em seu lugar Nereu de Oliveira Ramos (11 de novembro de 1955 a 31 de janeiro de 1956).
- Juscelino Kubitschek de Oliveira é eleito presidente (1956-1961).
- Jânio da Silva Quadros (31 de janeiro a 25 de agosto de 1961).
- Com a renúncia de Jânio Quadros, Pascoal Ranieri Mazzilli, presidente da Câmara dos Deputados, assume a presidência até a volta do vice-presidente eleito, João Goulart, do exterior (25 de agosto a 7 de setembro de 1961).
- Após, inicia-se um período parlamentarista – em decorrência de Emenda Constitucional – sendo presidentes do Conselho de Ministros: Tancredo Neves, Francisco de Paula Brochado da Rocha e Hermes Lima (7 de setembro de 1961 a 6 de janeiro de 1963).
- João Goulart assume a presidência até o golpe militar (6 de janeiro de 1963 a 1º de abril de 1964).

**Alguns trechos importantes:****PREÂMBULO:**

“Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos, sob a proteção de Deus, em Assembléia Constituinte para organizar um regime democrático, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição dos Estados Unidos do Brasil.”

**Art. 1º:** Os Estados Unidos do Brasil mantêm, sob o regime representativo, a Federação e a República. Todo poder emana do povo e em seu nome será exercido.

**Art. 28:** A autonomia dos Municípios será assegurada:

- I - pela eleição do Prefeito e dos Vereadores;
- II - pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse e, especialmente,
  - a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação das suas rendas;
  - b) à organização dos serviços públicos locais.

### ***2.2.6 A Constituição de 1967/69***

Com o golpe militar, em 31 de março de 1964, institui-se, no Brasil, o regime militar, tipicamente ditatorial, rompendo-se, dessa maneira, com a característica democrática alcançada sob a Constituição anterior.

Apesar disso, contudo, num primeiro momento, o novo regime manteve a Constituição de 1946, dando a falsa impressão de que não instituiria um regime verdadeiramente autoritário, fato revelado nas intenções contidas no chamado

Ato Institucional 1 (AI 1), datado de 9 de abril de 1964. Nele se leem os seguintes termos: “[...] A revolução se distingue de outros movimentos armados pelo fato de que nela se traduz não o interesse e a vontade de um grupo, mas o interesse e a vontade de uma Nação [...] A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte [...]. Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946 [...] Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe

deste Ato institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação [...]”

Apesar desta aparência inicial, no entanto, o período foi marcado por perseguições políticas e pelo autoritarismo.

#### Constituição de 1967:

- Constituição de 24 de janeiro de 1967.
- Constituição outorgada, apesar da aprovação do Congresso; apenas trinta dias para discussão e promulgação.
- Preocupação com a segurança nacional.
- Centralização na União e no Poder Executivo.
- Manutenção de alguns direitos dos trabalhadores (caráter social).
- Autorizou a desapropriação mediante pagamento em títulos da dívida pública.

Em 1968, por sua vez, o Ato Institucional nº 5 (AI-5) rompeu com a ordem constitucional estabelecida, marcando a cassação e a restrição de uma série de direitos individuais.

#### Alguns trechos importantes:

**Art. 58:** O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias:

I - segurança nacional;

II - finanças públicas.

Parágrafo único - Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação, o texto será tido como aprovado.

**Art. 76:** O Presidente será eleito pelo sufrágio de um Colégio Eleitoral, em sessão pública e mediante votação nominal.

§1º: O Colégio Eleitoral será composto dos membros do Congresso Nacional e de Delegados indicados pelas Assembleias Legislativas dos Estados.

§2º: Cada Assembleia indicará três Delegados e mais um por quinhentos mil eleitores inscritos, no Estado, não podendo nenhuma representação ter menos de quatro Delegados

**Alguns trechos importantes:**

**Art. 89:** Toda pessoa natural ou jurídica é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei.

**Art. 91:** Compete ao Conselho de Segurança Nacional:

I - o estudo dos problemas relativos à segurança nacional, com a cooperação dos órgãos de Informação e dos incumbidos de preparar a mobilização nacional e as operações militares.

Já em 1969, entrou em vigor a Emenda Constitucional nº 1, alterando a Constituição de 1967 (outorgada). Apesar de tratar-se de uma Emenda, na verdade a alteração foi tamanha, que ela praticamente consistiu em uma nova Constituição, bem mais conservadora e autoritária do que a versão original: a “Constituição da República Federativa do Brasil”, que ainda foi modificada outras vinte e cinco vezes (AGRA, 2002).

**Algumas alterações decorrentes da Emenda Constitucional nº 1:**

**Art. 8º:** Compete à União: [...] d) prover a censura de diversões públicas.

**Art. 46:** O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares à Constituição;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - decretos-leis;
- VI - decretos legislativos;
- VII - resoluções.

**Art. 55:** O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

- I - segurança nacional;
- II - finanças públicas, inclusive normas tributárias; e
- III - criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

§1º: Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, **não podendo emendá-lo**; se, nesse prazo, não houver deliberação, o texto será tido por aprovado.

§2º A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência.

**Algumas alterações decorrentes da Emenda Constitucional nº 1:**

**Art. 153:** A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, **nos termos seguintes:**

§8º: É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão a ordem ou preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.

**Presidentes:**

- Com o golpe de Estado, Pascoal Ranieri Mazzilli assume provisoriamente a presidência (2 a 9 de abril de 1964).
- General Artur da Costa e Silva, Almirante Hamann Radmaker Grünewald e Brigadeiro Francisco de Assis Correia de Melo (9 a 15 de abril de 1964).
- Humberto de Alencar Castelo Branco (1964 a 1967).
- Artur da Costa e Silva (15 de março de 1967 a 31 de agosto de 1969).
- Almirante Hamann Radmaker Grünewald, General Aurélio de Lira Tavares e Brigadeiro Márcio de Souza e Melo (31 de agosto de 1969 a 14 de outubro de 1969).
- Emílio Garrastazu Médici (1969-1974).
- Ernesto Geisel (1974-1979).
- João Batista de Oliveira Figueiredo (1979-1985).

**2.2.7 A Constituição de 1988**

O Brasil viveu, a partir de 1984, um processo de redemocratização, marcado pelo movimento das “Diretas Já”, que impulsionou as ações de transição para o novo regime.

Em virtude do contexto histórico em que se insere, a Constituição brasileira de 1988 possui amplo caráter democrático, tendo como elemento central a questão da dignidade humana (SARLET, 2000) e prevendo uma extensa gama de direitos fundamentais e de mecanismos de

garantia, bem como abrindo espaço institucional para a participação política dos cidadãos, não apenas por meio do voto (LEAL, R.G. 2004), mas também por meio de mecanismos diversos (tais como a ação popular, por exemplo).

Foi marcada por um processo que teve, num primeiro momento, a convocação de uma Comissão de Estudos Constitucionais, que elaborou um anteprojeto<sup>4</sup> bastante criticado; depois consolidou-se a Assembleia Nacional Constituinte, que teve seu processo caracterizado por amplos debates e discussões, resultando, daí o projeto que teve aprovação e deu origem à Constituição atual.

#### Cronologia:

- Tancredo Neves é eleito presidente, mas não chega a governar (15 de março a 21 de abril de 1985).
- Com a morte de Tancredo Neves, José Sarney, seu vice, é quem assume a presidência (21 de abril de 1985 a 15 de março de 1990).
- Nova República: crise econômica, desgaste político, luta pela consolidação da democracia, preocupação com os direitos fundamentais.
- Sarney nomeia uma Comissão de Estudos Constitucionais.
- Emenda Constitucional n.º 26: convocação da Assembleia Nacional Constituinte, composta pelos membros da Câmara e do Senado.
- Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, presidida por Afonso Arinos, contando com quarenta e nove membros (trinta advogados; cinco empresários; quatro sociólogos; três jornalistas; três economistas; dois religiosos; um escritor e um médico).
- Politicamente, a Comissão tinha um perfil misto, porém notadamente de centro (
- cinco de direita, seis de centro-direita, dezesseis de centro, quinze de centro-esquerda e sete de esquerda).
- Vitória dos progressistas (mais empenho e assiduidade); o anteprojeto, de início criticado pela esquerda, passa a ser criticado pela direita.
- Preocupações com a efetividade das normas.
- O Projeto Afonso Arinos acabou por manter o *status quo*, retirando, porém, algumas competências do STF e transferindo-as ao STJ, a ser criado; ao STF coube precipuamente a guarda da Constituição (art. 102 da CF).

<sup>4</sup> Sobre o histórico deste projeto, ver a síntese constante em Cittadino(2020) na obra “Pluralismo, Direito e justiça distributiva”.

### **Cronologia:**

- Anteprojeto previa “um regime social justo, fraternal e participativo”.
- Sarney não enviou o projeto à Assembleia Nacional Constituinte, impedindo-o de que fosse publicamente discutido.
- todavia, parlamentares tiveram acesso ao texto e ele serviu de inspiração na criação do texto constitucional.

### **Assembleia Constituinte:**

- Contribuições de juristas: José Afonso da Silva (PMDB); Carlos Roberto de Siqueira Castro (PDT); Eduardo Seabra Fagundes (PDT); Fábio Konder Comparato (PT).
- Vinte e quatro subcomissões, agrupadas em oito comissões – comissão de sistematização.
- Centrão: grupo predominante na Constituinte > apoio do empresariado e do governo > formado pelo PMDB, PFL, PDS, PDC, PTB e PL > permitiu a entrada de valores no texto por considerá-los mera retórica; além disso, muitos deputados estavam exercendo mandato pela primeira vez, estando descontentes com o centralismo do Presidente Ulysses Guimarães; Mário Covas foi o líder da maioria, indicando, para a liderança da maior parte das comissões, políticos progressistas; o regimento interno descentralizava as decisões.
- Abertura à participação direta e semidireta, estabelecimento de meios judiciais de tutela de direitos fundamentais.
- Intensa participação da população, com 122 emendas populares e 10 milhões de assinaturas.

### **Constituição de 1988:**

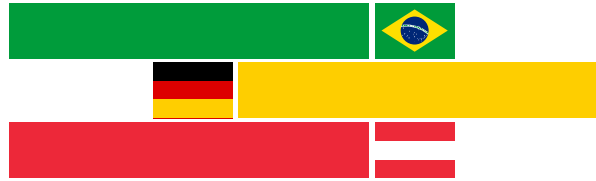
- Constituição da República Federativa do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988).
- Converteu os direitos humanos previstos na Declaração da ONU de 1948 em Direitos Fundamentais.
- Reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais.
- Princípios.
- Fratura na tradição libertariana e positivista; inserção de valores e programas no texto da Constituição por princípios e objetivos, os quais têm relevância imediata para a ação; busca do bem-estar e da igualdade material.



**Constituição de 1988:**

- Influência do pensamento constitucional português e espanhol (que, por sua vez, possuem influência da Lei Fundamental alemã); busca de realizações na sociedade via Direito.
- Reconhecimento, pelo constitucionalismo, de uma pluralidade de concepções de vida – caráter conflitivo da realidade social.
- Plêiade de novas ações constitucionais para efetivar direitos.

Encerradas as anotações sobre a evolução das Constituições do Estado Liberal ao Democrático de Direito, bem como de forma estratégica e organizada abarcadas as suas características, aspectos históricos e singularidades de cada Constituição pátria, notadamente, quanto ao processo de consolidação dos direitos sociais no país, passa-se, agora, a perscrutar sobre os direitos (fundamentais) sociais no Brasil, na Alemanha e na Áustria.



## A Justiciabilidade dos Direitos (Fundamentais) Sociais: Brasil, Alemanha e Áustria

Os direitos sociais, principalmente quanto ao seu caráter fundamental, proteção e garantia, trazem consigo diferentes interrogações, que se assemelham, mesmo observando ordens jurídicas que se localizam em posições geográficas distintas. Em face disso, estabelece-se um panorama entre o Brasil, a Alemanha e a Áustria para realizar um estudo dos direitos (fundamentais) sociais, com o fim perscrutar se os direitos sociais são direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, bem como se eles são compreendidos como direitos subjetivos (individuais) e/ou apenas na ordem de direito objetivo, o que percorre pela análise de sua justiciabilidade. A importância da pesquisa vem na contribuição para a melhor compreensão e visualização de alguns aspectos controvertidos relacionados à teoria dos direitos (fundamentais) sociais, para que, a partir dela, possa-se avançar na procura de respostas e na construção de novos caminhos quanto à garantia e efetividade desses direitos e, mais, em virtude da necessidade de se desenvolver e se aplicar mais conceitualmente os direitos sociais enquanto categoria jurídica<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Nesse olhar, Canotilho (2004, p. 93-103), que trabalha com a noção de “metodologia fuzzy” (*fuzzy* em inglês significa “coisas vagas”, “indistintas”, “indeterminadas”), afirma que, sobre a dogmática e a teoria jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais, pesa uma carga metodológica de vaguides, indeterminação e impressionis-

### 3.1 A garantia dos direitos sociais como direitos fundamentais

#### 3.1.1 Uma questão terminológica

A questão terminológica torna-se importante nesta temática, pois, na doutrina alemã, observa-se uma classificação envolvendo os direitos prestacionais em sentido amplo e estrito. Assim, os direitos prestacionais em sentido amplo (*Leistungsrechte im weiteren Sinne*), direitos a ações estatais positivas, contemplam os direitos fundamentais sociais, em seu sentido estrito (*Leistungsrechte im engeren Sinne*). Desse modo, os direitos fundamentais sociais configuram uma espécie do gênero dos direitos prestacionais (ALEXY, 1994, p. 395 e 454).

Além disso, a concepção de direitos fundamentais sociais decorre de direitos do indivíduo em face do Estado, de prestações que aquele, caso dispusesse de meios financeiros e de oferta suficiente no mercado, iria obter de particulares e não do ente estatal<sup>6</sup>, abrangendo-se, nessa conceituação, o direito à saúde, à moradia e à educação, por exemplo (ALEXY, 1994, p. 454).

Alexy aborda essa classificação em seu livro “Teoria dos Direitos Fundamentais” (*Theorie der Grundrechte*), no capítulo dos direitos a ações estatais positivas (*Rechte auf positive Handlungen des Staates*), afirmando que todo direito a uma ação positiva, a uma ação estatal, é um direito à prestação, oposto aos direitos de defesa, que trazem uma dimensão negativa aos direitos fundamentais e, em princípio, uma abs-

---

mo. Dessa forma, a censura do fuzzysmo lançada aos juristas significa, basicamente, que eles não sabem do que estão tratando quando abordam os complexos problemas dos direitos de segunda geração ou dimensão, os direitos sociais.

<sup>6</sup> O critério apresentado por Alexy, baseado na incapacidade financeira do indivíduo, encontra-se muito associado a uma perspectiva assistencialista dos direitos sociais, que, por vezes, pode ser tida como “conservadora” e “reducionista”, pois os direitos sociais possuem como fundamento a qualidade de vida relacionada ao conceito de dignidade humana, para além da questão financeira. Entende-se que a prestação de determinados serviços por parte do Estado, na ordem de compensar ou de atender uma parcela da população, possa ser compreendida como uma categoria ou uma forma de realização dos direitos sociais, mas não a única maneira de concretização desses direitos, reduzindo-os a essa compreensão.

tenção (ALEXY, 1994, p. 395). Nessa interpretação, Alexy coaduna o direito à prestação a uma ação positiva, ao *status positivus* ou *civilitatis* de Jellinek, na ordem de que os direitos fundamentais sociais seriam direitos a prestações positivas do Estado. Porém, em contraponto, esse não é o entendimento de Kirste (2013, p.123), pois não se poderia compreender todos os direitos a prestações somente na ordem de direitos a ações positivas, ou vice-versa, visto que esses direitos, como os demais direitos fundamentais, podem receber a confrontação, desdobrar-se em distintas formas e permear-se nos diferentes *status*, tendo como orientação a teoria dos *status* de Jellinek, sendo eles o *status passivus* ou *subjectionis* (sujeição do indivíduo frente ao Estado); o *status negativus* ou *libertatis* (liberdade individual, oposta à submissão estatal); o *status positivus* ou *civilitatis* (prestações positivas do Estado) e o *status activus* (cidadania ativa) (JELLINEK, 1919). Dessa maneira, um direito à prestação pode se caracterizar, além de sua faceta positiva, em uma posição de submissão do indivíduo e do Estado à lei, de defesa perante a ofensas de terceiros, como do próprio Estado, bem como de participação estatal. Sobre a teoria dos *status* de Jellinek e da distinção dos direitos de defesa e de prestação, principalmente no que diz respeito aos direitos sociais, maiores especificações ocorrem no decorrer da obra.

Em continuidade, ainda se ressalta que os direitos prestacionais em sentido amplo podem ser divididos em: (a) direitos à proteção (*Rechte auf Schutz*) e (b) direitos à organização e ao procedimento (*Rechte auf Organisation und Verfahren*). Ademais, há os direitos à prestação em sentido estrito, sendo esses, os direitos fundamentais sociais<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Alexy (1994, p. 454-455) assevera que, por vezes, a expressão “direitos fundamentais sociais” (*soziale Grundrechte*) é atrelada aos direitos a prestações previstos de forma expressa na legislação, como ocorre no caso alemão nas Constituições Estaduais, o que será analisado na sequência do trabalho; já a expressão “direitos fundamentais a prestações” (*grundrechtliche Leistungsrechte*) ou “interpretações sociais dos direitos de liberdade e igualdade” (*soziale Interpretationen der Freiheits- und Gleichheitsrechte*), são aqueles direitos sociais que decorrem da interpretação jurídica. Todavia, o autor menciona que o importante é distinguir os direitos contemplados expressamente na legislação daqueles oriundos de interpretação, mas não a questão de sua terminologia, pois apresentam similitudes em seu conteúdo, estrutura e problemática. Por isso, afirma que todos os direitos a prestações em sentido estrito (*Leistungsrechte im engeren Sinne*) são direitos fundamentais sociais.

(ALEXY, 1994, p. 404). Alerta-se que os direitos prestacionais em sentido amplo não são objeto de investigação neste estudo.

## DIREITOS FUNDAMENTAIS A PRESTAÇÕES

### 1 Direitos a prestações em sentido amplo:

- a. Direitos à proteção;
- b. Direitos à organização e procedimento;

### 2 Direitos a prestações em sentido estrito: direitos fundamentais sociais

No entanto, muitas vezes os direitos fundamentais sociais são identificados com os direitos de participação (*Teilhaberechte*), porquanto tratados como sinônimos, razão por que a diferenciação entre ambos se constitui em um ponto a ser perscrutado (*Teilhaberechte x Leistungsrechte*). Acrescenta-se que Murswiek (1992, p. 245) afirma que a terminologia na literatura não é uniforme, sendo até mesmo confusa. Nessa acepção, diferentes expressões seriam encontradas: *Teilhabe* (participação), *Teilhaberechte* (direito de participação) e *soziale Grundrechte* (direitos fundamentais sociais).

Com o fim de traçar uma distinção entre *Teilhaberechte* (direitos de participação) e *Leistungsrechte* (direitos a prestações, na concepção de direitos fundamentais sociais), assevera-se que o direito de participação perpassa pela noção de participação no processo e no procedimento<sup>8-9</sup>, na garantia de um procedimento em busca da pretensão, ou

---

<sup>8</sup> Sobre o direito de participação no processo constitucional, tem-se como referência, na doutrina alemã, o constitucionalista Peter Häberle, que possui, inclusive, obras traduzidas para o português, como é o livro “*Die offene Gesselchaf der Verfassungsinterpreten*” (A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição), tradução realizada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes. Também, pode-se citar o texto publicado em 1972 e, novamente, em 1980, “*Grundrechte im Leistungsstaat*” (Direitos fundamentais no Estado Prestacional), em que o autor aponta o conceito de *status activus processualis*, enquanto *status* de participação no processo público de estabelecimento dos conteúdos associados aos direitos fundamentais e à própria democracia.

<sup>9</sup> Sobre o *status activus processualis*, bem como a teoria de Häberle referente à participação e à democracia, sugere-se a leitura da obra de Leal, M.C.H. e Maas (2020): “Ju-

seja, na forma de requerer o direito pretendido; já o direito à prestação corresponderia ao direito que se poderia exigir do Estado, o direito a ser requerido, ou seja, o próprio direito em si. Então, a diferença consiste em que, de um lado, tem-se o direito a ser exigido e, do outro, a forma de se exigir esse direito: conteúdo e forma (MURSWIEK, 1992, p. 246-247)<sup>10</sup>. Em complementação, Sarlet (2015, p. 193) sustenta que o termo “prestação” (*Leistung*) representaria mais o conteúdo do objeto da pretensão; já o termo “participação” (*Teilhabe*), a forma de realização dessa mesma pretensão. A rigor, direito e procedimento.

Os limites aprofundam-se quando o direito à participação é compreendido no sentido amplo e estrito (*Teilhaberechte im weiteren Sinne und engeren Sinne*), sendo os direitos sociais classificados como direitos à participação em sentido estrito (*Teilhaberechte im engeren Sinne*), enquanto direitos a prestações sociais, num aspecto de conteúdo, de prestações materiais, correlacionados ao *status positivus socialis*. Murswiek (1992, p. 247-248) estabelece essa classificação utilizando-se da teoria dos *status* de Jellinek: *status passivus* ou *subjectionis* (sujeição do indivíduo frente ao Estado); *status negativus* ou *libertatis* (liberdade individual, oposta a submissão estatal); *status positivus* ou *civilitatis* (prestações positivas do Estado) e *status activus* (cidadania ativa) (JELLINEK, 1919). Com essa base, em sentido amplo, o direito à participação compreende direitos relacionados ao *status activus* (participação no procedimento, como, por exemplo, o direito ao voto) e ao *status positivus* (direitos a prestações em sentido amplo), sendo que este último se divide em *status positivus libertatis* (proteção de direitos e direito à participação no processo) e *status positivus socialis* (*Teilhaberechte im engeren Sinne* - relativo aos direitos sociais, a prestações materiais).

---

dicialização da saúde e controle jurisdicional de políticas públicas: entre informação e participação”.

<sup>10</sup> Borowski (2018, p. 419-420) critica essas classificações e diferentes terminologias (apesar de não se abster de realizá-las), invocando o argumento de que elas não interfeririam na estrutura dogmática dos direitos sociais. Entende que todo direito fundamental à prestação, que amplia a liberdade do indivíduo, designa-se como direito fundamental social.

Outra classificação a ser abordada consiste no direito à participação em seu sentido originário e derivado (*originäre und derivative Teilhaberechte*), sendo que a primeira decorre dos direitos fundamentais diretamente exigíveis do Estado, e a segunda, embora também se baseie em direitos fundamentais, depende de prévia atuação estatal, ou seja, são direitos à participação em instalações existentes e serviços já prestados (MURSWIEK, 1992, p. 247). A mesma diferenciação ocorre quando Alexy (1994, p. 397) aborda os direitos a prestações originárias (*originäre Leistungsrechte*), fazendo a correlação de decorrência direta ou não dos direitos fundamentais e de atuação estatal, sendo, na forma derivada, aqueles que carecem de uma ação autorizadora do Estado.

Em razão do escrito, deve-se deixar claro que a temática deste ensaio decorre da análise dos direitos fundamentais sociais em seu sentido originário e não derivado, ou seja, dos direitos decorrente de forma direta dos direitos fundamentais garantidos na ordem constitucional, e não de direitos decorrentes da existência de um sistema prévio de oferta desses bens ou serviços (SARLET, 2015, p. 195)<sup>11</sup>.

Em síntese, os direitos fundamentais sociais em relação aos quais se prende o olhar no presente estudo são os direitos sociais prestacionais, a prestações materiais, positivas, decorrentes originariamente da Constituição brasileira, da Lei Fundamental alemã e da legislação austríaca, ao passo que, para prosseguir nesse caminho, apresenta-se a diferença e o contexto dos direitos de defesa e de prestação<sup>12</sup>.

### ***3.1.2 Direitos a prestações positivas: direitos de defesa e direitos de prestação***

Na premissa de que os direitos fundamentais sociais são direitos a prestações positivas, oportuno é apresentar a diferenciação clássica

---

<sup>11</sup> Sarlet (2015, p.195) afirma que essa classificação não é incompatível com a classificação dos direitos prestacionais em sentido amplo e estrito, podendo ser aplicada à mesma.

<sup>12</sup> Nesta primeira parte, utiliza-se, predominantemente, a literatura alemã, pois, tanto no Brasil quanto na Áustria, não se verifica com tanta veemência distinções terminológicas ou discussões a esse respeito.

entre direitos de defesa e direitos à prestação. Com esse foco, adiciona-se que, ao lado dos direitos de defesa (*Abwehrrechte*), caracterizados como direitos a ações negativas, encontram-se os direitos de prestação (*Leistungsrechte*), que são direitos a ações positivas, ambos tendo como destinatário o Estado.

Os direitos de defesa<sup>13</sup> ou de abstenção, oriundos e conectados com o indivíduo, em sua visão clássica, decorrentes de um Estado liberal-burguês, possuem um caráter negativo, ou seja, compreendem direitos contra/frente ao Estado, na ideia de que o Estado não deve intervir na liberdade do cidadão (ALEXY, 1994, p. 233-235). Esses direitos protegem, imediatamente, o cidadão em sua liberdade subjetiva negativa contra interferências estatais, bem como de interferências causadas por outros cidadãos (KIRSTE, 2013, p. 167).

Eles estão, por sua vez, associados à teoria dos *status* de Jellinek<sup>14</sup> (1919)<sup>15</sup>, correspondendo ao *status negativus* ou *libertatis*, na medida em que configuram um espaço conformado pela esfera de liberdade individual, assentada em questões que seriam irrelevantes ao Estado, apresentando-se como oposta ao *status passivus* ou *subjectionis*, numa perspectiva de submissão do indivíduo frente ao Estado (ALEXY, 1994, p. 233-235).

Por outro lado, os direitos prestações<sup>16</sup> concebem-se como direitos positivos (ALEXY, 1994, p. 238), sendo identificados, na teoria

---

<sup>13</sup> Alexy (1994, p. 171-179) divide o direito a ações negativas em três diferentes grupos em face do titular do direito: 1. direitos em que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas ações; 2. direitos em que o Estado não afete determinadas características ou situações; 3. direitos em que o Estado não retire determinadas posições jurídicas.

<sup>14</sup> Sobre a teoria dos *status* de Jellinek, observa-se as obras de Kirste (2013 e 2018), como também, do mesmo autor (2018), “*Die Dogmatik der Würde der Menschen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*”.

<sup>15</sup> Muitas críticas são desenvolvidas em virtude dessa teoria e diferentes construções e ampliações podem ser observadas acerca dela, com a constituição e inclusão de mais modalidades de *status*, ao que se deve a sua atualidade, podendo-se citar Alexy (1994, p. 229) nesse sentido. Häberle (1972, p. 73) também formula, a partir da teoria dos *status*, mais outros *status*, como, por exemplo, o *status activus processualis*, já mencionado.

<sup>16</sup> Alexy (1994, p. 179-182) ainda diferencia os direitos a prestações fáticas e normativas, sendo prestações fáticas as condizentes à atuação estatal em garantia material dos direitos e normativas, garantidas por lei.



dos *status*, com o *status positivus* ou *civilitatis*, no qual há pretensões do indivíduo a prestações positivas por parte do Estado (JELLINEK, 1919, p. 87), sendo esse *status* característico do Estado Social. Identifica-se, aqui, a concepção de uma liberdade positiva, uma liberdade para algo (KIRSTE, 2018, p. 165).

Explica-se: o *status positivus* é protegido mediante pretensões a prestações de serviços e de participação dos cidadãos perante o Estado. Assevera-se que, essas pretensões permitem, em primeiro plano, o uso positivo da liberdade. Além do mais, uma ação do Estado que só objetive a proteção do indivíduo, mesmo que seja praticada contra a sua vontade, não se torna justificável. As prestações de serviços do Estado devem também, em todo o caso, servirem a uma finalidade relativa ao bem comum. Por exemplo, leis de proteção aos não-fumantes são justificadas em benefício dos clientes e funcionários de restaurantes que não fumam e não o contrário, isto é, em virtude dos fumantes e proprietários que colocam sua saúde voluntariamente em risco. Nesse diapasão, o *status positivus* correlaciona-se a prestações que o indivíduo não pode, por si só, executar. Extrapolando essa restrição, o Estado não é mais promotor da liberdade, mas restritivo dela (KIRSTE, 2018, p. 263).

Para tornar clara a diferença e contraponto dos direitos de defesa e direitos de prestação, oportuna é a concepção de Leal, M.C.H. (2014, p. 145), quando trabalha a dignidade da pessoa humana como critério para o controle jurisdicional de políticas públicas, afirmando que os direitos positivos (prestacionais), diferenciam-se significativamente daqueles tidos como negativos (de defesa ou de abstenção), pois, quando algo é proibido, como é o caso dos últimos, então toda e qualquer ação que implicar uma violação do direito protegido é tida como proibida. Todavia, quando algo é imposto numa dimensão positiva, nem toda e qualquer ação que protege ou promove o direito é tida como devida, abrindo-se espaço, então, para uma ponderação (entre meios e fins), a qual, na esfera administrativa, traduz-se no conceito de discricionariedade.

Ocorre, no entanto, que essas concepções não podem ser enclausuradas, porque, de um direito de defesa (negativo), concebe-se a derivação de uma dimensão positiva, como de um de direito prestacional (positivo) uma dimensão negativa. Nesse entendimento, conclui-se que os direitos fundamentais possuem uma função dúplice, negativa e positiva, ao fato de que não se deve identificar os direitos sociais como “positivos” e os direitos de liberdade como “negativos”, por possuírem critérios distintos de análise e de classificação. Por exemplo, o direito à moradia, direito social, na condição de direito a ações positivas, carece da promoção e satisfação de necessidades materiais; e, ao reverso, também é protegido contra ingerências externas, como é o caso do direito de inviolabilidade de domicílio frente ao Estado e particulares (SARLET, 2015, p. 211). O mesmo ocorre com o direito à greve, o qual se traduz em um direito à omissão (LEIVAS, 2006, p. 88).

Realizados esses apontamentos teóricos e conceituais, passa-se a abordar a previsão de direitos a pretensões positivas, direitos fundamentais sociais, na ordem constitucional brasileira, alemã e austríaca, ao fim de verificar se os direitos sociais são direitos fundamentais previstos constitucionalmente, em que a investigação transcorre pela doutrina, legislação e jurisprudência.

### ***3.1.3 Previsão Constitucional***

Antes de se adentrar no aspecto central do presente tópico, relativo à previsão constitucional dos direitos “fundamentais” sociais nas Constituições e Leis Fundamentais, é importante destacar que o panorama aqui traçado em relação aos diferentes países objeto deste estudo não consiste em comparar os aspectos sociais e econômicos, como já se pontuou na introdução, mas sim realizar uma leitura sistemática, doutrinária, jurisprudencial e legislativa acerca da posição desses direitos nas respectivas ordens jurídicas, na medida de suas contribuições em vista das similitudes e/ou distinções em virtude de seus conteúdos e estruturas. Esclarecido esse aspecto, abordam-se, a princípio, questões históricas e introdutórias dos direitos sociais, para, em seguida,

assinalar, na legislação brasileira, a temática, que prevê, em sua Carta Constitucional, os direitos sociais como direitos fundamentais, o que, alerta-se, difere dos outros dois modelos que passam a ser perscrutados a seguir.

De início, assevera-se que a primeira lei a contemplar os direitos sociais foi a Constituição Jacobina, na França, de 1793, apontando-se, como exemplo, o direito ao trabalho, à incapacidade ao trabalho, à assistência pública e ao ensino (BRENNE, 2003, p. 19). No entanto, foi a Constituição Russa de 1918, da República Soviética, que inovou, ao estabelecer um catálogo de direitos fundamentais sociais (BÖCKENFÖRDE, 1992, p. 147). A Constituição de Weimar de 1919, uma Constituição não socialista, por mais que faça parte da história alemã, deve ser aqui também mencionada, já que é considerada um marco do constitucionalismo social em geral, como se observa na sequência.

Ainda, importante é asseverar, com Böckenförde (1992, p. 147), que os direitos sociais não são monopólio de Constituições socialistas ou comunistas: “*Soziale Grundrechte waren und sind indes kein Monopol sozialistischer und kommunistischer Verfassungen*”. Justamente, pois, sua previsão se deu em diferentes ordenamentos jurídicos, em modelos e regimes de Estado distintos, como se estuda neste ensaio, começando pelo Brasil.

### 3.1.3.1 BRASIL

Após a Revolução Industrial do Século XIX e das primeiras conquistas dos movimentos sindicais em diferentes países, os direitos de segunda dimensão aparecem, em nível Constitucional, no Brasil, no Século XX, com a Constituição de 1934, porém com baixa normatividade e dotados de eficácia duvidosa (LEIVAS, 1999, p. 241)<sup>17</sup>. A sua abor-

---

<sup>17</sup> Sarlet (2015, p. 192) escreve que a Constituição de 1824, a Constituição Política do Império do Brasil, no rol de direitos fundamentais, realizou uma tímida previsão de direitos e prestações sociais, no artigo 179, referente à garantia dos socorros públicos e do ensino primário gratuito: “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual,

dagem ocorre no Capítulo da Ordem Econômica e Social, e não como direitos fundamentais, o que acontece somente com a atual Constituição Federal, de 1988.

A Constituição de 1934 foi inspirada na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919 (SARLET, 2015, p. 192), tida, esta última, como ainda vai ser mencionado, como uma Carta “fracassada”, justamente pelas atrocidades ocorridas na Segunda Grande Guerra Mundial, não servindo como paradigma para a Lei Fundamental Alemã de 1949.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934, proclamada no governo de Getúlio Vargas, então, foi a primeira a contemplar o constitucionalismo social no Brasil, inserindo os direitos fundamentais de segunda dimensão no direito constitucional positivo, bem como assegurando à nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico (SARLET, 2015, p. 192).

As Constituições brasileiras posteriores não deixaram de contemplar os direitos sociais, entretanto é na Constituição Federal de 1988 que esses direitos tomaram caráter de direitos fundamentais. Essa Constituição foi cunhada como a “Constituição Cidadã”, uma Constituição Democrática, pois veio, pela primeira vez, a instituir um Estado Democrático de Direito, proclamando que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, e possui como fundamentos, previstos no seu artigo primeiro, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político. Essa Carta Política exibe um extenso rol de direitos fundamentais no seu Título II, que compreende “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, encontrando-se, no Capítulo I, “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”; no Capítulo II, “Dos Direitos Sociais”; no Capítulo III, “Da Nacionalidade”; no Capítulo IV, “Dos Direitos Políticos”; e no Capítulo V, “Dos Partidos Políticos”.

---

e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte[...] XXXI. A Constituição também garante os socorros publicos. XXXII. A Instrução primaria, e gratuita a todos os Cidadãos”.

Diante disso, constata-se que os direitos sociais, na ordem democrática brasileira, são tidos como direitos fundamentais, sendo esta uma opção do próprio legislador constituinte. Entre os direitos sociais, destacam-se os previstos no artigo 6º da Constituição Federal<sup>18</sup>, compreendendo os direitos à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, a proteção à maternidade, à infância e a assistência aos desamparados.

Os direitos sociais ganham, por sua vez, teor legislativo do artigo 6º ao artigo 11, no Título II, Capítulo II, sendo, posteriormente, regidos a partir do artigo 193, que disciplina que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” (*sic*), quando do Título VIII “Da Ordem Social”, no Capítulo II, “Da Seguridade Social”, composta da saúde, previdência social e assistência social; e no Capítulo III, que trata “Da Educação, da Cultura e do Desporto”.

Destaca-se, com Sarlet (2015, p. 192), que, na Constituição hoje vigente, os direitos sociais, direitos a prestações, encontram uma receptividade antes não vista no ordenamento jurídico pátrio, sem precedentes no constitucionalismo nacional, com a abertura de um capítulo especialmente dedicado aos direitos sociais no catálogo dos direitos e garantias fundamentais, podendo-se encontrar, inclusive fora do rol de direitos fundamentais, a previsão de direitos a prestações, com a citação breve do artigo 17, parágrafo terceiro, abordando o direito dos partidos políticos a acessar recursos do fundo partidário.

Muito se discutiu sobre a aplicabilidade desses direitos, havendo já uma posição, afirma-se, consolidada, de que sua aplicação ocorre de forma imediata<sup>19</sup>, podendo ser invocados ainda quando houver a falta

---

<sup>18</sup> O texto original do artigo 6º da Constituição Federal: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

<sup>19</sup> Nesse entendimento, pode-se citar Leivas (2006, p. 95); Sarlet (2008) e Krell (1999, p. 243).

ou insuficiência de lei<sup>20</sup>, conforme se observa no artigo 5º, parágrafo primeiro, da Constituição Federal, o que não resolve, contudo, a questão de se os mesmos podem ou não ser demandados judicialmente, ou seja, se deles decorre um direito subjetivo do indivíduo (LEIVAS, 2006, p. 95)<sup>21</sup>, ponto a ser debatido no final do trabalho.

Outra discussão sobre os direitos fundamentais sociais no âmbito da teoria brasileira dizia respeito a sua previsão como cláusula pétrea, como limite material de reforma constitucional, diante do artigo 60, parágrafo IV, inciso IV, que prevê que não será objeto de deliberação a proposta que tenda a abolir os direitos e garantias individuais. A discussão atinente referia-se ao fato de a normativa abarcar apenas direitos e garantias individuais, ou seja, não coletivos e sociais, adotando-se as lições de Sarlet (2008, p. 15-17), para quem tal interpretação não pode prosperar, sendo essa uma interpretação literal, visto que, se assim fosse compreendida, os próprios direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição de 1988, de ordem coletiva, não se encontrariam protegidos por essa cláusula; além disso, alguns dos direitos essenciais de participação política (artigo 14), tais como a liberdade sindical (artigo 8º) e o direito de greve (artigo 9º), estariam em condição inferior aos demais direitos fundamentais; ainda, que a previsão de um extenso rol de direitos sociais no título dos direitos fundamentais, sem a garantia de cláusula pétrea, se tornaria sem sentido, se o Constituinte, ao mesmo tempo, lhes tivesse assegurado proteção jurídica diminuída; e, por último (apesar de os motivos aqui trazidos não possuírem caráter taxativo), de grande importância para os fins do presente trabalho, quan-

---

<sup>20</sup> Conforme Krell (1999, p. 244), quando discorre sobre a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais, acerta: "o seu conteúdo não precisa ser concretizado por lei; eles possuem um conteúdo que pode ser definido na própria tradição da civilização ocidental cristã, da qual o Brasil faz parte. A sua regulação legislativa, quando houver, nada acrescentará de essencial: apenas pode ser útil (ou, porventura, necessária) pela certeza e segurança que criar quanto às condições de exercício dos direitos ou quanto à delimitação frente a outros direitos".

<sup>21</sup> Possui-se o entendimento de que, se há a existência de direitos fundamentais sociais, eles são de aplicabilidade imediata, visto que tais direitos, pela posição importante que alcançam no ordenamento jurídico brasileiro, não podem ficar na dependência de outorga ou não pelo Poder Legislativo (LEIVAS, 2006, p. 95).

do se discutir acerca dos direitos (fundamentais) sociais como direitos subjetivos, que todos os direitos previstos na ordem constitucional são de titularidade individual, mesmo que de expressão coletiva, ou seja, é o indivíduo que possui o direito ao voto, à saúde, à educação, ao meio ambiente, cuja prestação, em última análise, se dá de forma particularizada.

Prosseguindo, constitui um paradoxo que o Brasil, com sua Constituição tão avançada em matéria de direitos sociais, comparando-se, até, com a Lei Fundamental Alemã e a Legislação Austríaca, como será investigado, na realidade, possua uma precária distribuição desses serviços, frente à omissão e/ou ineficácia de políticas públicas para o fim de concretizar a Carta Constitucional e, também, reafirma-se, em face da constante e inevitável aliança entre o econômico e o social (os direitos sociais possuem seu custo!). Trata-se de um problema de eficácia social dos direitos fundamentais sociais proclamados. Nesse toar, quanto aos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal de 1988: “encontram-se em contradição flagrante a pretensão normativa dos direitos fundamentais sociais e o evidente fracasso do Estado brasileiro como provedor dos serviços essenciais para a vasta maioria da população” (KRELL, 1999, p. 240). Por esse motivo, a demanda crescente por prestações positivas na esfera do Poder Judiciário<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Para corroborar com essa afirmação, mas ficando adstrito ao direito fundamental social à saúde, assevera-se que, no Brasil, há uma grande e crescente demanda judicial envolvendo serviços de saúde, de distintas naturezas, na busca, por exemplo, de medicamentos, fraldas, suplementos alimentares, órteses e próteses, bem como para a criação de vagas de Unidade de Terapia Intensiva, a contratação de servidores de saúde, a realização de cirurgias, o custeio de tratamentos fora do domicílio e de tratamentos no exterior, entre outros. Em complemento, conforme informações do Conselho Nacional de Justiça e do Acórdão nº 1787, de 2017, do Tribunal de Contas da União, a maior parte dos gastos com medicamentos judicializados do Ministério da Saúde refere-se a itens não incorporados ao Sistema Único de Saúde (SUS), ou seja, medicamentos que não constam nas listas dos fármacos disponibilizados na rede pública à população (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017, <https://www.cnj.jus.br/tcu-e-estados-apontam-aumento-dos-gastos-com-a-judicializacao-da-saude/>). Esse é um dos problemas dos serviços de saúde no Brasil, pois, por vezes, também, apesar de constar na lista determinado medicamento, ele não é disponibilizado por falta de recurso. Assim, por um lado, as listas encontram-se desatualizadas e, por outro, os medicamentos nas listas estão em falta nas unidades de atendimento. Consta-se, desse modo, com essas breves informações, o que se menciona acima,

Isso leva à constatação de que, no Brasil, a questão não reside na falta de previsão de direitos fundamentais sociais no ordenamento jurídico, mas na aplicabilidade fática desses direitos, associada a uma prestação de um mínimo de serviços públicos à sociedade. A norma existe, “o problema parece estar na formulação, implementação e manutenção das respectivas *políticas* públicas e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos Estados e Municípios” (LEIVAS, 1999, p. 242, grifo do autor).

Agora, até que ponto o Poder Judiciário é *locus* para garantir esses direitos de forma individual remete ao questionamento de se os direitos fundamentais sociais, no ordenamento constitucional brasileiro, conformam-se como direitos subjetivos individuais, o que é investigado no item final da obra.

### 3.1.3.2 ALEMANHA

Em solo tedesco, com uma única exceção, a qual se abordará na sequência, não há a contemplação de direitos fundamentais sociais na Lei Fundamental. Todavia, as Constituições Estaduais os contemplam, com respeito à proeminência do direito federal, o que se explica no decorrer do estudo. Tem-se, pois, que, lá, os direitos sociais fundamentais se concebem por interpretação, pela jurisprudência e nas Constituições Estaduais, afirmando Alexy (1994, p. 396) que a jurisprudência é quem proporciona maiores pontos de discussão sobre os direitos a prestações, muito mais interessantes do que os presentes no texto constitucional ou na história de sua elaboração. Nessa direção, tem-se, por exemplo, a construção jurisprudencial relacionada ao “mínimo existencial” como ferramenta para a exigibilidade dos direitos sociais na decisão conhecida como *Numerus Clausus*, abarcada de forma mais detalhada logo a seguir.

---

há um problema de eficácia social dos direitos fundamentais sociais proclamados, no caso, do direito à saúde, o que leva a crescente demanda judicial na concretização desses direitos, na medida em que faltam serviços de saúde qualificados.



No contexto germânico, a Constituição de 1849 (*Paulskirchenverfassung*) foi a primeira a apontar os direitos fundamentais sociais, sendo inspirada na ideia socialista francesa. Discutiu-se a implementação do direito ao trabalho e ao sustento, porém o que veio a ser legislado foi somente o direito à educação pública (BRENNE, 2003, p. 19-20).

Por sua vez, a Constituição de Weimar, de 1919, dentro de um contexto marcado pela crise econômica vivenciada pela Alemanha no final da Primeira Guerra Mundial (especialmente pelas dívidas assumidas em razão do Tratado de Versalhes), concebida em um Estado Liberal-Burguês, previu com maior abundância direitos fundamentais sociais, contemplando, por exemplo, o direito ao trabalho, à prevenção contra doenças, acidentes e velhice, à moradia, à proteção, à proteção à família e à educação<sup>23</sup>, ficando a crítica no sentido de que muitos desses direitos acabaram na ordem de direitos programáticos (BRENNE, 2003, p. 20-21).

Isso ocorreu na segunda parte da Constituição de 1919, referente aos direitos e deveres fundamentais dos alemães (*Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen*), sendo os direitos sociais contemplados ao lado de direitos individuais-burgueses, estando na quarta e quinta seção os direitos atinentes à educação e à vida econômica, incluídos aqui os direitos dos trabalhadores (BRUNNER, 1971, p. 23). Destaca-se, em complemento, que a primeira parte da Constituição de 1919 referia-se à organização estatal.

Murawiek (1992, p. 260) menciona que a Constituição de 1919 atribuiu ao indivíduo, que possuía a sua liberdade legalmente protegida, uma base social. Educação e propriedade eram os principais pontos da Constituição de cunho liberal anterior (1849), faltando a proteção aos operários e trabalhadores das indústrias. Todavia, faz uma crítica, pois, para que haja a garantia desses direitos, primeiro é necessário que eles sejam fornecidos pelo Estado, ou seja, a proteção do direito à moradia

---

<sup>23</sup> “Bereits die Weimarer Verfassung enthielt, wenngleich überwiegend in der Form von Gesetzgebungsaufträgen, einzelne soziale Grundrechte, so hinsichtlich des Rechts auf Arbeit (Art. 163 II), der Vorsorge gegen Krankheit, Unfall und Alter (Art. 161) und der Sorge für gesunde Wohnung (Art. 155)” (BÖCKENFÖRDE, 1992, p. 147).

pressupõe que o cidadão possua uma habitação, o que abre espaço para considerações alusivas à problemática dos direitos sociais no que diz respeito à disponibilidade de objeto e à disposição estatal, o que se amplia no próximo ponto.

Já a Lei Fundamental de 1949, com a única exceção encontrada no artigo 6º, parágrafo quarto<sup>24</sup>, quanto ao matrimônio, família e filhos, em que toda mãe possui a proteção e assistência da comunidade, não prevê direitos fundamentais sociais. Nota-se que a Constituição apenas trouxe os direitos clássicos de liberdade pelas seguintes razões, embora não se descartem outros motivos: a má experiência do regime nazista; o fato de os membros da Convenção saberem das dificuldades enfrentadas em implementar os direitos sociais; os desacordos que envolveram a previsão ou não desses direitos entre os Partidos; e por ser tida como uma lei provisória, a qual deveria permanecer em vigor até uma Constituição Geral ser implementada – isso ocorreu pela divisão da Alemanha, em que a DDR (*Deutsche Demokratische Republik*) possuía outra Constituição (BRENNE, 2003, p. 22-23).

Reforçando, a decisão de não possuir um catálogo de direitos fundamentais sociais, segundo Murswiek (1992, p. 263-264), perpassa pela ideia de ser concebida como uma Constituição provisória, bem como pelo fato de que se possuía o conhecimento de que esses direitos não poderiam ser garantidos da mesma forma que os direitos de liberdade, de cunho individual, sendo que assim haveria um risco de falha.

Krell (1999, p. 244) afirma que a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, a Lei de Bonn, não incorporou nenhum ordena-

---

<sup>24</sup> A maioria da doutrina indica apenas para o artigo 6º, parágrafo quarto, da Lei Fundamental de Bonn; todavia, outros direitos poderiam ter essa conformação; nesse caminho, Murswiek (1992, p. 263) e Brunner (1971, p. 23) apontam também o parágrafo quinto, que corresponde à proteção dos filhos ilegítimos. Ademais, Brenne (2003, p. 22) amplia este catálogo, com o artigo 6º, parágrafo primeiro, da Lei Fundamental, que diz respeito ao matrimônio e a família estarem protegidos pela ordem estatal, bem como o artigo 9º, parágrafo terceiro, associado à liberdade de associação e coalização, e o artigo 12, parágrafo primeiro, condizente à liberdade de escolha de profissão. Em sentido próximo, observa-se Alexy (1994, p. 397), que menciona a previsão do parágrafo primeiro e quinto do artigo 6º da Lei Fundamental.

mento sistemático dos direitos sociais, tidos como direitos de segunda dimensão, pelas más experiências com a Constituição de Weimar, que foi vista pela doutrina como uma Carta “fracassada”, tendo contribuído para a radicalização da política nos anos de 1920 e a tomada do poder pelos nazistas, sendo que seus modernos artigos sobre direitos sociais foram criticados por se apresentarem como “promessas vazias”. Porém, destaca-se que o fracasso da Constituição de Weimar não se dá exclusivamente pela Segunda Guerra, mas, antes, pela grave crise econômica que a Alemanha viveu sob a República de Weimar (e, portanto, dos próprios direitos sociais nela previstos), e que, em certa medida, abriu caminho para a ascensão do nazismo.

Isso não significa, contudo, que a Lei Fundamental vigente não contemple um Estado Social, visto que, em seu artigo 20, parágrafo primeiro, afirma que a República Federal da Alemanha é um Estado Federal, Democrático e Social, e no artigo 28, na primeira linha do parágrafo primeiro, contempla que as Constituições Estatais devem corresponder aos princípios do Estado Republicano, Democrático e Social de Direito<sup>25</sup>, o que terá implicações quando for observada a jurisprudência sobre o assunto.

Essa não é a direção que os dezesseis<sup>26</sup> Estados Membros (*Bundesländer*) tomaram, pois, em todas as Constituições Estaduais, podem-se

---

<sup>25</sup> Häberle (1980, p. 165) indica diversos artigos que trariam a ideia de Estado Social e do princípio Social na Lei Fundamental vigente: “*Im GG finden sich Aussagen über Leistungsstaat und Leistungsprinzip etwa in Art. 3, 7 IV 3 u. 4, 14 II, 20 I (Sozialstaatsprinzip und Demokratie), 28 II, 29 I, 33 II u. V, 104 a sowie 109, 110, 111 I Ziff. a und c., weiter die neuartigen leistungsstaatlichen Konkretisierungen des Sozialstaatsprinzips: u. a. Art. 74 Ziff. 19 a, 91 a und b. Wird der Leistungsstaat mit diesen Bestimmungen verfassungstextlich legitimiert, so begegnet er uns gleichzeitig als gelebte Verfassung in einer dem bürgerlichen Rechtsstaat unbekanntem Kraft und Fülle in seinen „Leistungsfunktionen“. Ihre Leitlinien und Verfahren „erfüllen“ den leistenden Sozialstaat „von unter her“*”.

<sup>26</sup> Baden-Württemberg, Bayern, Brandenburg, Berlin, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarlandes, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein e Thüringen. Brenne (2003) possui uma obra em que aponta a previsão dos direitos fundamentais sociais nos Estados alemães: “*Soziale Grundrechte in den Landesverfassungen*”.

encontrar, ao lado dos direitos de defesa clássicos, os direitos fundamentais sociais, como o direito ao trabalho, à moradia, à educação, à participação, entre outros (BRENNE, 2003, p. 29-40).

Além disso, é importante mencionar que, antes mesmo da Lei Fundamental de 1949, a Constituição de Bayern (Baviera, Estado alemão – ou seja, uma Constituição Estadual), de 1946, já previa direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, na parte correspondente aos direitos e deveres fundamentais, em que havia títulos referentes à vida em comunidade (*Gemeinschaftsleben*), à economia e ao trabalho (*Wirtschaft und Arbeit*) (BRENNE, 2002, p. 31)<sup>27</sup>.

Em virtude da previsão de direitos fundamentais sociais nas Constituições Estaduais, questiona-se, nesse momento, como os Estados podem atribuir direitos fundamentais sociais, direitos não legislados na Lei Fundamental Alemã? Apresentam-se, para tanto, três fundamentos principais (não excluindo outros): 1) o artigo 28, sobre as Constituições Estaduais e a autonomia administrativa dos municípios, em que a ordem constitucional nos Estados deve corresponder aos princípios do Estado Republicano, Democrático e Social de Direito, seguindo a Lei Fundamental; 2) o artigo 31, que indica a proeminência do direito federal, ou seja, o direito federal possui prioridade frente ao direito estadual; dessa maneira, mesmo que as Constituições Estaduais disciplinem direitos fundamentais sociais, não possuem força de obrigatoriedade à Federação, como já de fato ocorre; 3) o artigo 142, especificamente relacionado aos direitos fundamentais nas Constituições Estaduais e sua força normativa, respeitando o artigo 31 (BRENNE, 2003, p. 40). Dessa maneira, as Constituições Estaduais não podem restringir direitos assegurados na Lei Fundamental, mas possuem a prerrogativa de legislar, introduzindo mais garantias, como

---

<sup>27</sup> Brunner (1971, p. 23-24) assinala os artigos mencionados, que contemplam o direito à educação, ao estudo, à segurança, etc.: “So kennt etwa die bayerische Verfassung von 1946 einen Anspruch auf Ausbildung (Art. 128 I), verschiedene Ausprägungen des Rechts auf Arbeit (Art. 166 II, III, Art. 168 I, III), einen Anspruch aus Sicherung gegen die Wechselfälle des Lebens (Art. 171), und es kann in diesem Zusammenhang auch Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer angeführt werden”.

já acontece, prevendo direitos fundamentais sociais, que, por sua vez, não obrigam o Estado Federal alemão.

Os direitos fundamentais sociais também são protegidos, na Alemanha, pela jurisprudência do Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*), podendo-se citar duas decisões históricas nesse sentido, uma referente à assistência social (*BverfGE 1, 97, de 1951*) e outra sobre a liberdade de profissão (*BverfGE 33, 303, de 1971*).

Na primeira decisão, de 1951, a respeito da demanda de uma viúva e de seus filhos (*Hinterbliebenenrente I*), situação decorrente da Segunda Grande Guerra Mundial, alegando ser insuficiente o que recebiam do Estado para fins de uma vida digna, o Tribunal Constitucional entendeu que, em princípio, o indivíduo não possui um direito subjetivo individual de assistência em face do Estado advinda do direito à dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à integridade física; todavia, o Estado alemão possui um compromisso com a cláusula do Estado Social prevista na Lei Fundamental. Por isso, se o legislador se omite nesse sentido, sendo seu dever a realização do Estado Social, poderia decorrer daí um direito subjetivo do indivíduo a um mínimo de existência digna, a ser exigido perante o Poder Judiciário.

A segunda decisão, do início da década de 1970, teve por objeto de controvérsia o artigo 12, parágrafo primeiro, da Lei Fundamental, que assegura a todos os alemães o direito de escolher livremente a sua profissão, o local de trabalho e o seu lugar de formação, no caso, em vista do número limitado de vagas para o curso de Medicina (*Numerus Clausus*). Cabe referir que, aqui, pela primeira vez, foi empregado o conceito de “reserva do possível”<sup>28</sup> (*Vorbehalt des Möglichen*), associado, notadamente, à noção de razoabilidade, mais do que a questões financeiras e à disponibilidade de recursos econômicos (como, por vezes, é identificada atualmente).

No que tange ao tema deste estudo, tal decisão toma importância, porque há uma interpretação combinada do direito geral de liberdade

---

<sup>28</sup> Sobre a concepção brasileira da teoria da reserva do possível, Leal, M.C.H. e Maas (2019): “Políticas públicas e o ‘fuzzysmo’ da efetividade dos direitos fundamentais sociais: análise crítica do Are 639.337/STF– acesso à educação”.

(Artigo 3º, parágrafo primeiro, da Lei Fundamental Alemã) com o direito de liberdade de profissão e com a cláusula do Estado Social, sendo garantido ao estudante um direito de igual acesso ao ensino superior, condicionado à reserva do possível, em face da igualdade de condições em disputar as vagas de ensino, não consistindo, contudo, em um direito a uma vaga no ensino superior. A decisão também indica que, em tese, tal conformação cabe ao legislador, que é quem deve determinar as condições de acesso ao ensino superior de forma igualitária.

É preciso deixar claro que, apesar de a Alemanha não prever direitos fundamentais sociais na sua ordem constitucional, conforme já mencionado, e das outras circunstâncias anteriormente apontadas, há, sim, uma proteção desses direitos. Nessa perspectiva, Murswiek (1992, p. 266) cita que os direitos fundamentais sociais são compreendidos na forma de direito objetivo, como obrigação objetiva de organização estatal<sup>29</sup>. Dessa forma, o Estado possui o dever de proteção desses direitos, decorrente de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais<sup>30</sup>, aspecto que se retoma de forma mais aprofundada no último tópico desta obra.

Não só isso, os direitos sociais, direitos a prestações positivas, carecem de proteção estatal, especialmente quando o indivíduo, por conta própria, não puder ter acesso a eles. Ao Estado cabe o dever de proteção da dignidade da pessoa humana de pessoas nessas situações, consistindo

---

<sup>29</sup> Registra-se sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais a obra de Leal, M. C.H. e Maas (2020): “Dever de proteção estatal, ‘proibição de proteção insuficiente’ e controle jurisdicional de políticas públicas”.

<sup>30</sup> A dimensão objetiva dos direitos fundamentais foi concebida pelo Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*) na decisão do caso Lüth, de 1958, da qual decorrem alguns aspectos importantes: a) a irradiação (*Ausstrahlungswirkung*) de efeitos dos direitos fundamentais em todos os ramos do direito (constitucionalização), inclusive nas relações de direito privado, denominada eficácia contra terceiros (*Drittwirkung*); b) as garantias processuais dos processos de decisão que podem levar prejuízo aos direitos fundamentais; c) o princípio de organização e procedimento das instituições públicas e privadas; e, talvez o mais importante, d) o dever de proteção estatal (*Schutzpflicht*) nas liberdades asseguradas por direitos fundamentais (GRIMM, 1991, p. 221).

numa obrigação de proteção dos indivíduos contra a tortura, a humilhação, o desprezo e até contra outros particulares (KIRSTE, 2018, p. 135).<sup>31-32</sup>

Além do mais, como se verificou, o Poder Judiciário vem concedendo a garantia dos direitos sociais pela via do direito ao “mínimo existencial” (*Existenzminimum*), conectado à dignidade da pessoa humana e à igualdade, ou seja, de forma indireta, a partir de outros direitos fundamentais.

Mais uma questão que merece ser mencionada consiste em que o direito ao mínimo existencial, no Brasil, bem como na Alemanha, não tem previsão constitucional expressa, apesar de gozar desse *status*. No Brasil, a Constituição Federal não o contempla expressamente, mas possui *status* constitucional como princípio implícito e está presente nas decisões envolvendo o direito fundamental à dignidade da pessoa humana (notadamente, no controle jurisdicional de políticas públicas) (LEAL, M.C.H., 2014, p. 207-208).

O mesmo ocorre, por sua vez, na Alemanha, onde o direito ao mínimo existencial se desenvolve a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, frente às interpretações do direito à dignidade da pessoa humana, ocorrendo através do mínimo existencial a concretização (e reconhecimento de exigibilidade) dos direitos sociais. O direito ao mínimo existencial passa, portanto, a ser forma de realização dos direitos sociais.

Em conclusão, na Alemanha, os direitos fundamentais sociais apresentam-se garantidos, portanto, como já se mencionou, através da

---

<sup>31</sup> “Wird die Freiheitsfähigkeit des Menschen missachtet, wenn der Staat dem Einzelnen hilft, obwohl dieser sich selbst helfen kann aber nicht helfen will, so erlegt umgekehrt das Grundgesetz dem Staat eine Schutzpflicht auf, wenn der Einzelne seine Würde nicht selbst schützen kann, obwohl er dies will. Der Staat muss den Einzelnen mithin gegenüber Folter, Erniedrigung, Verächtlichmachung auch durch Private schützen” (KIRSTE, 2018, p. 135).

<sup>32</sup> Contudo, essa proteção estatal não pode ser imposta nem forçada, pois, se essa garantia ocorrer de forma paternalista, ou seja, sem que o indivíduo possa coparticipar da decisão sobre o modo e a abrangência de tais direitos, é contraditória a dignidade do sujeito (KIRSTE, 2013, p. 164). Interessante é também, sobre o assunto, a leitura do texto de Kirste (2013): “Autonomia e Direito à autolesão. Para uma crítica do Paternalismo”.

legislação Estadual, da jurisprudência e da interpretação. Desse modo, a Alemanha, diferentemente do Brasil, não contempla em sua Lei Fundamental a proteção de direitos fundamentais sociais.

### 3.1.3.3 ÁUSTRIA

Na Áustria, por sua vez, a questão dos direitos fundamentais sociais restringe-se ainda mais. A Constituição hoje vigente é a Carta de 1920<sup>33-34</sup>, cunhada por Hans Kelsen, e que não consagra um catálogo de direitos fundamentais, mas apenas algumas disposições nesse sentido; também não há nenhuma previsão de direitos fundamentais sociais, sendo que, diferentemente do que ocorre na Alemanha, esses direitos tampouco são concebidos pela jurisprudência ou pela via da interpretação.

A Constituição Austríaca de 1920 foi a primeira a determinar a guarda da Constituição como tarefa do Tribunal Constitucional; decorrente disso, também, vem o controle de constitucionalidade, teoria concebida por Hans Kelsen<sup>35</sup>, que serviu de modelo aos outros países, sendo o Tribunal Constitucional Austríaco o mais antigo da Europa: “*Der österreichische Verfassungsgerichtshof (VfGH) bildet damit das älteste Verfassungsgericht Europas und als solcher dem Prototyp des europäischen Modells der richterlichen Gesetzesprüfung*” (ÖHLINGER; STELZER, 2010, p. 501).

A Constituição de Kelsen substituiu a Constituição Monárquica de 1867, a *Dezemberverfassung*. Esclarece-se que, com a Constituição de 1867, codificaram-se (além de três outros documentos), em separado, os direitos fundamentais na Lei Fundamental do Estado (*Staatsgrundgesetz*

---

<sup>33</sup> O que não significa que ela não sofreu modificações, possuindo diversas emendas e disposições constitucionais (ÖHLINGER; STELZER, 2010, p. 506).

<sup>34</sup> É preciso mencionar, também, que o direito austríaco sofre grande influência do direito europeu (ÖHLINGER; STELZER, 2010, p. 512), o que nesse estudo não se irá aprofundar.

<sup>35</sup> Cita-se, quanto ao debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre quem deveria ser o guardião da Constituição, a obra de Leal, M.C.H. (2007).



über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrath vertretenen Königreiche und Länder). A *Staatsgrundgesetz* foi recepcionada pelo artigo 149 da Constituição Federal vigente (1920), convivendo, porém, como legislação apartada (ÖHLINGER; EBERHARD, 2016, p. 299).

Em pesquisa na Constituição Federal vigente, encontram-se direitos fundamentais referentes ao direito de igualdade e ao devido processo legal (artigo 7º e 83, 2) (ÖHLINGER; EBERHARD, 2016, p. 299), apesar de que, pela busca ao termo “*Grundrechte*” (direito fundamental), nenhuma menção foi localizada.

Antes de prosseguir, é preciso mencionar que o sistema constitucional da Áustria distingue-se do sistema brasileiro e alemão, pois os direitos constitucionais não estão apenas previstos na Constituição Federal, sendo ela somente parte de um corpo legislativo, visto que normas constitucionais podem ser elaboradas através do direito comum, desde que aprovadas por quórum diferenciado e que no texto conste, expressamente, que se trata de lei constitucional, conforme o artigo 44, parágrafo primeiro<sup>36</sup>, da Constituição da Federação. Assim, atualmente, encontram-se mais de 60 normas nesse sentido (ÖHLINGER; EBERHARD, 2016, p. 299).

Nessa linha, pode-se afirmar, categoricamente, que as normas de direito constitucional não estão sistematizadas e codificadas em apenas um documento jurídico: “*An dieser Stelle ist darauf aufmerksam zu machen, dass das österreichische Bundesverfassungsrecht nicht in einer einzigen Verfassungsurkunde kodifiziert ist*” (ÖHLINGER; STELZER, 2010, p. 505).

Com isso, percebe-se que ao lado da Constituição Austríaca de 1920 existem outras normas com *status* constitucional. Esclarecido

---

<sup>36</sup> O artigo 44, parágrafo primeiro, da Constituição Federal Austríaca, permite, desde que presentes no Congresso Nacional a metade dos parlamentares e sendo aprovada por dois terços, bem como possua a denominação de lei constitucional ou disposição constitucional, legislar direito constitucional: “*Verfassungsgesetze oder in einfachen Gesetzen enthaltene Verfassungsbestimmungen können vom Nationalrat nur in Anwesenheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder und mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen beschlossen werden; sie sind als solche („Verfassungsgesetz“, „Verfassungsbestimmung“) ausdrücklich zu bezeichnen*”.

esse ponto, traz-se que os direitos fundamentais não provêm de uma única lei. Alguns poucos foram incorporados pela Constituição da Federação, outros constam na Lei Fundamental do Estado (*Staatsgrundgesetz*), como já destacado, tendo ainda previsão na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (*Europäischen Menschenrechtskonvention*), de 1958, e na Carta de Direitos Fundamentais (*Grundrechtecharta*) da União Europeia<sup>37</sup>, à qual a Áustria pertence desde 1995 (ÖHLINGER; EBERHARD, 2016, p. 299-301). Dessa forma, numa visão ampla, pode-se afirmar que há um catálogo de direitos fundamentais na Áustria, todavia, não se encontra limitado à previsão constitucional, tampouco, possui caráter taxativo.

Os direitos fundamentais constantes na *Staatsgrundgesetz* apresentam-se como típicos direitos liberais, direitos de defesa, na concepção de uma teoria de direitos fundamentais liberais, não consagrando, por sua vez, direitos fundamentais sociais (ÖHLINGER; STELZER, 2010, p. 502): “*Die Verfassung kennt vor allem liberale Grundrechte, wie das Eigentumsrecht und die Erwerbsfreiheit, aber keine sozialen Grundrechte*” (PFEIL, 2018, p. 7)<sup>38</sup>. Desse jeito, não há uma especial proteção aos direitos fundamentais sociais na Constituição da Federação, tampouco na *Staatsgrundgesetz*<sup>39</sup>.

Importante se faz, nesse caminho, mencionar, também, que, na Constituição Austríaca, o Estado não é intitulado, de forma expressa, como um Estado Social. O artigo primeiro institui-o como uma República Democrática, e não Social Democrática. Contudo, consagra-se na

---

<sup>37</sup> O que faz a Áustria e a Alemanha a adotarem a Carta Social da União Europeia (BERKA, 1999, p. 577).

<sup>38</sup> Dedicar-se essa nota ao Professor Doutor Walter J. Pfeil, da *Universität Salzburg*, que compartilhou seus ensinamentos sobre os direitos sociais na Áustria, aproveitando-se, também, para pedir desculpas caso suas informações tenham sido escritas de forma errônea nesse estudo.

<sup>39</sup> Nessa perspectiva, pode-se citar Berka (1999) em “*Die Grundrechte: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich*”; Öhlinger e Stelzer (2010) no artigo “*Der Schutz der sozialen Grundrechte in der Rechtsordnung Österreichs*”; Novak (1972) na obra “*Das Problem der sozialen Grundrechte*”; e Speckamp (2013) em “*Soziale Grundrechte im Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Österreich*”.

doutrina o entendimento de que o princípio do Estado Social estaria previsto, de forma indireta, através do compromisso com a democracia e pela consequente proteção aos seus cidadãos em relação a suas deficiências sociais (SPECKAMP, 2013, p. 37), bem como no regramento de algumas Constituições Estaduais e no direito comum (ÖHLINGER; STELZER, 2010, p. 500-501). Mas concorda-se com Pfeil (2018, p. 7) quando sustenta que falta à Áustria uma cláusula social, que dê ao Estado uma finalidade social: “*Auch eine entsprechende Staatszielbestimmung in Form einer Sozialstaatsklausel, die den Gesetzgeber zur Herstellung erträglicher Lebensbedingungen anhalten könnte, fehlt bisher*”.

Prosseguindo, foi alvo de muitas discussões a possibilidade de Constituições Estaduais poderem ou não inserir direitos fundamentais em seu corpo legislativo, o que atualmente é permitido, conforme o artigo 99 da Constituição Federal Austríaca, porém com certas limitações, no sentido de que não podem introduzir novos direitos, apenas complementar direitos fundamentais já existentes, no que difere do ordenamento constitucional alemão. Mesmo assim, alguns Estados inseriram direitos fundamentais, inclusive com um aspecto social, entretanto, a força normativa dessas leis é apenas estadual e não obriga a Áustria, sendo juridicamente competente para julgar essas demandas o Poder Judiciário Estadual (ÖHLINGER; STELZER, 2010, p. 507-508). Nesse caminho, encontram-se exemplos no Estado<sup>40</sup> de Oberösterreich e do Tirol, cujas Constituições Estaduais preveem direitos sociais para pessoas carentes e pessoas que se encontram em situação de emergência, direitos esses que são garantidos conforme constam na legislação: “*nach Maßgabe der Gesetze*” (BERKA, 1999, 575-576), ou seja, na forma restritiva prevista em lei<sup>41</sup>.

Acrescenta-se que, em 2011, através da Convenção dos Direitos das Crianças (*UN-Kinderrechtskonvention*), introduziram-se na Cons-

---

<sup>40</sup> A Áustria possui nove Estados-membros: Burgenland, Kärnten, Niederösterreich, Oberösterreich, Salzburg, Steiermark, Tirol, Vorarlberg e Wien.

<sup>41</sup> Sem denominar o Estado, Öhlinger e Stelzer (2010, p. 507) asseveram que, nas Constituições Estaduais, pode-se encontrar proteção à propriedade, direito de petição, direito de igualdade, proteção à família, criança e adolescente, direito ao trabalho, à ajuda social, à assistência, à saúde, entre outros.

tuição direitos fundamentais relativos às crianças, como, por exemplo, a proibição de trabalho infantil, proteção e assistência às mesmas (ÖHLINGER; EBERHARD, 2016, p. 309), direitos estes, destaca-se, também de cunho social.

No mais, diferentemente do que ocorre na Alemanha e no Brasil, como será aprofundado no último tópico dessa obra, não se verifica uma construção jurisprudencial em face dos direitos fundamentais sociais; observa-se, isso sim, de um lado, a citação de algumas decisões pela doutrina, proclamando, justamente, que os direitos sociais não são direitos fundamentais e o caráter de direitos de defesa dos direitos fundamentais, associado a uma postura negativa, e não positiva, do Estado. Nesse rumo, em 1964, o Tribunal Constitucional assentou que a política econômica e social não seriam direitos fundamentais constitucionais (NOVAK, 1972, p. 18); em outras duas oportunidades, em 1974, envolvendo a questão do aborto, e, em 1977, referente à cogestão de assistentes e estudantes nas Universidades, afirmou o caráter de direitos de defesa dos direitos fundamentais (ÖHLINGER; STELZER, 2010, p. 502).

De outro lado, importante é colacionar a posição de Öhlinger e Stelzer (2010, p. 505), de que, a partir da decisão n. 14.453, do ano de 1996, envolvendo o monopólio estatal da lei de radiodifusão, teria o Tribunal Constitucional atribuído aos direitos fundamentais uma visão positiva, não se podendo mais compreendê-los apenas como direitos fundamentais na ordem liberal, recebendo os direitos fundamentais um elemento a mais, cunhando-os como “direitos fundamentais sociais” – posição única encontrada com esse seguimento.

Ainda mais, tem-se a afirmação de que se poderia dar uma proteção aos direitos fundamentais sociais por meio do direito fundamental à igualdade (BERKA, 1999, p. 577), havendo, nessa direção, decisão referente à proteção e à garantia no caso de pensões e do seguro de pensionistas. No caso, o Tribunal Constitucional concedeu o direito de reivindicar um direito social através do direito de igualdade, concernente ao valor pago aos trabalhadores em atividade e às atuais pensões aos

aposentados, o que leva à discussão sobre a atuação do Poder Judiciário Austríaco frente aos direitos sociais (PFEIL, 2015, p. 420)<sup>42-43</sup>.

Essa posição é a que mais ganha força atualmente, na concepção de concretização dos direitos fundamentais sociais de forma indireta, através do direito de igualdade, compreendendo que esses direitos não podem ser excluídos da proteção estatal: “Über den Gleichheitsgrundsatz können sich „derivative Leistungs- und Teilhaberechte“ ergeben, d.h. ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht, von bestimmten staatlichen Leistungen nicht in unsachlicher Weise ausgeschlossen zu werden” (ÖHLINGER; EBERHARD, 2016, p. 309).

Também, Öhlinger e Stelzer (2010, p. 516) creem que se poderia conceber, através dos seguintes direitos fundamentais, direitos fundamentais sociais no contexto austríaco: direito de igualdade (artigo 7º da Constituição Federal); garantia da propriedade (artigo 5º da Lei Fundamental do Estado e artigo 1º, 1 do Aditivo da Convenção de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdade Básicas); direito de aquisição da liberdade (artigo 6º da Lei Fundamental do Estado); liberdade de formação profissional (artigo 18 da Lei Fundamental do Estado); liberdade de reunião (artigo 12 da Lei Fundamental do Estado e artigo 11 da Convenção de Proteção dos Direitos Humanos e de Liberdades Básicas); igualdade de acesso a escolas públicas (artigo 14, 6 da Constituição Federal); direito à profissão (artigo 2º, 1 do Aditivo da Convenção

---

<sup>42</sup> Nessa lógica, Pfeil (2015, p. 420) aborda a temática trazendo para o debate a atuação do Poder Judiciário: “Bei der Frage, inwieweit der Gesetzgeber in sozialrechtliche Ansprüche oder Anwartschaften eingreifen kann und darf, bandelt es sich um eines der aktuellsten uns spannendsten Grundsatzthemen, die das Sozialrecht zu bieten hat. Da es dafür keine Regelung gibt, sondern derartige Eingriffe vom österreichischen VfGH vor allem an einer aus dem allgemeinen Gleichheitssatz abgeleiteten Vertrauensschutz gemessen werden, sind die Möglichkeiten und Grenzen für solche Maßnahmen vielfach unklar.” Com a mesma temática, encontra-se artigo de Ingrid Siess-Scherz: “Vertrauensschutz im Sozialrecht” (2015).

<sup>43</sup> A discussão foco da Áustria, como da Europa, são os direitos sociais que deverão ser concedidos aos imigrantes, fazendo uma diferenciação entre aqueles que vieram para a finalidade de trabalho e estudo, na busca de condições melhores de vida, dos imigrantes refugiados, em que a única forma de proteger a sua vida foi se retirando do solo pátrio. Nessa discussão, cita-se a obra de Mosler, Pfeil e Schratlbauer (2018): “Migration, Arbeitsmarkt und Sozialpolitik”.

de Proteção dos Direitos Humanos e de Liberdades Básicas); liberdade econômica (artigo 17 da Lei Fundamental do Estado); liberdade artística (artigo 17 da Lei Fundamental do Estado); e direitos da minoria (artigo 7º do Contrato Estatal de Viena).

Quanto à Áustria, a forma de proteção concebe-se pela garantia dos direitos (fundamentais) sociais na ordem internacional, e timidamente na perspectiva nacional, bem como pelo direito comum<sup>44</sup> e pela previsão em algumas Constituições Estaduais. Verifica-se uma evolução na jurisprudência em direção à defesa desses direitos de forma indireta, por meio do direito de igualdade, como ocorre na Alemanha. Além do mais, conforme Berka (1999, p. 581-583), apesar de não ser uma finalidade do Estado expressamente prevista na Constituição Federal, como antes mencionado, entende-se a proteção social como um objetivo e função estatal.

Finalizando, conclui-se que a previsão e a garantia dos direitos fundamentais sociais na ordem normativa constitucional, no estudo aqui proposto, vai de um grau máximo (Brasil) a um mínimo (Áustria), em face da análise sistemática na doutrina, jurisprudência e legislação (não se tendo em conta aspectos de desenvolvimento econômico-social). A construção jurisprudencial, na forma de concretização indireta, na Alemanha e na Áustria, de maneira muito tímida, assegura-os por meio de outros direitos fundamentais, notadamente os direitos individuais. No entanto, os argumentos encontrados para essas diferentes formas de abordagem perpassam pela temática e questionamento, comum aos três ordenamentos jurídicos, sobre as problemáticas que envolvem os direitos fundamentais sociais, delimitando-as a três aspectos: a previsão constitucional, a disponibilidade do objeto econômico e a justiciabilidade (com maior destaque no último ponto do trabalho), que serão objeto de análise na continuidade, principalmente, a partir

---

<sup>44</sup> Pfeil (2018, p. 8) sustenta que, apesar de não possuir *status* de direitos fundamentais, os direitos sociais devem ser concretizados através do direito comum: “*Das Fehlen sozialer Grundrechte bedeutet nicht, dass der einfache Gesetzgeber an keinerlei nationale Schranken bei der Gestaltung – und in diesen Zusammenhang vor allem bei Abbau – sozialrechtlicher Ansprüche gebunden wäre*”.

de obras da doutrina alemã<sup>45</sup> e austríaca<sup>46</sup>, com foco em aspectos do passado e hodiernos.

### **3.2 Algumas das problemáticas dos direitos fundamentais sociais: previsão constitucional, disponibilidade do objeto econômico e justiciabilidade**

As problemáticas dos direitos fundamentais sociais estão atreladas, muito mais, à ordem política (MURSWIEK, 1992, p. 250), moral (BOROWSKI, 2018, p. 418) e filosófica (ARANGO, 2000, p. 173), do que propriamente jurídica. Com isso, afirma-se que a realização dos direitos sociais é complexa, abrangendo outros aspectos, não ficando adstrita à dimensão jurídica. Independentemente de sua natureza, é possível perceber três pontos convergentes<sup>47</sup>: previsão constitucional, disponibilidade do objeto econômico e justiciabilidade, esse último, aprofundado mais na sequência.

Aponta-se para a primeira problemática, quanto à previsão constitucional, com Brunner (1971, p. 14) e nota-se o argumento de que, para o reclamante requerer um benefício estatal, pressupõe-se, logicamente, que ele possua essa pretensão: “*Leistungsansprüche setzen logischerweise die Verfügungsmacht des Anspruchsgegners über das Anspruchsobjekt voraus*”. Desse modo, questiona-se como se exigir uma ação do Estado, uma pretensão (*Anspruch*) fundamental social, se este, por vontade legislativa (claro, tendo-se em vista questões tanto econômicas como políticas e sociais), não o consagrou na Carta Constitucional,

---

<sup>45</sup> Brunner (1971) “*Die Problematik der sozialen Grundrechte*” é também muito discutida na obra de Müller (1981) “*Soziale Grundrechte in der Verfassung?*”.

<sup>46</sup> Berka (1999) também aborda a discussão, bem como Novak (1972) “*Das Problem der sozialen Grundrechte*”.

<sup>47</sup> O intuito é sistematizar e apresentar as problemáticas frente às abordagens comuns desses três países, não querendo afirmar que esses seriam os únicos pontos de discussão, descartando-se os inúmeros outros, como, por exemplo, a característica de direitos programáticos (SARLET, 2015; NOVAK, 1972; MÜLLER, 1981) e da distribuição individual de bens coletivos (BOROWSKI, 2018).

como é o caso alemão e austríaco. Poder-se-ia entender que se estaria exigindo do Estado uma ação proibida, contrária à lei.

Em face dessa concepção restritiva-positivista e seguindo-se nessa mesma linha, assevera-se que a presente problemática resolveria as demais, visto que, se o Estado é quem possui a capacidade jurídica, o poder de determinar quais direitos irá garantir, principalmente, no seu catálogo de direitos fundamentais (ponderando, para tanto, questões políticas, sociais e econômicas), se assim não o fez, a problemática econômica e judicial perderia sua importância – o que de fato não ocorre, justamente, pelos exemplos e o entendimento doutrinário e jurisprudencial alhures apontados.

Todavia, alerta-se, com Böckenförde (1992, p. 153-154), que garantir os direitos sociais na ordem de direitos fundamentais, inserindo-os na base da Constituição (*Boden der Verfassung*), como uma obrigação estatal decorrente da lei, não tem o condão de fazer com que esses direitos sejam imediatamente realizáveis, ou seja, não representam um direito imediato e autoaplicável. Acrescenta-se, nessa perspectiva, que reconhecer os direitos sociais como direitos fundamentais não os torna prioritários em relação aos direitos individuais de liberdade, os direitos de defesa, que também são direitos fundamentais.

Ademais, o mesmo autor (1992, p. 153-154) questiona qual é a medida de realização dos direitos sociais (mínima, máxima ou normal), ou seja, há diferentes maneiras possíveis para a sua efetivação (no caso do direito à moradia, por exemplo, poderia ser através do fornecimento de moradia própria ou pelo pagamento de aluguel – surgindo daí, ainda, o questionamento acerca de qual o tamanho apropriado dessa moradia). Conclui-se, pois, que a proteção dos direitos fundamentais sociais não decorre exclusivamente de sua previsão legal. A questão é também financeira (apesar de que é preciso ter em consideração que os demais direitos também possuem o seu “custo”, como será destacado em seguida, ou seja, esse não é um problema “exclusivo” dos direitos fundamentais sociais). O que reflete, por sua vez, na situação brasileira, que possui os direitos sociais como direitos fundamentais, previstos na



Constituição Federal, porém, isso não faz com que eles sejam garantidos à população, faltando-lhes, muitas vezes, eficácia material.

Em continuidade, acrescenta-se, com Brunner (1971, p. 16-17), que, além do aspecto econômico, os direitos sociais também possuem um limite fático, decorrente da própria escassez natural do objeto: “*Die natürliche Knappheit der Anspruchsobjekte ist eine faktische Schranke aller sozialen Grundrechte*”. Exemplificando, não havendo postos de trabalho, o direito ao trabalho não tem como ser concretizado. A disponibilidade do objeto da prestação precisa ser possível de ser exigida e estar à disposição, havendo um limite fático, material e prático à concretização do direito social. Em leitura semelhante, aponta Murswiek (1992, p. 260), na concepção de que a garantia dos direitos sociais implica um prévio fornecimento desses direitos pelo Estado, desse modo, a proteção do direito à moradia pressupõe que o cidadão possua uma moradia.

Para além desses aspectos assinalados, é preciso ter-se em consideração, ainda, que a concretização dos direitos sociais é dependente do desenvolvimento econômico-social: “*Die Realisierbarkeit der sozialen Grundrechte ist immer von dem erreichten Stand der ökonomisch-gesellschaftlichen Entwicklung abhängig*”. (BRUNNER, 1971, p. 16-17). A questão de sua previsão constitucional, a disponibilidade do objeto e a garantia de prévio fornecimento recaem em um único ponto, pois o econômico e o social, como já afirmado, sempre estarão interligados.

Igualmente, encontra-se o pensamento de Starck (2014, p. 646), para quem, em razão da imprecisão do objeto a ser garantido na esfera dos direitos sociais, e por questões financeiras, entende que esses direitos não podem ser garantidos da mesma forma que os direitos de defesa: “*Wegen der Unbestimmtheit des Anspruchsobjekts und wegen der nicht überwindbaren Knappheit der Finanzen kann die Verfassung soziale und andere Leistungsrechte nicht in derselben strengen Verbindlichkeit garantieren wie Abwehrrechte*”. Importante aqui é lembrar e conectar ao pensamento de Häberle (1972), que trabalha com a noção de participação nos procedimentos, o *status activus processualis*, para a determinação dos conteúdos dos direitos prestacionais, que poderia auxiliar na garantia dos direitos sociais de forma diferenciada aos direitos de defesa.

Apesar disso, a questão econômica pode ser observada de diferentes ângulos. A primeira abordagem diz respeito ao entendimento de que todos os direitos exigem custos, sejam eles de defesa ou de prestação, porque os direitos de defesa necessitam, igualmente, para a sua realização, um conjunto de medidas positivas do Estado, de alocação de recursos humanos e materiais para sua proteção e implementação. Geram encargos ao Estado, como, por exemplo, o próprio direito de votar, que, para se concretizar, demanda recursos estatais (urnas, transporte, alimentação, entre outros) (SARLET, 2015, p. 212 e 293).<sup>48</sup>

Nessa lógica, o argumento financeiro não poderia ser empregado de forma tão sobrepesada, já que, quando se trata dos direitos de defesa e sua concretização, o mesmo fator não é enfrentado com tanta veemência, ninguém irá arguir seriamente o fato de um juiz não conceder um *Habeas Corpus* ou deixar de assegurar o direito à vida, à liberdade, etc. por não possuir a máquina estatal uma estrutura adequada disponível ou não dispor de recursos financeiros. Políticas públicas não são exclusivas a concretizar direitos de prestações positivas, os direitos sociais, porque os direitos de defesa (negativos), designados como individuais, também possuem o seu custo, ou seja, todos os direitos fundamentais têm alguma relevância econômica (SARLET, 2015, p. 213 e 293).<sup>49</sup>

Não se pode desconsiderar, ainda, consoante Alexy (1994, p. 466-467), que se observa o seguinte argumento contrário aos direitos fundamentais sociais: “*Das Maß der Inanspruchnahme sozialer Grundrechte steigt in Wirtschaftskrisen*”, ou seja, a extensão do exercício dos direitos

---

<sup>48</sup> Queiroz (2006, p. 18) advoga no mesmo sentido: “os clássicos direitos de defesa, desde a liberdade de expressão, o direito de acesso ao direito e aos tribunais, até ao direito de voto, requerem, por parte da esfera pública, não apenas proibições de interferência dos poderes públicos, mas ainda obrigações de prover a numerosas e complexas condições institucionais do respectivo exercício e garantia”.

<sup>49</sup> Referente a esse tema, não poderia deixar de lembrar Sunstein e Holmes (2011) que chamam a atenção para os custos dos direitos sociais no livro “*El costo de los derechos*” em que traçam uma discussão sobre a arrecadação e os gastos com políticas públicas, reafirmando que não só os direitos tidos como econômicos, sociais e culturais implicam políticas públicas, e conseqüentemente, alocação de recursos; os direitos individuais também enfrentam a mesma problemática.

fundamentais sociais aumenta em crises econômicas, pois até os direitos sociais mínimos, como o mínimo de assistência médica, possuem, quando deles muitos necessitam, grandes efeitos financeiros; porém, o autor deixa claro que esse fato não pode ser suficiente para a sua não existência. Ademais, os direitos individuais também comportam gastos ao Estado, citando-se, como exemplo, a decisão em que o Tribunal obrigou o Estado a criar os meios necessários para evitar uma prisão preventiva desproporcionalmente longa (*BVerfGE 36, 264*). Além disso, é nos momentos de crise que a proteção dos direitos sociais na ordem constitucional, por mínima que seja, se torna imprescindível.

A outra mirada vem com Murswiek (1992, p. 253), para quem nem todos os direitos sociais implicam alocação orçamentária, custos. Dessa maneira, o autor divide os direitos sociais em quatro grupos: 1. relacionados a benefícios sociais, como educação, ajuda social e ao dinheiro fornecido aos pais para o sustento e educação dos filhos, por exemplo; 2. direitos a subsídios estatais; 3. direitos de interesse geral, como água, luz, gás, etc.; 4. direito à participação e de desfrutar dos bens públicos. Nesse entendimento, o autor assevera que os dois últimos grupos seriam direitos a prestações tidos como neutros, que não demandariam custos (pelo menos mais custos), visto que esses direitos devem ser fornecidos a todos os cidadãos, não dependendo, em decorrência disso, de uma nova promoção, alocação de despesas e distribuição de bens.

A questão econômica ainda ganha espaço na próxima problemática, a justiciabilidade, o que, com maior apreço, se trabalha no item final deste estudo. Introduzindo o tema, Alexy (1994, p. 462) advoga que, quando apresenta o argumento da competência dos direitos fundamentais sociais em virtude de seus efeitos financeiros, por decorrência dos grandes custos associados à sua realização, conduziria, inclusive, a que a política orçamentária ficaria nas mãos do Tribunal Constitucional, o que seria incompatível com a Lei Fundamental. Aliás, diga-se, é o que se enfrenta no Brasil, principalmente em matéria de saúde, onde, frente à ineficácia ou omissão de políticas públicas, bem como em razão de inúmeros outros fatores, o Poder Judiciário torna-se o concretizador do

direito fundamental à saúde, ultrapassando, muitas vezes, o gasto com a judicialização da saúde o próprio orçamento do ente estatal para esse fim<sup>50</sup>.

Entretanto, a apreciação dos fatores econômicos para a tomada de decisão quanto às possibilidades e os meios de efetivação desses direitos fundamentais sociais cabe, principalmente, aos órgãos políticos e legislativos (LEIVAS, 1999, p. 241). Além do mais, é o Poder Legislativo o primeiro a realizar a interpretação e concretização desses direitos, cabendo a ele as escolhas alocativas e a definição de políticas públicas.

Alerta Alexy (1994, p. 467) que a existência de um direito fundamental não pode depender de forma exclusiva de sua justiciabilidade. Pelo contrário, se o direito existe, ele é justiciável: “*Die Existenz eines Rechts kann nicht ausschließlich von einer wie immer definierten Justiziabilität abhängen, vielmehr ist dann, wenn ein Recht existiert, dieses auch justiziabel*”.

Mas essa tarefa compete ao Poder Judiciário? Daí, entrar-se-ia na questão do princípio da separação dos poderes, na discussão referente à judicialização (do direito e da política) e ao ativismo<sup>51</sup>, como no confronto entre outros direitos e princípios. Entende-se que cada caso deve ser analisado, frente à omissão legislativa e executiva, a aspectos econômico-sociais e à atividade do Judiciário, especialmente no Brasil, em

---

<sup>50</sup> Por exemplo, tem-se os Estados de São Paulo, Minas Gerais e Santa Catarina que despenderam, juntos, com demandas judiciais, entre 2013 e 2014, R\$ 772 milhões, valor superior ao gasto da União no mesmo período (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017, <https://www.cnj.jus.br/tcu-e-estados-apontam-aumento-dos-gastos-com-a-judicializacao-da-saude/>). Em complemento, efetuado estudo *online* através do Painel Justiça em Números, considerando as ações correlacionadas ao tema da saúde ajuizadas no período de 01 de janeiro de 2014 (data de implementação do painel) a 31 de dezembro de 2018 (data da última atualização do painel), foram constatadas 2.144.359 ações envolvendo o direito à saúde. Desse número, 1.004.305 ações atribuem-se ao fornecimento de medicamentos e de tratamentos médico-hospitalar (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>), o que demonstra a grande demanda por esse direito no Brasil.

<sup>51</sup> Sobre a distinção entre judicialização e ativismo, cita-se a obra de Leal, M.C.H. e Maas (2014): “O *amicus curiae* e o Supremo Tribunal Federal: fundamentos teóricos e análise crítica”.

que essa questão ganha maior abrangência, onde políticas dos próprios Tribunais tentam diminuir a judicialização do direito, ao passo, que tomando por exemplo o direito à saúde, faltam medicamentos, leitos de hospitais, postos de atendimentos, etc. Em matéria de educação, o cenário não é diferente: são escassas as vagas nas creches e escolas, como não há professores suficientes, sendo que estes, pelas más condições de trabalho e baixo salário, realizam frequentes greves. Nesse caminho, a tarefa é de todos os poderes, pois todos também são partícipes nas problemáticas dos direitos fundamentais sociais.

Tecidas essas considerações e verificadas as problemáticas comuns (elegidas para análise no trabalho) dos direitos fundamentais sociais, investiga-se, agora, se os direitos fundamentais sociais podem ser compreendidos como direitos subjetivos (individuais), que percorre pela análise de sua justiciabilidade.

### **3.3 Os direitos fundamentais sociais são compreendidos como direitos subjetivos (individuais) e/ou apenas na ordem de direito objetivo? Uma análise de sua justiciabilidade**

Nesse último ponto, apresenta-se a conformação dos direitos fundamentais sociais na sua perspectiva de direitos subjetivos e/ou de direito objetivo, para então poder esculpir-se o atual “estado da arte” desses direitos. A importância da temática surge das distintas posições que foram encontradas, na doutrina e na jurisprudência, principalmente quando o debate não surge em base constitucional – como é o caso da Alemanha e da Áustria.

O ponto chave consiste em pesquisar se os direitos fundamentais sociais são direitos subjetivos, que concedem ao indivíduo um poder de agir juridicamente para a imposição de seus interesses, defendendo-se de ações praticadas pelo Estado ou por outros (KIRSTE, 2013, p. 164), ou seja, a possibilidade de esses direitos serem demandados judicialmente e requeridos, inclusive de forma individual, frente ao Estado e/ou

se sobre eles apenas recaem uma proteção de cunho objetivo, de proteção pelos Poderes Legislativo ou Executivo.

Os direitos subjetivos, esclarece-se, “são protegidos pelas constituições como direitos fundamentais e, em tratados internacionais, como direitos humanos. Enquanto tais, eles obrigam não somente os Estados à sua observância, mas podem ser também demandados judicialmente em caso de lesão desse dever” (KIRSTE, 2013, p. 165). Dessa maneira, tem-se que os direitos subjetivos são reivindicações que podem ser formuladas perante o Estado. Por sua vez, o direito objetivo consiste na obrigação estatal para com o cidadão, sendo que do direito objetivo não deriva nenhuma reivindicação por parte do cidadão.

No horizonte aqui pretendido, inicia-se pelo solo austríaco, no qual a discussão é mais restrita, justamente pela estrutura e previsão dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico. Encontra-se na doutrina a posição de que esses direitos não são judicializáveis, isto é, não comportam direitos subjetivos, não sendo, nesse olhar, de competência do Tribunal Constitucional: “*Gegen ihre Verankerung als tatsächliche Grundrechte, d.h. als subjektive öffentliche Rechte, wird ins Treffen geführt, das solche Rechte nicht justiziabel und die Kompetenzen des VfGH auch gar nicht geeignet wären für ihre Durchsetzung Vorsorge zu treffen*” (BERKA, 1999, p. 579).

Pfeil (2018, p. 8) assevera que a Constituição Austríaca não reconhece a competência quanto aos direitos sociais: “*Dazu ist festzuhalten, dass die Verfassung einen einheitlichen Kompetenztatbestand ‘Sozialrecht’ nicht kennt*”; e, por consequência, a competência do Tribunal Constitucional.

Öhlinger e Eberhard (2016, p. 309) compreendem que os direitos fundamentais sociais, dando o exemplo do direito à saúde, não são possíveis de serem acionáveis, na ordem de direitos subjetivos, pois direitos a prestações carecem de uma legislação detalhada que os preveja, sendo ela flexível e ajustável às condições técnicas e econômicas, o que seria contrário ao seu regulamento constitucional. Nessa linha, os direitos fundamentais sociais agem na forma de uma garantia de fornecimento,

na proteção contra a sua deterioração, para uma não piora no abastecimento deles<sup>52</sup>.

Essa concepção pode ser questionada na medida em que os direitos sociais não se restringem, tão somente, a direito a prestações, podendo eles possuir uma dimensão negativa ou de defesa, apesar de que, neste ensaio, limita-se a trabalhar o seu aspecto prestacional, que é o mais controvertido. Desse modo, entendê-los, na visão dos autores acima, como direitos não acionáveis é tecer uma compreensão reducionista referente aos direitos fundamentais sociais.

Na Alemanha, o cenário distingue-se da Áustria, apesar de ser semelhante por não prever os direitos sociais como direitos fundamentais na Lei Fundamental, havendo, no entanto, uma discussão doutrinária e jurisprudencial mais frutífera sobre o assunto. Alexy (1994, p. 396) expressa que a Lei Fundamental alemã foi muito cuidadosa em formular direitos subjetivos a prestações, concebendo-se numa Carta orientada pelos direitos de defesa, regrado, como já referido, na ordem de direito subjetivo a prestações, apenas o relacionado no artigo 6º, parágrafo quarto, condzente com o direito da mãe à proteção e à assistência da comunidade.

Todavia, na doutrina alemã observam-se três distintas formas de compreensão dos direitos fundamentais sociais: a) na posição de direito objetivo apenas; b) originariamente como direito objetivo, mas que em alguns casos tornam-se direitos subjetivos, executáveis judicialmente; e c) direitos que foram subjetivados (até o ponto em que o seu conteúdo permitir) (BOROWSKI, 2018, p. 426).

No primeiro, pode-se citar, por exemplo, Böckenförde (1992, 152-153 e 156), que, referindo-se à decisão *Numerus Clausus* (BverfGE 33,

---

<sup>52</sup> *Das Grundproblem besteht darin, solche Rechte als einklagbare subjektive Ansprüche auf Verfassungsebene zu schaffen. Ein pauschales „Recht auf Gesundheit“, um ein Beispiel zu nennen, ist nicht einklagbar; einklagbare Leistungen bedürfen vielmehr einer detaillierten Regelung, die überdies an veränderte technische und wirtschaftliche Bedingungen flexibel anpassbar sein muss. Dies steht einer Regelung im Verfassungsrang entgegen. Denkbar sind soziale Grundrechte als Einrichtungsgarantien, die einen Kernbestand des bestehenden Rechts vor Verschlechterungen schützen* (ÖHLINGER; EBERHARD, 2016, p. 309).

303, de 1971), já antes detalhada, critica a atuação do Poder Judiciário, pois afirma que os direitos sociais não podem ser garantidos pelo mesmo, porquanto, se assim agisse, teria que assumir o papel de legislador e da Administração Pública – o que reflete no princípio da separação de poderes –. Ademais, assenta que os direitos constitucionais foram concebidos como obrigações objetivas, como obrigações ao legislador e administrador, e não ao Poder Judiciário: “*Verfassungsaufträge sind an die staatlichen Organe in Gesetzgebung und Verwaltung adressierte objektivrechtliche Verpflichtungen [...]*”.

Böckenförde segue as lições de Hesse (1994, p. 143), o qual alega que os direitos fundamentais sociais em princípio não podem adotar um caráter de direitos subjetivos individuais: “*Grundsätzlich können soziale Grundrechte jedoch nicht den Charakter individueller subjektiver Rechte annehmen*”.

Igualmente Dreier (2013, p. 97-98) sustenta que os direitos sociais não devem se comportar como se fossem direitos de defesa, não os concebendo, desse modo, como direitos subjetivos individuais. Afirma, inclusive, que o direito objetivo não corresponde a direitos subjetivos individuais: “*Den objektiven Rechtsnormen korrespondieren keine subjektiven Rechte des Einzelnen*” (do que, desde já, se discorda, pois entende-se que a faceta subjetiva não anula a objetiva, e vice-versa). Cita que, mesmo quando a Constituição de Bayern (1946) previu direitos fundamentais sociais, como observado acima, inclusive antes da Lei Fundamental hoje vigente (1949), não lhes atribuiu essa característica.

No segundo grupo, na ordem de direito objetivo que acaba por ser subjetivado e executável judicialmente, aponta-se Murswiek (1992, p. 266-268), um dos nomes mais citados na doutrina alemã sobre a temática, o qual afirma que, em princípio, os direitos fundamentais sociais não foram configurados na forma subjetiva, e sim como direito objetivo, como obrigação do Legislativo e do Executivo. Todavia, menciona que há a possibilidade para que seja subjetivado, o que ocorreria através de um direito fundamental previsto na Lei Fundamental. Ou seja, comporta a possibilidade de um direito social vir a ser garantido por um direito



fundamental, não se reduzindo, dessa maneira, a tarefa do Estado em garantir esse direito apenas na ordem de direito objetivo, como ocorreu, por exemplo, na jurisprudência colacionada alhures, através dos direitos fundamentais da vida, da dignidade, do mínimo existencial, da igualdade, entre outros. Assim sendo, através de um direito fundamental concretiza-se um direito social; o que, porém, na prática, não dá caráter de direito fundamental ao direito social, apenas permite, naquele caso, a sua subjetivação por via indireta.

Kirste (2018, p. 138), ao falar da dogmática da dignidade humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, citando decisão de 2010 sobre o mínimo existencial (*BVerfGE 125, 175 - Hartz IV - Urteil zum Existenzminimum*), referente ao direito ao auxílio social (*Sozialhilfe*) às pessoas carentes e desempregadas (*Arbeitslosengeld*), afirma que é dever do Estado proteger o indivíduo, quando ele não consegue mais fazê-lo por conta própria, apesar de assim o querer.

Nessa decisão, ficou assentado que há um direito à dignidade humana e ao mínimo existencial, o que ocorre através da interpretação do artigo condizente ao direito à dignidade da pessoa humana (Artigo 1º, parágrafo primeiro, da Lei Fundamental Alemã), combinado com a cláusula social do Estado Alemão (Artigo 20, parágrafo primeiro, da Lei Fundamental Alemã). O Tribunal compreendeu que, através desses artigos, garante-se ao cidadão carente condições materiais mínimas para uma existência física e de participação na vida social, cultural e política. Dessa forma, discute-se um direito social através de outros direitos fundamentais, o direito ao mínimo existencial e à dignidade da pessoa humana.

Para Kirste (2018, p. 138), o Tribunal, nesse caso, realiza uma interpretação ampliada do dever de proteção frente ao princípio do Estado Social, no sentido de que, quando o indivíduo não pode ter uma existência digna através de seus próprios meios, pode reivindicar essa proteção em face do Estado: “*Wer durch die Wechselfälle des Lebens nicht zu einer menschenwürdigen Existenz aus eigener Kraft gelangen kann, hat einen Schutzanspruch gegenüber dem Staat*”; correspondendo esse dever de proteção

a um direito subjetivo do indivíduo em exigir o cumprimento da obrigação estatal: “*Der Schutzpflicht korrespondiert also ein subjektives Recht des Einzelnen, die Erfüllung dieser Verpflichtung auch einzufordern*”. O dever de proteção estatal se reforça quando não há uma existência digna, o que o faz corresponder a um direito subjetivo individual.

Do entendimento do Tribunal, o autor (2018, p. 138) assevera que a garantia desses direitos não pode ser compreendida, porém, como uma cortesia ou agrado do Estado, porque a violação do direito à dignidade da pessoa humana dar-se-ia, então, justamente nessa dependência. Afirma que somente uma obrigação legal entre o indivíduo e o Estado fará com que este tenha uma obrigação para com aquele: “*Die entsprechenden Voraussetzungen zu schaffen ist nicht nur eine Gefälligkeit des Staates. Es würde alleine die Subjekthaftigkeit des Einzelnen verletzen, wenn er auf Almosen des Staates angewiesen wäre. Nur die Rechtspflicht begründet ein Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Staat, aufgrund dessen der Staat zur entsprechenden Leistung verpflichtet ist*”.

Além disso, observa-se que, na história do Tribunal Constitucional alemão, podem-se verificar certas manobras, como aconteceu na decisão sobre a assistência social (*BverfGE 1, 97, de 1951*), a liberdade de profissão (*BverfGE 33, 303, de 1971*), bem como, na mais recente, referente ao direito ao auxílio social às pessoas carentes e desempregadas (*BVerfGE 125, 175 - Hartz IV - Urteil zum Existenzminimum*), todas elas já comentadas, que ocorreram através do direito ao mínimo existencial, à vida, à dignidade da pessoa humana e ao direito de igualdade, conjugados com o princípio do Estado Social, sendo os julgados claros no sentido de apontarem que essa tarefa, em princípio, é do legislador.

Destaca-se, ainda, como afirmado, que se trata de uma manobra, visto que o Tribunal Constitucional alemão não reconhece a sua capacidade para julgar direitos fundamentais sociais, tanto que, realizando-se uma pesquisa sobre o assunto, não se encontram decisões com esse título (*Sozialgrundrecht*).

Por último, apresenta-se a posição do terceiro grupo, representada por Alexy, que compreende os direitos fundamentais sociais como

direitos subjetivados. Nessa linha, o autor (1994, p. 465) defende que, pela importância das disposições desses direitos, a opção de garanti-los não poderia ficar apenas nas mãos do legislador, de uma maioria parlamentar simples, pois o Tribunal Constitucional não pode deixar de agir devido a um legislador omissos<sup>53</sup>, chegando ao ponto de formular um enunciado geral dos direitos a prestações (ALEXY, 1994, p. 410): *“Jeder befindet sich aufgrund von Grundrechtsnormen in den leistungsrechtlichen Positionen, die vom Standpunkt des Verfassungsrechts aus so wichtig sind, daß ihre Gewährung oder Nichtgewährung nicht der einfachen parlamentarischen Mehrheit überlassen werden kann”*.

Observa-se que, ao lado de autores advogando pela não-justiciabilidade<sup>54</sup> dos direitos fundamentais sociais, justamente pelo fato de o legislador, que é o legitimado democrático para esse fim, não atribuir essa obrigação ao Estado, Alexy defende o sentido contrário, ou seja, frente a um legislador omissos, um Judiciário ativo.

Segundo Borowski (2018, p. 418-421), essa discussão tomou novamente o olhar dos juristas alemães, principalmente após 2010 (*BVerfGE 125, 175 - Hartz IV - Urteil zum Existenzminimum*), quando da decisão referente ao direito ao auxílio social (*Sozialhilfe*) às pessoas carentes e desempregadas (*Arbeitslosengeld*), antes mencionada. Nessa visão, o autor assevera que, do artigo 20, parágrafo primeiro, da Lei Fundamental Alemã, não seria possível extrair-se uma pretensão jurídica, ao passo de se questionar se a garantia desses direitos não caberia ao Poder Legislativo. Contudo, a discussão presente não é correspondente

---

<sup>53</sup> Alexy (1994, p. 465) afirma que tal concepção deve ter em conta o sopesamento entre o princípio da liberdade fática, em face dos princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais que dizem respeito à liberdade jurídica de terceiros, como outros direitos fundamentais sociais e interesses coletivos. Dessa forma, não traz tal alternativa como definitiva, mas que deve ser verificada caso a caso, em face de cada direito fundamental social.

<sup>54</sup> Entende-se necessário realizar a diferença entre justiciabilidade, que compreende a possibilidade da demanda judicial na exigência de determinados direitos, e judicialização, fenômeno de ampliação de competências do Judiciário na garantia de direitos, na medida em que são conceitos que se aproximam, mas que não se confundem.

a um direito previsto na Lei Fundamental, tratando-se de um embate interpretativo frente a um direito não escrito. Ademais, afirma que, de forma definitiva, não há como garantir aos direitos fundamentais sociais um carácter subjetivo, visto que a sua justiciabilidade e proteção perpassam pelo direito ao mínimo existencial, como por outros direitos fundamentais, concretizando-se, dessa maneira, através de outro direito fundamental. Todavia, e principalmente após a decisão de 2010, os direitos fundamentais sociais acabam por ser subjetivados (até o ponto em que o seu conteúdo permitir): “*Soziale Grundrechte sind, so weit sie inhaltlich reichen, vollständig subjektiviert*” (BOROWSKI, 2018, p. 427).

No Brasil, a temática toma outro rumo e contexto, ao passo que não se observa uma negação de que os direitos fundamentais sociais sejam requeridos judicialmente de forma individual, inclusive pelo próprio Poder Judiciário – como será abordado, em destaque, nessa perspectiva, o direito fundamental social à saúde e à educação –, mas há uma crítica para que esses direitos sejam demandados, preferencialmente, na forma coletiva. Isso ocorre, pelos mesmos motivos, problemas decorrentes dos direitos fundamentais sociais, antes mencionados, como disponibilidade de objeto, custos, ponderação do legislador, limites do Poder Judiciário, separação de poderes, entre outros. Não se pretende e não há espaço para realizar-se uma análise de cada direito fundamental social previsto constitucionalmente, fazendo-se a escolha, principalmente, do direito à saúde e educação, pela gama de demandas judiciais em relação a eles.

Como já antes colacionado, com Sarlet (2015, p. 221), os direitos fundamentais, mesmo que de ordem coletiva e social, são direitos de titularidade individual. A prestação de serviço ou atendimento de saúde ocorre de forma individualizada, assim como da educação, citando-se o caso das vagas em creches e escolas e da judicialização da saúde, que recebem destaque no Poder Judiciário brasileiro. Ademais, a titularidade dos direitos sociais garantida pela Constituição Federal de 1988 é de toda e qualquer pessoa.

Os direitos sociais são, portanto, compreendidos como direitos individuais de titularidade coletiva, permitindo, desse modo, ser requere-

ridos de forma individual ou coletiva, já que uma percepção não inviabiliza ou exclui a outra. Kirste (2015, p. 53), ainda, quando escreve sobre a titularidade individual e coletiva dos direitos humanos, afirma que os direitos de grupos (coletivos) também podem ser tidos como direitos individuais. Agora, não há o que se duvidar, que a escolha pela demanda judicial de forma individual remete à importância da otimização da proteção judicial e à própria efetividade dos direitos sociais, justamente, para que alcance um maior número de pessoas (SARLET, 2015, p. 221).

Quanto ao direito à saúde, por exemplo, o valor gasto com as demandas judiciais, pelos requerimentos individuais, torna-se superior, às vezes, àquele referente às políticas públicas nessa área, colocando em risco, inclusive, a igualdade de prestação do direito à saúde, a concretização material e prática da Constituição Federal<sup>55</sup>.

Nessa perspectiva, decisão importante acerca da temática no Brasil diz respeito às Suspensões de Tutela Antecipada 175, 211 e 278; Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; e Suspensão de Liminar 47. O Supremo Tribunal Federal, nessa oportunidade, deixou assentado que não restringe a judicialização da saúde à dimensão coletiva, afirmando que do artigo 196 da Constituição Federal é possível identificar um direito individual e coletivo à saúde, concluindo pelo direito à saúde como um direito subjetivo, de dimensão individual<sup>56</sup> e coletiva<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> Em notícia do Tribunal de Contas da União (TCU), de 2017, teve-se como manchete: “Aumentam os gastos públicos com judicialização da saúde”, trazendo que, em sete anos, os gastos com processos judiciais da União aumentaram 1.300%, sendo que o fornecimento de medicamentos, alguns inclusive sem registro no Sistema Único de Saúde, ou seja, sem previsão na lista de dispensação de medicamentos, corresponde a 80% das ações judiciais. Entre os Tribunais Estaduais com maior número de processos, estão São Paulo, Rio Grande do Sul e Minas Gerais (BRASIL, 2017, [https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude .htm](https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm)).

<sup>56</sup> A dimensão individual do direito à saúde já tinha sido destacada pelo Ministro Celso de Mello, relator da AgR-RE 271.286-8/RS, antes mesmo da decisão marco da saúde, ao reconhecer o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional (BRASIL, 2000, <http://www.stf.jus.br>).

<sup>57</sup> E essa é uma grande crítica no que concerne à judicialização da saúde, ou seja, a enorme incidência de demandas individuais. Barroso (2008, <http://www.direito->

Ademais, quanto ao direito à educação, é claro o artigo 208, parágrafo primeiro, da Constituição Federal, que prevê que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”. Nesse olhar, verifica-se que a educação foi inserida pelo próprio legislador constituinte como um dever estatal, correspondendo a um direito subjetivo tanto de ordem individual como coletiva, carecendo, também, de uma proteção na ordem objetiva do Estado. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já decidiu<sup>58</sup> que este direito possui uma dupla proteção, de

---

doestado.com/revista /REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf) afirma que a atuação da judicialização dessa maneira põe em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, isso porque desorganiza a atividade administrativa e impede a alocação racional dos escassos recursos públicos, impedindo que políticas públicas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Seria o caso do excesso de judicialização não levar à realização prática da Constituição Federal, pois, em muitos casos, estar-se-ia concedendo privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas públicas universais. O resultado seria a realização de uma microjustiça e não de uma macrojustiça. Preocupado em resolver os casos concretos, o juiz não pode se esquecer da existência de recursos escassos, limitados, para demandas ilimitadas. Porém, essa não é a posição de toda a doutrina sobre o assunto, Figueiredo e Sarlet (2009, p. 20-21) afirmam que é preciso lembrar que o direito à saúde é, antes de tudo e também, um direito de cada pessoa, ao estar intimamente conexo à proteção da vida, da integridade física e corporal e da própria dignidade inerente a cada ser humano. Dessa maneira, a tutela individual não poderá ser desconsiderada, reforçando, ainda, a garantia constitucional fundamental do acesso à jurisdição, motivo pelo qual não concordam com a tese que refuta de modo absoluto as demandas materiais de caráter individual no âmbito da concreção do direito à saúde.

<sup>58</sup> Para corroborar, observa-se a Suspensão de Tutela Antecipada 241, do Rio de Janeiro, sob relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em que se tratava da insuficiência de professores lotados nas escolas da rede estadual do Município de Queimados: “[...] É certo que o tema da educação, especialmente do ensino fundamental e de sua prestação às crianças e aos adolescentes, é tratado pela Constituição com especial atenção e de forma minuciosa. Como se pode perceber, tanto as normas relativas ao direito à educação (arts. 205 a 214), como o artigo referente aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227) possuem comandos normativos voltados para o Estado, conforme destacado acima, consubstanciando o direito ao ensino fundamental obrigatório como direito público subjetivo (art. 208, § 1º), importando seu não-oferecimento ou sua oferta irregular em responsabilidade da autoridade competente (art. 208, § 2º). Nesse sentido, destaca-se a determinação constitucional de absoluta prioridade na concretização desses comandos normativos, em razão da alta significação de proteção aos direitos da criança e do adolescente, em especial do direito

ordem subjetiva como objetiva<sup>59</sup>. O que, por sua vez, em matéria de educação, não configura direito subjetivo é a educação domiciliar. O que pode ser compreendido, na medida em que, nesse aspecto, o direito à educação está mais relacionado à sua dimensão negativa, enquanto direito de liberdade, do que à sua dimensão prestacional.

Atinente à educação domiciliar, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu a seguinte tese: “Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira” (BRASIL, 2018, [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)). Destaca-se, nessa leitura, que o direito fundamental social à educação, ou seja, a qualquer educação, não possui o caráter único e firmado de direito subjetivo, assim sendo, esse direito é subjetivo até onde o seu conteúdo permitir e não em todas as suas conformações, o que condiz com a terceira classificação de Borowski apresentada anteriormente.

Além disso, Krell (1999, p. 251), apesar de conceber os direitos à educação e à saúde como direitos subjetivos individuais, afirma que esses podem ser invocados judicialmente por meio de ações de inconstitucionalidade por ação e omissão. A questão que surge desse entendimento diz respeito ao fato de que essas duas ações se dão pela via do controle concentrado de constitucionalidade, possuindo legitimidade ativa pré-estabelecida<sup>60</sup>, não podendo qualquer cidadão requerer judicialmente.

---

ao ensino fundamental. Tem relevância, na espécie, a dimensão objetiva do direito fundamental à educação e à proteção da criança e do adolescente. Segundo esse aspecto objetivo, o Estado está obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo destes direitos [...]”. (BRASIL, 2008, [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br))

<sup>59</sup> Outra jurisprudência de importância a ser mencionada resulta do Agravo Regimental do Recurso Extraordinário n. 639.337/SP, de 2011 ([www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)), referente à temática de política pública envolvendo a educação infantil, em que o Município de São Paulo, por meio de sentença, foi obrigado a matricular crianças em unidades de ensino próximas a sua residência ou do endereço profissional dos seus responsáveis, sob pena de multa diária por criança não atendida.

<sup>60</sup> Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito

Ademais, um dos motivos da judicialização dos direitos fundamentais sociais<sup>61</sup>, como fenômeno de ampliação de competências do Judiciário na garantia de direitos, deve-se a que a própria Constituição de 1988, com seu caráter acentuadamente democrático, ademais de prever uma série de direitos, sejam individuais, sociais ou transindividuais, atribuindo-lhes aplicabilidade imediata e máxima efetividade, instituiu, também, vários instrumentos e ações voltados à sua garantia, o que, de certo modo, contribui para a judicialização desses direitos (LEAL, M.C.H., 2014, p. 203).

Nesse olhar, confere-se que, ao contrário do ordenamento constitucional alemão e austríaco, os quais evidenciam uma opção por não prever os direitos fundamentais sociais em suas Cartas Constitucionais, justamente, para não serem tidas como promessas constitucionais vazias, sem possibilidade real de concretização, a Constituição brasileira o fez, tendo sido inspirada, inclusive, no modelo da Carta Alemã de 1919, não conseguindo, contudo, cumprir, satisfatoriamente, as promessas de garantia prática e material dos direitos sociais, o que, segundo Krell (1999, p. 255), e de fato ocorre, “desacredita a própria instituição da Constituição como sistema de normas legais vigentes e pode abalar a confiança dos cidadãos na ordem jurídica como um todo”. Os Poderes Legislativo e Executivo perderam a sua credibilidade frente ao povo brasileiro, em face da corrupção, da ineficácia e da omissão de políticas públicas e, somando-se esses fatores ao acesso facilitado ao Poder Judiciário (o que se dá pela Justiça Gratuita, com a isenção de custas processuais e demais despesas, e pela Defensoria Pública, por exemplo), este torna-se a última *ratio* na concretização dos anseios sociais, sejam de caráter coletivo ou individual, ou coletivo com busca individual.

---

Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

<sup>61</sup> Sobre o fenômeno da judicialização e suas características, indica-se a obra de Leal, M.C.H. e Maas (2014): “O *amicus curiae* e o Supremo Tribunal Federal: fundamentos teóricos e análise crítica”.



Como dito, no Brasil, em uma análise doutrinária, jurisprudencial e legislativa, arquetizam-se direitos fundamentais sociais, tais como o direito à saúde e à educação, de forma subjetiva, de prestação individual e/ou coletiva, não se retirando o caráter objetivo desses direitos, tendo que ser verificado caso a caso, pois nem todo direito à saúde e à educação pode ser compreendido de plano como direito subjetivo de prestação individual, tendo-se a educação domiciliar como exemplo. Concluindo, a subjetivação ocorre até o ponto em que o conteúdo do direito fundamental social permitir.

Ainda, em análise, a garantia dos direitos fundamentais sociais, como a própria assistência social, saúde, moradia e educação, perpassa, também, pela garantia do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, como é o direito de receber determinado medicamento, tratamento médico, aposentadoria (direito subjetivo individual nesse sentido), entre outros. Sarlet (2015, p. 317) cita que esses direitos estão atrelados à garantia de uma existência digna. Nesse olhar, a concretização dos direitos fundamentais sociais decorre, também, a partir de um outro direito fundamental, e não própria e unicamente do direito fundamental social em si, de forma muito semelhante ao que ocorre na Alemanha, como antes asseverado.

Nesse ponto, afirma-se, ainda, com Leal, M.C.H. (2014, p. 203), que o Supremo Tribunal Federal, em matéria de direitos sociais, vem utilizando o conceito de dignidade de pessoa humana enquanto critério/fundamento para o controle jurisdicional de políticas públicas. A dignidade da pessoa humana aparece nas decisões envolvendo direitos sociais como um elemento de legitimação das decisões no âmbito da judicialização da política, vindo a reforçar, assim, a própria judicialização do direito.

Além disso, ao lançar o olhar aos demais direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, o transporte, o lazer, a cultura, o esporte, entre outros, nem o ordenamento jurídico brasileiro, bem como a jurisprudência, não os concebem como direitos subjetivos de prestações individuais, e sim como obrigações objetivas, de prestações pelo Poder

Legislativo e Executivo, visto que, demandando-se por segurança, por exemplo, não há a possibilidade de o cidadão requerer segurança na forma de prestação individual ao Estado, mas políticas públicas, essas de atribuição dos Poderes Públicos, ou seja, de ordem objetiva (inclusive, quando interferir no seu direito de vida e dignidade, como é o caso das favelas brasileiras; mesmo assim, esse direito não é garantido como direito subjetivo de prestação individual). De igual modo ocorre no caso da cultura e do transporte, por exemplo.

O caráter de proteção, nesses casos, dos direitos fundamentais sociais, é de cunho de direito objetivo, e não subjetivo, podendo, claro, haver a sua subjetivação, pois, lembrando a classificação de Borowski, aqui estão enquadrados na segunda hipótese, ou seja, direitos que originariamente configuram-se como obrigações objetivas, todavia, em algumas situações tornam-se direitos subjetivados, executáveis judicialmente, não os compreendendo, portanto, apenas e restritivamente, na ordem de direito objetivo.

Por outro lado, a saúde e a educação recebem essa conformação frente à própria previsão na Constituição, que especifica o seu conteúdo e a forma de prestação, tanto é que o artigo 6º, que prevê os direitos sociais como direitos e garantias fundamentais, não é proclamado sozinho quando da demanda judicial. O que se poderia afirmar é que por serem os direitos sociais direitos fundamentais, não lhes atribui um caráter subjetivo individual por si só de plano e de imediato. No caso da saúde, essa garantia se dá, principalmente, através do artigo 198 da Constituição Federal, que atribui um conjunto de ações e serviços fornecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS); já no caso da educação, o artigo 208 prevê as ações estatais na garantia do direito, além de apontá-lo como direito subjetivo público. Afirma-se que o título de direitos fundamentais aos direitos sociais não lhes agrega a proteção subjetiva dos direitos fundamentais de forma direta e imediata, devendo cada direito fundamental social ser analisado em suas particularidades e verificado até que ponto o seu conteúdo permite a subjetivação.

Ao final, conclui-se que os direitos fundamentais sociais são concebidos na ordem de direito objetivo que podem ser subjetivados em conexão com outros direitos fundamentais, como ocorre, no Brasil, através do direito à vida e à dignidade da pessoa humana (não se descartando outros); na Alemanha, por meio do direito à vida, dignidade da pessoa humana, mínimo existencial, igualdade, entre outros; e, de forma muito tímida, na Áustria, em face do direito de igualdade. Sendo esses entendimentos fruto da atividade jurisprudencial.

No Brasil, por sua vez, ainda, observa-se a garantia pela via direta (prevista constitucionalmente) e indireta (através de outros direitos fundamentais), acentuando-se os casos do direito social à saúde e à educação. Todavia, mesmo no caso brasileiro, essas construções não vieram de uma base constitucional, estando na jurisprudência os maiores pontos de discussão sobre os direitos a prestações, sendo ela responsável por trazer contribuições ímpares ao estudo dos direitos fundamentais sociais.

Por derradeiro, na ordem de direitos subjetivos, individuais ou coletivos, e/ou de direito objetivo, é dever do Estado a proteção dos direitos fundamentais sociais, decorrente da própria dimensão objetiva dos direitos fundamentais, constituindo-se em tarefa do Estado, seja através do Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário, de forma direta ou indireta. A questão, contudo, tanto em face dos direitos fundamentais individuais quanto dos sociais, reside em como efetivar essa proteção, em como ultrapassar-se o aspecto formal, teórico, para o aspecto material, de execução da proteção na prática. O objetivo maior é, pois, qualificar, materializar<sup>62</sup>, tais direitos. Segundo Calliess (2006, p. 986), é preciso dar-se força aos direitos fundamentais para que seja possível

---

<sup>62</sup> Denninger (1992, p. 294) fala que a materialização dos direitos fundamentais exige um processo, uma gestão de planejamento dos mesmos para se efetivarem: “*Die mögliche Betroffenheit des materiellen Grundrechts durch die jeweilige Verfahrensgestaltung und die daraus resultierende Forderung einer grundrechtskonformen Verfahrens- (und Organisations-) regelung ist also keine Besonderheit der im modernen Sinne leistenden, planenden und lenkenden Verwaltung*”.

concretizá-los, no sentido de que, quanto maior o controle e a sua proteção, menor será a chance de ocorrerem falhas na sua realização.<sup>63</sup>

Em última palavra: os direitos sociais são direitos fundamentais. A sua garantia é que ocorre de distintas formas, seja pela legislação e/ou doutrina e/ou jurisprudência, na ordem de prestações normativas e/ou fáticas, que carregam consigo um caráter de direito objetivo, subjetivados pelos direitos fundamentais ou pelo ordenamento jurídico, estando na jurisprudência as maiores contribuições ao tema.

---

<sup>63</sup> Embora a questão dos limites e da atuação dos Tribunais na garantia dos direitos fundamentais – e, em especial, dos direitos sociais – seja sempre relevante e atual, não se adentrará nessa discussão no âmbito do presente ensaio.



## Conclusão

Os direitos fundamentais sociais são compreendidos como direitos a prestações positivas, prestações essas que carregam consigo uma gama de formas de realização, daí as dificuldades e limites na sua concretização. Nos três ordenamentos jurídicos estudados, pode-se afirmar que o Brasil é quem de forma mais completa (doutrina, legislação e jurisprudência) garante os direitos fundamentais sociais, vindo na contramão dos outros dois países, visto que, no exemplo da Alemanha, foi opção do legislador constituinte não contemplar os direitos sociais como direitos fundamentais, com receio de não poder assegurá-los de forma fática e material, preocupação esta que o constituinte brasileiro não evidenciou. No entanto, é preciso ter-se presente que, no Brasil, dado o contexto histórico e a realidade social, a opção pela inclusão dos direitos sociais na Constituição teve o condão, justamente, de atribuir-lhes um *status* constitucional, uma garantia, que, certamente, não seria contemplada no âmbito infraconstitucional.

A própria conformação da Constituição como uma Constituição democrática, com vários instrumentos e ações voltados para a sua garantia, veio a possibilitar e facilitar a justiciabilidade e a própria judicialização, como fenômeno de ampliação de competências do Judiciário na garantia de direitos, dos direitos fundamentais sociais, destacando-se o papel relevante e estratégico nesse processo da doutrina e da teoria constitucional,

bem como da jurisprudência, construindo e buscando um arcabouço jurídico na sua efetivação e concretização.

Na Áustria, por sua vez, a proteção dos direitos fundamentais sociais ocorre pela via de sua garantia na ordem internacional, bem como pelo direito comum e pela previsão em algumas Constituições Estaduais. Timidamente, na jurisprudência, pela defesa desses direitos de forma indireta, pelo direito de igualdade, como ocorre em solo tedesco.

Já na Alemanha, por sua vez, esses direitos estão garantidos através da legislação Estadual, da jurisprudência, em face de direitos fundamentais, e da interpretação.

Todavia, a sua não previsão, no ordenamento constitucional alemão e austríaco, não faz com que esses países não tenham a obrigação de oferecer e de garantir os direitos (fundamentais) sociais aos seus cidadãos, tratando-se, no entanto, de um dever de proteção estatal de ordem objetiva, e não subjetiva. A questão é que o direito objetivo não exclui o direito subjetivo, ou seja, a garantia dos direitos fundamentais sociais na ordem de obrigação objetiva ao Estado não lhes retira a possibilidade de demanda judicial quando da omissão e ineficácia na prestação desses direitos, seja na sua conformação direta ou indireta (notadamente, por vezes, através de outros direitos fundamentais).

Desse modo, na jurisprudência dos três países pesquisados, o Poder Judiciário possui a preocupação de deixar claro que a tarefa na garantia dos direitos fundamentais sociais é do Poder Legislativo, todavia, se o legislador for omissor nesse sentido, sendo seu dever a realização do Estado Social, daí verifica-se um direito subjetivo do indivíduo que decorre de diferentes circunstâncias.

Prosseguindo, compreende-se que os direitos fundamentais sociais são direitos fundamentais de ordem objetiva e subjetiva, configurando-se como um dever de proteção estatal a sua garantia. A subjetivação desses direitos, porém, surge muito mais de uma construção jurisprudencial, sendo ali que as maiores contribuições ao tema são observadas. No entanto, no caso da Alemanha, a subjetivação ocorre através de direitos fundamentais, e não propriamente dos direitos (fundamentais) sociais,

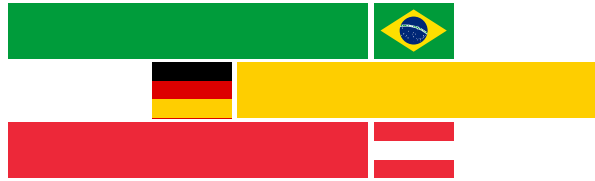
tanto que o Tribunal Constitucional, em princípio, não possui competência para julgar as demandas sociais. A Áustria caminha lentamente nessa direção, havendo maiores posições contrárias à subjetivação.

No Brasil, apesar da garantia vir da base da Constituição, foi através da jurisprudência que se pode alcançar o patamar em que o direito fundamental à saúde e à educação são direitos subjetivos individuais e/ou coletivos (pelo menos, até onde o seu conteúdo permitir), o que se deve, também, à previsão constitucional expressa acerca do teor e da forma de prestação desses direitos.

Por isso, a subjetivação não ocorre de plano e de imediato da previsão desses direitos como direitos fundamentais, mas da construção jurisprudencial, da doutrina e da teoria constitucional, através, por vezes, de outros direitos fundamentais como a vida e a dignidade humana, bem como de sua previsão constitucional a ser prestado a todo e qualquer cidadão. Entretanto, observando-se os demais direitos fundamentais sociais, conclui-se que estes se comportam na ordem de direito objetivo, com primazia de proteção do Poder Legislativo e Executivo, não se excluindo, todavia, sua possível subjetivação, o que deve ser verificado a cada caso.

Em linhas conclusivas, em face do estudo aqui estabelecido, almejou-se propiciar a discussão dos direitos fundamentais sociais tendo-se em vista ordenamentos jurídicos distintos, em que se observou que as problemáticas enfrentadas referentes a esses direitos são semelhantes, como a disponibilidade do objeto, a questão econômica e a justiciabilidade, sendo que a garantia constitucional não retira nem minimiza essa discussão.

A demanda judicial dos direitos fundamentais sociais não faz com que a tarefa para a concretização dos mesmos passe a ser do Poder Judiciário, pois, como direito objetivo, configura-se como obrigação primária de todos os Poderes Públicos. Nesse horizonte, todos os países possuem como norma a cláusula social, na forma legislada ou como fim estatal, cabendo ao Estado o dever de proteção do Estado Social e dos direitos fundamentais sociais, seja através da legislação, seja pela jurisprudência.



## Referências

AGRA, Walber de Moura. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ALEXY, Robert. Grundrechte als subjektive Rechte und als Objektive Normen. *In: Der Staat*. Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte. Band 29. Berlin: Duncker & Humblot, 1990. p. 49-69.

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994

ARANGO, Rodolfo. **Der Begriff der sozialen Grundrechte**. Baden-Baden: Nomos, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Jurídica UNIJUS/Universidade de Uberaba, Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Uberaba – MG, v.11, n.15, nov. 2008. Disponível em: [http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus\\_15.pdf](http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_15.pdf). Acesso em: 04 jan. 2016.

BELLO, José Maria. **História da República**. 7. ed. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1976.

BERKA, Walter. **Die Grundrechte: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich**. Wien; New York: Springer, 1999.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Traducción de Rafael Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.



BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Staat, Verfassung, Demokratie**: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial**. São Paulo: Malheiros, 1997.

BOROWSKI, Martin. **Grundrechte als Prinzipien**. 3. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF, Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 04 mar. 2020.

BRENNE, Anke. Soziale Grundrechte in den Landesverfassungen. *In: Verfassungs- und Verwaltungsrecht unter dem Grundgesetz*. Band 30. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2003.

BRUNNER, Georg. Die Problematik der sozialen Grundrechte. *In: Recht und Staat*, n. 404-405. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1971.

CALLIESS, Christian. § 44 Schutzpflichten. *In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen, Paul (Hg.). Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*. Band II. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 2006. p. 963-992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CARONE, Edgard. **A República Velha**. 4. ed. Rio de Janeiro: Difel, 1978.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e justiça distributiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 13 nov. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **TCU e Estados apontam aumento dos gastos com a judicialização da saúde**. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/tcu-e-estados-apontam-aumento-dos-gastos-com-a-judicializacao-da-saude/>. Acesso em: 13 nov. 2019.

COSTA, Maria Emília Viotti da. **Da Monarquia à República: momentos decisivos**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

DENNINGER, Erhard. § 113 Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch, Verfahren, Organisation und Finanzierung. *In*: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hg.). **Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland**. Band V. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1992. p. 291-320.

DEUTSCHLAND/BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht*. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch>. Acesso em: 01 abr. 2019.

DREIER, Horst. Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG. *In*: DREIER, Horst (Hg.). **Grundgesetz Kommentar**. Band I. Präambel, Artikel 1-19. Tübingen: Mohr Siebeck Tübingen, 2013. p. 42-154.

EBERHARD, Harald; ÖHLINGER, Theo. **Verfassungsrecht**. Wien: Facultas Universitätsverlag, 2016

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 2009. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudiencia-PublicaSaude/anexo/O\\_direito\\_a\\_saude\\_nos\\_20\\_anos\\_da\\_CF\\_coletanea\\_TAnia\\_10\\_04\\_09.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudiencia-PublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf). Acesso em: 04 jan. 2019.

FREIRE, Felisbelo. **História constitucional da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília: Edunb, 1983.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. Madrid: Alianza, 1996.

GRIMM, Dieter. **Die Zukunft der Verfassung**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

HÄBERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. *In*: **Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft**. Königstein/Ts.: Athenäum, 1980. p. 248- 286.

HÄBERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. *In*: **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer (VVDatRL)**. Band 30. Berlin: Gruyter, 1972. p. 44-131.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional**. Traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Trotta, 1998.

HAMILTON, Alexander. **Sobre a Constituição dos Estados Unidos**. São Paulo: IBRASA, 1964.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 20., neubearbeitete Auflage. Heidelberg: Müller Verlag, 1994.

JELLINEK, Georg. **System de subjektiven öffentlichen Rechte**. 2. Auflage. Tübingen: Lizenzausgabe mit freundlicher Genehmigung des Verlags J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1919.

KIRSTE, Stephan. A dignidade humana e o conceito de pessoa do direito. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet, Luís Marcos Sander, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. 2. ed. rev. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 175-198

KIRSTE, Stephan. Autonomia e direito à autolesão. Para uma crítica do paternalismo. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 73-86, jul./dez.2013. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/468>. Acesso em: 25 jan. 2019.

KIRSTE, Stephan. Das Fundament der Menschenrechte. *In*: **Der Staat**. Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte. Band 52. Berlin: Duncker & Humblot, 2013. p. 119-140.

KIRSTE, Stephan. Die Dogmatik der Würde der Menschen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. *In*: KIRSTE, Stephan; SARLET, Ingo Wolfgang; SOUZA, Draiton Gonzaga de. **Menschenwürde im 21. Jahrhundert**. Baden-Baden: Nomos, 2018. p. 117-143.

KIRSTE, Stephan. Gruppenrechte als Menschenrechte. *In*: DEMKO, Daniela; BRUDERMÜLLER, Gerd; SEELMANN, Kurt. **Menschenrechte**: Begründung – Bedeutung – Durchsetzung. Würzburg: Königshausen & Neumann, 2015. p. 45-70.

KIRSTE, Stephan. **Introdução à filosofia do direito**. Tradução: Paula Nasser; Apresentação: Marcelo Campos Galuppo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

KIRSTE, Stephan. **Introdução à filosofia do direito**. Tradução: Paula Nasser; Apresentação: Marcelo Campos Galuppo. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018

KRELL, Andreas. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 36, n.144, out./dez. 1999. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/545>. Acesso em: 15 out. 2018.

LAVAGNA, Carlo. **Constituzione e socialismo**. Bologna: Il Mulino, 1977.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A Constituição como princípio**: os limites da jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Manole, 2003.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A dignidade humana como critério para o controle jurisdicional de políticas públicas: análise crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal. *In*: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. (Orgs.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Tomo 13. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2014. p. 196-226.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. “**Dever de proteção estatal**”, “**proibição de proteção insuficiente**” e controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. **Judicialização da saúde e controle jurisdicional de políticas públicas**: entre informação e participação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. **O amicus curiae e o Supremo Tribunal Federal**: fundamentos teóricos e análise crítica. Curitiba: Multideia, 2014.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. Políticas públicas e o “fuzzysmo” da efetividade dos direitos fundamentais sociais: análise crítica do Are 639.337/STF – acesso à educação. *In: Interloquções jurídicas Luso-Brasileiras: Interloquções sobre Direito*. Braga: AEDREL, 2019. v. II.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEAL, Rogério Gesta. **Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história: lições introdutórias**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MACHADO NETO, Antonio Luiz. **História das idéias jurídicas no Brasil**. São Paulo: Grijalbo; Edusp, 1969.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno. Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Tortta, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, Evaristo de. **Da Monarquia para a República: 1870-1889**. 2. ed. Brasília: Edunb, 1985.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Do Direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MOSLER, Rudolf; PFEIL, Walter J.; SCHRATTBAUER, Birgit. **Migration, Arbeitsmarkt und Sozialpolitik**. Wien: MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2018.

MÜLLER, Jörg Paul. **Soziale Grundrechte in der Verfassung?** 2., erw. Aufl. Basel; Frankfurt am Main: Helbing und Lichtenhahn, 1981.

MURSWIEK, Dietrich. § 112 Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte. *In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hg.). Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. Band V. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1992. p. 243-290.

NOVAIS, F. A.; MOTA, C. G. **A independência política do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Hucitec, 1996.

NOVAK, Richard. Das Problem der sozialen Grundrechte. *In: Grazer Universitätsreden*, n. 10. Graz: Verlag Jos. A. Kienreich, 1972.

ÖHLINGER, Theo; STELZER, Manfred. Der Schutz der sozialen Grundrechte in der Rechtsordnung Österreichs. *In: ILIOPOULOS-STRANGAS, Julia (Hrsg.). Soziale Grundrechte in Europa nach Lissabon*. Eine rechtsvergleichende Untersuchung der nationalen Rechtsordnungen und des europäischen Rechts. Baden-Baden: Nomos, 2009. p. 497-540.

PFEIL, Walter J. **Österreichisches Sozialrecht**. 12. Auflage. Wien: Verlag Österreich, 2018.

PFEIL, Walter J. Vertrauensschutz im Sozialrecht. **DRdA**, Heft 5a, 420ff, 2015.

PIMENTA BUENO, José Antonio. **Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Typographia de J. Villeneuve e Cia., 1857.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1994.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHMITT, Carl. **Verfassungslehre**. 9. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 2003.

SCHWARTZMAN, Simon. **Estado Novo, um auto-retrato**. Brasília: Edunb, 1982.

SEGURADO, Milton Duarte. **O Direito no Brasil**. São Paulo: José Bushatsky, 1973.

SIESS-SCHERZ, Ingrid. Vertrauensschutz im Sozialrecht. **DRdA**, Heft 5a, 433ff, 2015.

SOUZA, Braz Florentino de Henriques. **Do Poder Moderador**. Brasília: Senado Federal, 1978.

SOUZA, Otávio Tarquínio de. **História dos fundadores do Império do Brasil**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1972.

SPECKAMP, Peter. **Soziale Grundrechte im Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Österreich**. Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2013.

STARCK, Christian. § 271 Maximen der Verfassungsauslegung. *In*: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hg.). **Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland**. Band XII. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 2014. p. 613-656.

TRIBUNAL DE CONSTAS DA UNIÃO. Aumentam os gastos públicos com judicialização da saúde. TCU, Brasília, ago. 2017. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em: 01 abr. 2019.

TRIPOLI, César. **História do Direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1947.

URBINA, Alberto Trueba. **La primera Constitución político-social del mundo**. México: Porrúa, 1971.

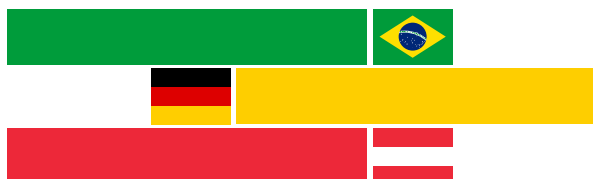
VASCONCELOS, Zacarias de Góes e. **Da natureza e limites do Poder Moderador**. Brasília: Senado Federal, 1978.

VIANNA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. São Paulo; Niterói: Edusp; EUFF, 1987.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil**. São Paulo: Acadêmica, 1989.

# Direitos (Fundamentais) Sociais e sua Justiciabilidade

BRASIL, ALEMANHA E ÁUSTRIA



## Rol dos Autores

### **MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL:**

graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1999), mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2001), doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2005); doutorado sanduíche pela Universidade de Heidelberg (2004) e pós-doutorado pela Universidade de Heidelberg, Alemanha (2007). Coordenadora e professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Autora de livros e artigos publicados no Brasil e Exterior. Coordenadora do “Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana” (FINEP e Capes). Membro do Conselho Superior da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (FAPERGS). Professora visitante junto à *Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald, Rechts – und Staatswissenschaftliche Fakultät*, Alemanha. Pesquisadora visitante junto à *Ruprecht-Karls Universität Heidelberg*, Alemanha e à *Paris Lodron Universität Salzburg*, Áustria.






### **ROSANA HELENA MAAS:**

graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2009), mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2011), doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2016); doutorado sanduíche pela *Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald, Rechts – und Staatswissenschaftliche Fakultät*, Alemanha (2016) e pós-doutorado pela *Paris Lodron Universität Salzburg*, Áustria (2018). Professora da Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Integrante do grupo de estudos “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPQ). Coordenadora do projeto de pesquisa “A judicialização da saúde e sua incidência na proteção de grupos em situação de vulnerabilidade: análise dos aspectos relacionados à vulnerabilidade na garantia do direito social à saúde nas decisões do STF e da Corte IDH”, financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul - FAPERGS (Auxílio Recém-Doutor – ARD – Edital 10/2020 – Termo de Outorga 21/2551-0000637-4). Autora de livros e artigos publicados no Brasil e no exterior.

### **STEPHAN KIRSTE:**

estudou nas Universidades de Regensburg e Friburgo (Alemanha). Obteve o título de Doutor em Direito em 1997, em Friburgo. Na Universidade de Heidelberg, trabalhou como Professor Assistente e concluiu sua livre-docência em 2004, recebendo autorização para lecionar em Direito Público, Filosofia do Direito, História do Direito Público e Sociologia do Direito. Foi Professor Titular na Faculdade de Ciências Comparadas Jurídicas e do Estado, na Universidade Andrassy, de língua alemã, em Budapeste, sendo atualmente membro do seu Conselho. Em 2012, assumiu a cadeira de Filosofia do Direito e Ciências Sociais na Universidade de Salzburg, Áustria. Entre 2010 e 2018 foi Presidente da seção alemã da Associação Internacional de Filosofia do Direito e Filosofia Social (IVR). É um dos dois chefes editoriais da Enciclopédia de Filosofia em Direito e Filosofia Social. Foi professor visitante na Universidade da Virgínia e em várias universidades brasileiras.

Os direitos sociais, principalmente quanto ao seu caráter fundamental, proteção e garantia, trazem consigo diferentes interrogações, que se assemelham, mesmo observando ordens jurídicas que se localizam em posições geográficas distintas. Em face disso, estabelece-se um panorama entre o Brasil, a Alemanha e a Áustria para realizar um estudo dos direitos (fundamentais) sociais. Busca-se contribuir para uma melhor compreensão dos direitos (fundamentais) sociais e visualização de aspectos teóricos controvertidos relacionados ao tema, tendo em vista o panorama aqui proposto, para que, a partir desse estudo, possa avançar-se na compreensão, efetivação e garantia desses direitos.



ISBN 978-65-5765-087-5



9 786557 650875



ithala.com.br