



BRASIL, ALEMANHA E ÁUSTRIA: UM PANORAMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO DIREITOS SUBJETIVOS INDIVIDUAIS

BRAZIL, GERMANY AND AUSTRIA: AN OVERVIEW OF FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS AS INDIVIDUAL SUBJECTIVE RIGHTS

Rosana Helena Maas

Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (2016), com doutorado sanduíche na *Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald, Rechts – und Staatswissenschaftliche Fakultät* (2016). Mestrado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (2011). Pós-doutorado pela Paris Lodron Universität Salzburg (2018). Professora concursada da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, no Curso de Direito e na Pós-Graduação em Direito. É integrante do grupo de estudos “Jurisdição Constitucional aberta”. É autora de livros e artigos publicados no Brasil e no exterior. E-mail: rosanamaas@unisc.br.

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. 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.

RESUMO

Nesse trabalho, estabelece-se um panorama entre o Brasil, a Alemanha e a Áustria para realizar um estudo dos direitos fundamentais sociais, com o fim de responder dois grandes questionamentos: os direitos sociais são direitos fundamentais garantidos constitucionalmente? Os direitos (fundamentais) sociais são compreendidos como direitos subjetivos (individuais) e/ou apenas na ordem de direito objetivo? Para objetar tais problemáticas, utiliza-se o método dedutivo, o procedimento analítico e a técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Pretende-se contribuir para uma melhor compreensão dos direitos fundamentais sociais e a visualização de aspectos teóricos controvertidos relacionados ao tema, tendo em vista o

panorama aqui proposto, para que, a partir desse ensaio, possa avançar-se na compreensão, efetivação e garantia desses direitos.

Palavras-chave: Alemanha. Áustria. Brasil. Direitos fundamentais sociais. Direito subjetivo individual.

ABSTRACT

In this work, an overview of Brazil, Germany and Austria is established to carry out a study of fundamental social rights, with the purpose of answering two great questionings: are social rights fundamental rights constitutionally guaranteed? Are fundamental social rights understood as subjective (individual) rights and/or just in the order of objective rights? To object such issues, the deductive method, the analytical procedure and the bibliographical and jurisprudential research technique are used. We aim to contribute to a better understanding of fundamental social rights and the visualization of contested theoretical aspects related to the theme, considering the overview here proposed, so that, from this study, we may progress in the comprehension, implementation and guarantee of these rights.

Keywords: Germany. Austria. Brazil. Fundamental social rights. Individual subjective right.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No panorama Brasil, Alemanha e Áustria dos direitos fundamentais sociais aqui proposto, busca-se apresentar 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. Assim, não se objetiva estabelecer uma comparação dos aspectos econômicos dos países investigados e a realização dos direitos sociais, embora o econômico e o social sempre estejam conectados. 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, analisa-se se os direitos sociais são direitos fundamentais, previstos no ordenamento jurídico dos respectivos países; após, examina-se como ocorre a proteção desses direitos, na ordem de direitos subjetivos (individuais) e/ou de direito objetivo, contexto em que a apreciação jurisprudencial recebe importância. A pesquisa segue pelo rumo da doutrina, jurisprudência e legislação dos

países em destaque, mediante o emprego do método dedutivo, do procedimento analítico e da técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

A importância do trabalho 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 jurídica¹.

2. PRIMEIRO QUESTIONAMENTO: NO PANORAMA BRASIL, ALEMANHA E ÁUSTRIA, OS DIREITOS SOCIAIS SÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS GARANTIDOS CONSTITUCIONALMENTE?

Inicialmente, 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.

Realizado esse esclarecimento, 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.

Em continuidade, 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

¹ 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 impressionismo. 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.

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.

2.1 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)². A sua abordagem 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).

² 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, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte[...] XXXI. A Constituição tambem garante os soccorros publicos. XXXII. A Instrucção primaria, e gratuita a todos os Cidadãos” (BRAZIL, 1824, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm).

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 exhibe 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”.

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 Federal³, 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, regrados 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,

³ 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”. (BRASIL, 1988, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

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 imediata⁴, podendo ser invocados ainda quando houver a falta ou insuficiência de lei⁵, 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)⁶, ponto a ser debatido no decorrer 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, quando se discutir acerca dos direitos (fundamentais) sociais como direitos subjetivos, que todos os

⁴ Nesse entendimento, pode-se citar Leivas (2006, p. 95); Sarlet (2008) e Krell (1999, p. 243).

⁵ 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".

⁶ 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).

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 Judiciário⁷.

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 *lócus* para garantir esses direitos de forma individual remete ao questionamento de se os direitos fundamentais sociais, no

⁷ 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. Constata-se, desse modo, com essas breves informações, o que se menciona acima, 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.

ordenamento constitucional brasileiro, conformam-se como direitos subjetivos individuais, o que é investigado no item final do trabalho.

2.2 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. Nesse 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.

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 educação⁸, 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*),

⁸ “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).

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 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 não se discute neste trabalho.

Já a Lei Fundamental de 1949, com a única exceção encontrada no artigo 6º, parágrafo quarto⁹, 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 Murawiek (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

⁹ 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, Murawiek (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.

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 ordenamento 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 Direito¹⁰, o que terá implicações quando for observada a jurisprudência sobre o assunto.

Essa não é a direção que os dezesseis¹¹ Estados-Membros (*Bundesländer*) tomaram, pois, em todas as Constituições Estaduais, podem-se 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

¹⁰ 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“*”.

¹¹ Baden-Württemberg, Bayern, Brandenburg, Berlin, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, 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*”.

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)¹².

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 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 nessa perspectiva, 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

¹² 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 auf Sicherung gegen die Wechselfälle des Lebens (Art. 171), und es kann in diesem Zusammenhang auch Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer angeführt werden”.

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”¹³ (*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 (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. Nesse rumo, Murswiek (1992, p. 266) cita que os direitos fundamentais sociais são compreendidos na forma de direito objetivo, como obrigação objetiva de organização estatal¹⁴. Dessa forma, o Estado possui o dever de proteção desses direitos, decorrente de uma dimensão objetiva dos

¹³ Sobre a concepção brasileira da teoria da reserva do possível, Leal e Maas (2019): “Políticas públicas e o ‘fuzzysmo’ da efetividade dos direitos fundamentais sociais: análise crítica do Are 639.337/STF– acesso à educação”.

¹⁴ 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”.

direitos fundamentais¹⁵, aspecto que se retoma de forma mais aprofundada no último tópico deste ensaio.

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 numa obrigação de proteção dos indivíduos contra a tortura, a humilhação, o desprezo e até contra outros particulares (KIRSTE, 2018, p. 135).¹⁶⁻¹⁷

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, 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 da exigibilidade) dos direitos sociais. O direito ao mínimo existencial passa, portanto, a ser forma de realização dos direitos sociais.

¹⁵ 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).

¹⁶ “*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).

¹⁷ 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”.

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

2.3 ÁUSTRIA

Na Áustria, por sua vez, a questão dos direitos fundamentais sociais restringe-se ainda mais. A Constituição hoje vigente é a Carta de 1920¹⁸⁻¹⁹, 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 Kelsen²⁰, 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 über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrat 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;

¹⁸ O que não significa que ela não sofreu modificações, possuindo diversas emendas e disposições constitucionais (ÖHLINGER; STELZER, 2010, p. 506).

¹⁹ 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.

²⁰ Cita-se, quanto ao debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre quem deveria ser o guardião da Constituição, a obra de Leal (2007).

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 primeiro²¹, 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 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 (*Grundrechtcarta*) da União Europeia²², 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

²¹ 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*”.

²² O que faz a Áustria e a Alemanha a adotarem a Carta Social da União Europeia (BERKA, 1999, p. 577).

(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)²³. Desse jeito, não há uma especial proteção aos direitos fundamentais sociais na Constituição da Federação, tampouco na *Staatsgrundgesetz*²⁴.

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 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 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 Estado²⁵ de Oberösterreich e do Tirol, cujas Constituições Estaduais preveem direitos sociais para pessoas carentes e pessoas que se

²³ Dedicou-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.

²⁴ 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*”.

²⁵ A Áustria possui nove Estados-membros: Burgenland, Kärnten, Niederösterreich, Oberösterreich, Salzburg, Steiermark, Tirol, Vorarlberg e Wien.

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 lei²⁶.

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

²⁶ 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.

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)^{27_28}.

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 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).

²⁷ Nessa perspectiva, 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 und 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).

²⁸ 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*.

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 comum²⁹ 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 panorama 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.

Tecidas essas considerações, investiga-se, agora, se os direitos fundamentais sociais podem ser compreendidos como direitos subjetivos (individuais) e/ou apenas na ordem de direito objetivo, o que se faz a partir da apreciação doutrinária e jurisprudencial a seguir. Perscruta-se, em síntese, a sua justiciabilidade.

3. SEGUNDO QUESTIONAMENTO: NO PANORAMA BRASIL, ALEMANHA E ÁUSTRIA, OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS SÃO COMPREENDIDOS COMO DIREITOS SUBJETIVOS (INDIVIDUAIS) E/OU APENAS NA ORDEM DE DIREITO OBJETIVO?

Nesse momento, 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.

²⁹ 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*”.

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 panorama 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 deles³⁰.

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, regendo, como já referido, na ordem de direito subjetivo a prestações, apenas o relacionado no artigo 6º, parágrafo quarto, condizente 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, 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:

³⁰ *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).*

“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 na ordem de direito objetivo, como obrigação do Legislativo e do Executivo. Todavia, menciona que há a possibilidade para que esse direito 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 omissor³¹, 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-justiciabilidade³² 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 omissor, 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

³¹ 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.

³² 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.

peças carentes e desempregadas (*Arbeitslosengeld*), alhures mencionadas. 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 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 perpassa 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. Alerta-se: aqui 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 requeridos 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 Federal³³.

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 individual³⁴ e coletiva³⁵.

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

³³ 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)).

³⁴ 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://portal.stf.jus.br/>).

³⁵ 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.direitodoestado.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.

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 decidiu³⁶ que este direito possui uma dupla proteção, de ordem subjetiva como objetiva³⁷. 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, <http://portal.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

³⁶ 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 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, <http://portal.stf.jus.br/>)

³⁷ Outra jurisprudência de importância a ser mencionada resulta do Agravo Regimental do Recurso Extraordinário n. 639.337/SP, de 2011 (<http://portal.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.

via do controle concentrado de constitucionalidade, possuindo legitimidade ativa pré-estabelecida³⁸, não podendo qualquer cidadão requerer judicialmente.

Além do mais, um dos motivos da judicialização dos direitos fundamentais sociais³⁹, 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, 2014, p. 203).

Nesse panorama, 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.

Como dito, no Brasil, em uma análise doutrinária, jurisprudencial e legislativa, arquitetam-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

³⁸ 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 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 (BRASIL, 1988, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

³⁹ Sobre o fenômeno da judicialização e suas características, indica-se a obra de Leal e Maas (2014): “O *amicus curiae* e o Supremo Tribunal Federal: fundamentos teóricos e análise crítica”.

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 (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 desporto, 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, respondendo-se o segundo questionamento: os direitos fundamentais sociais são compreendidos como direitos subjetivos (individuais) e/ou apenas na ordem de direito objetivo? Conclui-se que eles 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 descartando-se 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, materializar⁴⁰, tais direitos. Segundo Calliess (2006, p. 986), é preciso dar-se força aos direitos fundamentais para que seja possível concretizá-los, no sentido de que, quanto maior o controle e a sua proteção, menor será a chance de ocorrerem falhas na sua realização.⁴¹

É tempo de concluir: os direitos sociais são direitos fundamentais. A sua garantia 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 constitucional, estando na jurisprudência as maiores contribuições ao tema.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo, dois grandes questionamentos foram realizados: 1. Os direitos sociais são direitos fundamentais garantidos constitucionalmente? 2. Os direitos (fundamentais) sociais são compreendidos como direitos subjetivos (individuais) e/ou apenas na ordem de direito objetivo? Agora, passa-se a respondê-los:

1. 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 assegurar-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

⁴⁰ 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”*.

⁴¹ 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.

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, no entanto, se o legislador for omissivo nesse sentido, sendo seu dever a realização do Estado Social, daí verifica-se um direito subjetivo do indivíduo que decorre de diferentes circunstâncias, contexto em que se passa às conclusões referentes ao segundo questionamento formulado.

2. 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 nesse sentido, 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. Assim sendo, 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, 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 panorama, 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

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

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. Acesso em: 04 jan. 2016.

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

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

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

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 8 jan. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Jurisprudência**. Disponível em: <http://portal.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. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

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.

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/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O direito a saude nos 20 anos da CF coletanea TAnia 10 04 09.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf). Acesso em: 04 jan. 2016.

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.

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

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, 2013a. 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. 2013b. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/468>. Acesso em: 25 jan. 2019.

KIRSTE, Stephan. Das Fundament der Menschenrechte. **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, 2018a. 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, 2013c.

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

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.

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. **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*: **Interlocações jurídicas Luso-Brasileiras**: Interlocações sobre Direito. Braga: AEDREL, 2019. v. II.

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

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

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.

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.

ÖSTERREICHISCHE. (**Österreichische Bundesverfassung** [1920]). Österreichisches Parlament: Wien [1920]. Disponível em: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10000138>. Acesso em: 11 set. 2020.

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

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

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. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. **STJ**, Brasília, 2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf. Acesso em 11 set. 2020.

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

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

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.

Recebido em 29/10/2021
Aprovado em 31/07/2023
Received in 29/10/2021
Approved in 29/10/2023