

# BRASIL, ALEMANHA E ÁUSTRIA: OS DIREITOS SOCIAIS SÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS GARANTIDOS CONSTITUCIONALMENTE?<sup>1</sup>

## Rosana Helena Maas

Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul/RS (2009). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul/RS (2011). Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul/RS (2016). Doutorado sanduíche pela *Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald, Rechts – und Staatswissenschaftliche Fakultät*, Alemanha (2016). Pós-Doutorado pela *Paris Lodron Universität Salzburg*, Áustria (2018). Está realizando estágio Pós-Doutoral junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul/RS, sob orientação da Profa. Pós-Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal. Professora da Graduação e da Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul/RS. Integrante do grupo de estudos “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq). Coordenadora do projeto de pesquisa “A judicialização da saúde e sua incidência na proteção de grupos em situação de vulnerabilidade: análise dos aspectos relacionados à vulnerabilidade na garantia do direito social à saúde nas decisões do STF e da Corte IDH”, financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS (Auxílio Recém-Doutor – ARD – Edital 10/2020 – Termo de Outorga 21/2551-0000637-4). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2204113976797800>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9930-309X>. E-mail: [rosanamaas@unisc.br](mailto: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 Direito Público, Filosofia do Direito, História do Direito Público e Sociologia do Direito. Foi Professor Titular na Faculdade de Ciências Comparadas Jurídicas e do Estado, na Universidade Andrassy, de língua alemã, em Budapeste, sendo atualmente membro do seu Conselho. Em 2012, assumiu a cadeira de Filosofia do Direito e Ciências Sociais na Universidade de Salzburg, Áustria. Entre 2010 e 2018 foi Presidente da seção alemã da Associação Internacional de Filosofia do Direito e Filosofia Social (IVR). É um dos dois chefes editoriais da Enciclopédia de Filosofia em Direito e Filosofia Social. Foi professor visitante na Universidade da Virgínia e em várias universidades brasileiras. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9853331140919981>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9944-8160>. E-mail: [Stephan.Kirste@plus.ac.at](mailto:Stephan.Kirste@plus.ac.at).

<sup>1</sup> Este trabalho é resultante das atividades do projeto de pesquisa “A judicialização da saúde e sua incidência na proteção de grupos em situação de vulnerabilidade: análise dos aspectos relacionados à vulnerabilidade na garantia do direito social à saúde nas decisões do STF e da Corte IDH”, financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS (Auxílio Recém-Doutor – ARD – Edital 10/2020 – Termo de Outorga 21/2551-0000637-4).

---

**Resumo:** Os direitos sociais, principalmente quanto ao seu caráter fundamental, proteção e garantia, trazem consigo diferentes interrogações que se assemelham, mesmo observando ordens jurídicas que se localizam em posições geográficas distintas. Em face disso, estabelece-se um panorama entre o Brasil, a Alemanha e a Áustria para realizar um estudo dos direitos fundamentais sociais, com o fim de responder o seguinte questionamento, com relação aos respectivos países: os direitos sociais são direitos fundamentais garantidos constitucionalmente? Para objetar tal problemática, utiliza-se o método dedutivo, o procedimento analítico e a técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. O trabalho aqui proposto busca debruçar-se sobre uma perspectiva teórica e aprimorada sobre o assunto, numa dimensão de universalidade que o estudo sobre os direitos sociais, na ordem de direitos fundamentais, possa alcançar e, assim, contribuir para uma melhor compreensão desses direitos e na visualização de aspectos teóricos controversos relacionados ao tema.

**Palavras-chave:** Alemanha. Áustria. Brasil. Direitos fundamentais. Direitos sociais.

**Sumário:** **1** Introdução – **2** Direitos fundamentais sociais: a questão terminológica – **3** Os direitos fundamentais sociais na ordem de direitos a prestações positivas: direitos de defesa e direitos de prestação – **4** Panorama Brasil, Alemanha e Áustria: os direitos sociais são direitos fundamentais garantidos constitucionalmente? – **5** Conclusão – Referências

---

## 1 Introdução

O panorama dos direitos fundamentais sociais – Brasil, Alemanha e Áustria –, surge no âmbito de investigar, em face de contextos históricos, de realidades sociais e de posições geográficas distintas, os direitos sociais, principalmente quanto ao seu caráter fundamental, proteção e garantia, que apresentam diferentes interrogações; no entanto, com semelhantes problemáticas e preocupações quanto à sua concretização.

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

Nessa perspectiva, analisa-se se os direitos sociais são direitos fundamentais, previstos nas ordens constitucionais dos respectivos países. Com o fim de cumprir tal tarefa, verificam-se, inicialmente, aspectos próprios dos direitos fundamentais sociais, como a sua terminologia, enquanto prestações positivas, o que dá espaço à distinção entre direitos de defesa e de prestação, para, em seguida, perscrutar se há previsão desses direitos nas Constituições e Leis Fundamentais abarcadas, justamente para averiguar sua forma de proteção. O presente artigo segue pelo rumo da doutrina, jurisprudência e legislação dos países em destaque,

através do método dedutivo, do procedimento analítico, bem como da técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

O destaque desta pesquisa está em contribuir para a melhor compreensão e visualização de alguns aspectos controvertidos relacionados à teoria dos direitos fundamentais sociais, para que, a partir dela, possa-se avançar na procura de respostas e na construção de novos caminhos quanto à garantia e efetividade desses direitos e, mais, em virtude da necessidade de se desenvolver e se aplicar mais conceitualmente os direitos sociais enquanto categoria jurídica.<sup>2</sup>

## 2 Direitos fundamentais sociais: a questão terminológica

Torna-se importante, nesta temática, a questão terminológica, pois na doutrina alemã observa-se uma classificação envolvendo os direitos prestacionais em sentido amplo e estrito. Assim, os direitos prestacionais em sentido amplo (*Leistungsrechte im weiteren Sinne*), direitos a ações estatais positivas, contemplam os direitos fundamentais sociais, em seu sentido estrito (*Leistungsrechte im engeren Sinne*). Desse modo, os direitos fundamentais sociais configuram uma espécie do gênero dos direitos prestacionais.<sup>3</sup>

Além disso, a concepção de direitos fundamentais sociais decorre de direitos do indivíduo em face do Estado, de prestações que aquele, caso dispusesse de meios financeiros e de oferta suficiente no mercado, iria obter de particulares e não do ente estatal,<sup>4</sup> abrangendo-se, nessa conceituação, o direito à saúde, à moradia e à educação, por exemplo.<sup>5</sup>

Alexy<sup>6</sup> aborda essa classificação em seu livro “Teoria dos Direitos Fundamentais” (*Theorie der Grundrechte*), no capítulo dos direitos a ações estatais positivas (*Rechte*

<sup>2</sup> Nesse olhar, Canotilho, 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 fuzzismo 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 (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 93-103).

<sup>3</sup> ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 395 e 454.

<sup>4</sup> O critério apresentado por Alexy, baseado na incapacidade financeira do indivíduo, encontra-se muito associado a uma perspectiva assistencialista dos direitos sociais, que, por vezes, pode ser tida como “conservadora” e “reducionista”, pois os direitos sociais possuem como fundamento a qualidade de vida relacionada ao conceito de dignidade humana, para além da questão financeira. Entende-se que a prestação de determinados serviços por parte do Estado, na ordem de compensar ou de atender uma parcela da população, possa ser compreendida como uma categoria ou uma forma de realização dos direitos sociais, mas não a única maneira de concretização desses direitos, reduzindo-os a essa compreensão.

<sup>5</sup> ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 454.

<sup>6</sup> ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 395.

*auf positive Handlungen des Staates*), afirmando que todo direito a uma ação positiva, a uma ação estatal, é um direito à prestação, oposto aos direitos de defesa, que trazem uma dimensão negativa aos direitos fundamentais e, em princípio, uma abstenção.

Nessa interpretação, Alexy coaduna o direito à prestação a uma ação positiva, ao *status positivus* ou *civilitatis* de Jellinek, na ordem de que os direitos fundamentais sociais seriam direitos a prestações positivas do Estado. Porém, em contraponto, esse não é o entendimento de Kirste,<sup>7</sup> pois não se poderia compreender todos os direitos a prestações somente na ordem de direitos a ações positivas, ou vice-versa, visto que esses direitos, como os demais direitos fundamentais, podem receber a confrontação, desdobrar-se em distintas formas e permear-se nos diferentes *status*, tendo como orientação a teoria dos *status* de Jellinek, sendo eles o *status passivus* ou *subjectionis* (sujeição do indivíduo frente ao Estado); o *status negativus* ou *libertatis* (liberdade individual, oposta à submissão estatal); o *status positivus* ou *civilitatis* (prestações positivas do Estado) e o *status activus* (cidadania ativa).<sup>8</sup>

Dessa maneira, um direito à prestação pode se caracterizar, além de sua faceta positiva, em uma posição de submissão do indivíduo e do Estado à lei, de defesa perante ofensas de terceiros, como do próprio Estado, bem como de participação estatal. Sobre a teoria dos *status* de Jellinek e da distinção dos direitos de defesa e de prestação, principalmente no que diz respeito aos direitos sociais, maiores especificações ocorrem no decorrer deste trabalho.

Em continuidade, ainda se ressalta que os direitos prestacionais em sentido amplo podem ser divididos em: (a) direitos à proteção (*Rechte auf Schutz*) e (b) direitos à organização e ao procedimento (*Rechte auf Organisation und Verfahren*). Ademais, há os direitos à prestação em sentido estrito, sendo esses, os direitos fundamentais sociais.<sup>9 10</sup> Alerta-se que os direitos prestacionais em sentido amplo

<sup>7</sup> KIRSTE, Stephan. Das Fundament der Menschenrechte. *Der Staat*. Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte. Band 52. Berlin: Duncker & Humblot, 2013. p. 123.

<sup>8</sup> JELLINEK, Georg. *System de subjektiven öffentlichen Rechte*. 2. Auflage. Tübingen: Lizenzausgabe mit freundlicher Genehmigung des Verlags J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1919.

<sup>9</sup> Alexy assevera que, por vezes, a expressão “direitos fundamentais sociais” (*soziale Grundrechte*) é atrelada aos direitos a prestações previstos de forma expressa na legislação, como ocorre no caso alemão nas Constituições Estaduais, o que será analisado na sequência do artigo; já a expressão “direitos fundamentais a prestações” (*grundrechtliche Leistungsrechte*) ou “interpretações sociais dos direitos de liberdade e igualdade” (*soziale Interpretationen der Freiheits- und Gleichheitsrechte*), são aqueles direitos sociais que decorrem da interpretação jurídica. Todavia, o autor menciona que o importante é distinguir os direitos contemplados expressamente daqueles oriundos de interpretação, mas não a questão de sua terminologia, pois apresentam similitudes em seu conteúdo, estrutura e problemática. Por isso, afirma que todos os direitos a prestações em sentido estrito (*Leistungsrechte im engeren Sinne*) são direitos fundamentais sociais (ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 454-455).

<sup>10</sup> ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 404.

não são objeto de investigação neste estudo. Em síntese, apresenta-se a classificação dos direitos fundamentais a prestações:

## DIREITOS FUNDAMENTAIS A PRESTAÇÕES

### **1 Direitos a prestações em sentido amplo:**

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

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

No entanto, muitas vezes os direitos fundamentais sociais são identificados com os direitos de participação (*Teilhaberechte*), porquanto tratados como sinônimos, razão por que a diferenciação entre ambos se constitui em um ponto a ser perscrutado (*Teilhaberechte x Leistungsrechte*). Acrescenta-se que Murswiek<sup>11</sup> afirma que a terminologia na literatura não é uniforme, sendo até mesmo confusa. Nesse sentido, diferentes expressões seriam encontradas: *Teilhabe* (participação), *Teilhaberechte* (direito de participação) e *soziale Grundrechte* (direitos fundamentais sociais).

Com o fim de traçar uma distinção entre *Teilhaberechte* (direitos de participação) e *Leistungsrechte* (direitos a prestações, na concepção de direitos fundamentais sociais), assevera-se que o direito de participação perpassa pela noção de participação no processo e no procedimento,<sup>12 13</sup> na garantia de um procedimento em busca da pretensão, ou seja, na forma de requerer o direito pretendido; já o direito à prestação corresponderia ao direito que se poderia exigir do Estado, o direito a ser requerido, ou seja, o próprio direito em si. Então, a diferença consiste

<sup>11</sup> 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. 245.

<sup>12</sup> Sobre o direito de participação no processo constitucional, tem-se como referência, na doutrina alemã, o constitucionalista Peter Häberle, que possui, inclusive, obras traduzidas para o português, como é o livro *Die offene Gesselchaf der Verfassungsinterpreten (A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição)*, tradução realizada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997). Também, pode-se citar o texto publicado em 1972 e, novamente, em 1980, "Grundrechte im Leistungsstaat" (*Direitos fundamentais no Estado Prestacional*), em que o autor aponta o conceito de *status activus processualis*, enquanto *status* de participação no processo público de estabelecimento dos conteúdos associados aos direitos fundamentais e à própria democracia (HÄBERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. In: *Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Königstein/Ts.: Athenäum, 1980, p. 248-286; HÄBERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. In: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer (VVDAtRL)*. Band 30. Berlin: Gruyter, 1972, p. 44-131).

<sup>13</sup> Sobre o *status activus processualis*, bem como a teoria de Häberle referente à participação e à democracia, sugere-se a leitura da obra de Mônia Clarissa Hennig Leal e Rosana Helena Maas: "Judicialização da saúde e controle jurisdicional de políticas públicas: entre informação e participação" (LEAL, Mônia Clarissa

em que, de um lado, tem-se o direito a ser exigido e, do outro, a forma de se exigir esse direito: conteúdo e forma.<sup>14 15</sup> Em complementação, Sarlet<sup>16</sup> sustenta que o termo “prestação” (*Leistung*) representaria mais o conteúdo do objeto da pretensão; já o termo “participação” (*Teilhabe*), a forma de realização dessa mesma pretensão. A rigor, direito e procedimento.

Os limites aprofundam-se quando o direito à participação é compreendido no sentido amplo e estrito (*Teilhaberechte im weiteren Sinne und engeren Sinne*), sendo os direitos sociais classificados como direitos à participação em sentido estrito (*Teilhaberechte im engeren Sinne*), enquanto direitos a prestações sociais, num aspecto de conteúdo, de prestações materiais, correlacionados ao *status positivus socialis*. Murswiek<sup>17</sup> estabelece essa classificação utilizando-se da teoria dos *status* de Jellinek:<sup>18</sup> *status passivus* ou *subjectionis* (sujeição do indivíduo frente ao Estado); *status negativus* ou *libertatis* (liberdade individual, oposta à submissão estatal); *status positivus* ou *civilitatis* (prestações positivas do Estado) e *status activus* (cidadania ativa). Com essa base, em sentido amplo, o direito à participação compreende direitos relacionados ao *status activus* (participação no procedimento, como, por exemplo, o direito ao voto) e ao *status positivus* (direitos a prestações em sentido amplo), sendo que este último se divide em *status positivus libertatis* (proteção de direitos e direito à participação no processo) e *status positivus socialis* (*Teilhaberechte im engeren Sinne* – relativo aos direitos sociais, a prestações materiais).

Outra classificação a ser abordada consiste no direito à participação em seu sentido originário e derivado (*originäre und derivative Teilhaberechte*), sendo que a primeira decorre dos direitos fundamentais diretamente exigíveis do Estado, e a segunda, embora também se baseie em direitos fundamentais, depende de prévia atuação estatal, ou seja, são direitos à participação em instalações existentes e

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

<sup>14</sup> 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. 246-247.

<sup>15</sup> Borowski critica essas classificações e diferentes terminologias (apesar de não se abster de realizá-las), invocando o argumento de que elas não interfeririam na estrutura dogmática dos direitos sociais. Entende que todo direito fundamental à prestação, que amplia a liberdade do indivíduo, designa-se como direito fundamental social (BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. 3. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2018. p. 419-420).

<sup>16</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed., revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 193.

<sup>17</sup> 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. 247-248.

<sup>18</sup> JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. 2. Auflage. Tübingen: Lizenzausgabe mit freundlicher Genehmigung des Verlags J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1919.

serviços já prestados.<sup>19</sup> A mesma diferenciação ocorre quando Alexy<sup>20</sup> aborda os direitos a prestações originárias (*originäre Leistungsrechte*), fazendo a correlação de decorrência direta ou não dos direitos fundamentais e de atuação estatal, sendo, na forma derivada, aqueles que carecem de uma ação autorizadora do Estado.

Em razão do escrito, deve-se deixar claro que a temática deste ensaio decorre da análise dos direitos fundamentais sociais em seu sentido originário e não derivado, ou seja, dos direitos decorrente de forma direta dos direitos fundamentais garantidos na ordem constitucional, e não de direitos decorrentes da existência de um sistema prévio de oferta desses bens ou serviços.<sup>21 22</sup>

Em síntese, os direitos fundamentais sociais em relação aos quais se prende o olhar no presente estudo são os direitos sociais prestacionais, as prestações materiais, positivas, decorrentes originariamente da Constituição brasileira, da Lei Fundamental alemã e da legislação austríaca, ao passo que, para prosseguir nesse caminho, apresenta-se a diferença e o contexto dos direitos de defesa e de prestação.<sup>23</sup>

### **3 Os direitos fundamentais sociais na ordem de direitos a prestações positivas: direitos de defesa e direitos de prestação**

Na premissa de que os direitos fundamentais sociais são direitos a prestações positivas, oportuno é apresentar a diferenciação clássica entre direitos de defesa e direitos à prestação. Com esse foco, adiciona-se que, ao lado dos direitos de defesa (*Abwehrrechte*), caracterizados como direitos a ações negativas, encontram-se os direitos de prestação (*Leistungsrechte*), que são direitos a ações positivas, ambos tendo como destinatário o Estado.

<sup>19</sup> 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. 247.

<sup>20</sup> ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 397.

<sup>21</sup> Sarlet afirma que essa classificação não é incompatível com a classificação dos direitos prestacionais em sentido amplo e estrito, podendo ser aplicada à mesma (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed., revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 195).

<sup>22</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed., revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 195.

<sup>23</sup> Nesta primeira parte, utiliza-se, predominantemente, a literatura alemã, pois, tanto no Brasil quanto na Áustria, não se verifica com tanta veemência distinções terminológicas ou discussões a esse respeito.

Os direitos de defesa<sup>24</sup> ou de abstenção, oriundos e conectados com o indivíduo, em sua visão clássica, decorrentes de um Estado liberal-burguês, possuem um caráter negativo, ou seja, compreendem direitos contra/frente ao Estado, na ideia de que o Estado não deve intervir na liberdade do cidadão.<sup>25</sup> Esses direitos protegem, imediatamente, o cidadão em sua liberdade subjetiva negativa contra interferências estatais, bem como de interferências causadas por outros cidadãos.<sup>26</sup>

Eles estão, por sua vez, associados à teoria dos *status* de Jellinek,<sup>27</sup> <sup>28</sup> <sup>29</sup> já introduzida alhures, correspondendo ao *status negativus* ou *libertatis*, na medida em que configuram um espaço conformado pela esfera de liberdade individual, assentada em questões que seriam irrelevantes ao Estado, apresentando-se como oposta ao *status passivus* ou *subjectionis*, numa perspectiva de submissão do indivíduo diante do Estado.<sup>30</sup>

Por outro lado, os direitos prestações<sup>31</sup> concebem-se como direitos positivos,<sup>32</sup> sendo identificados, na teoria dos *status*, com o *status positivus* ou *civilitatis*, no qual há pretensões do indivíduo a prestações positivas por parte do

<sup>24</sup> Alexy divide o direito a ações negativas em três diferentes grupos em face do titular do direito: 1. direitos em que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas ações; 2. direitos em que o Estado não afete determinadas características ou situações; 3. direitos em que o Estado não retire determinadas posições jurídicas (ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 171-179).

<sup>25</sup> ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 233-235.

<sup>26</sup> KIRSTE, Stephan. *Introdução à filosofia do direito*. Tradução: Paula Nasser. Apresentação: Marcelo Campos Galuppo. Belo Horizonte: Fórum, 2013c. p. 167.

<sup>27</sup> JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. 2. Auflage. Tübingen: Lizenzausgabe mit freundlicher Genehmigung des Verlags J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1919.

<sup>28</sup> Sobre a teoria dos *status* de Jellinek, observa-se a obra de Kirste de 2013c e 2018b, como também, do mesmo autor, em 2018a, *Die Dogmatik der Würde der Menschen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts* (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. *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).

<sup>29</sup> Muitas críticas são desenvolvidas em virtude dessa teoria e diferentes construções e ampliações podem ser observadas acerca dela, com a constituição e inclusão de mais modalidades de *status*, ao que se deve a sua atualidade, podendo-se citar Alexy nessa perspectiva: ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 229. Häberle (1972, p. 73) também formula, a partir da teoria dos *status*, mais outros *status*, como, por exemplo, o *status activus processualis*, já mencionado (HÄBERLE, Peter. *Grundrechte im Leistungsstaat*. In: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer (VVDatRL)*. Band 30. Berlin: Gruyter, 1972. p. 73).

<sup>30</sup> ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 233-235.

<sup>31</sup> Alexy ainda diferencia os direitos a prestações fáticas e normativas, sendo prestações fáticas as condizentes à atuação estatal em garantia material dos direitos e normativas, garantidas por lei (ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 179-182).

<sup>32</sup> ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 238.

Estado,<sup>33</sup> sendo esse *status* característico do Estado Social. Identifica-se, aqui, a concepção de uma liberdade positiva, uma liberdade para algo.<sup>34</sup>

Explica-se: o *status positivus* é protegido mediante pretensões a prestações de serviços e de participação dos cidadãos perante o Estado. Nesse sentido, essas pretensões permitem, em primeiro plano, o uso positivo da liberdade. Além do mais, uma ação do Estado que só objetive a proteção do indivíduo, mesmo que seja praticada contra a sua vontade, não se torna justificável. As prestações de serviços do Estado devem também, em todo o caso, servirem a uma finalidade relativa ao bem comum. Por exemplo, leis de proteção aos não fumantes são justificadas em benefício dos clientes e funcionários de restaurantes que não fumam e não o contrário, isto é, em virtude dos fumantes e proprietários que colocam sua saúde voluntariamente em risco. Nesse diapasão, o *status positivus* correlaciona-se a prestações que o indivíduo não pode, por si só, executar. Extrapolando essa restrição, o Estado não é mais promotor da liberdade, mas restritivo dela.<sup>35</sup>

Para tornar clara a diferença e contraponto dos direitos de defesa e direitos de prestação, oportuna é a concepção de Leal,<sup>36</sup> quando trabalha a dignidade da pessoa humana como critério para o controle jurisdicional de políticas públicas, afirmando que os direitos positivos (prestacionais), diferenciam-se significativamente daqueles tidos como negativos (de defesa ou de abstenção), pois quando algo é proibido, como é o caso dos últimos, então toda e qualquer ação que implicar uma violação do direito protegido é tida como proibida. Todavia, quando algo é imposto numa dimensão positiva, nem toda e qualquer ação que protege ou promove o direito é tida como devida, abrindo-se espaço, então, para uma ponderação (entre meios e fins), a qual, na esfera administrativa, traduz-se no conceito de discricionariedade.

Ocorre, no entanto, que essas concepções não podem ser enclausuradas, porque, de um direito de defesa (negativo), concebe-se a derivação de uma dimensão positiva, como de um direito prestacional (positivo) uma dimensão negativa. Nesse entendimento, conclui-se que os direitos fundamentais possuem uma função dúplice, negativa e positiva, ao fato de que não se deve identificar os direitos sociais como “positivos” e os direitos de liberdade como “negativos”,

<sup>33</sup> JELLINEK, Georg. *System de subjektiven öffentlichen Rechte*. 2. Auflage. Tübingen: Lizenzausgabe mit freundlicher Genehmigung des Verlags J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1919. p. 87.

<sup>34</sup> KIRSTE, Stephan. *Introdução à filosofia do direito*. Tradução: Paula Nasser. Apresentação: Marcelo Campos Galuppo. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018b. p. 165.

<sup>35</sup> KIRSTE, Stephan. *Introdução à filosofia do direito*. Tradução: Paula Nasser. Apresentação: Marcelo Campos Galuppo. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018b. p. 263.

<sup>36</sup> 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 (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 13. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2014. p. 145.

por possuírem critérios distintos de análise e de classificação. Por exemplo, o direito à moradia, direito social, na condição de direito a ações positivas, carece da promoção e satisfação de necessidades materiais; e, ao reverso, também é protegido contra ingerências externas, como é o caso do direito de inviolabilidade de domicílio em face do Estado e particulares.<sup>37</sup> O mesmo ocorre com o direito à greve, o qual se traduz em um direito à omissão.<sup>38</sup>

Verificados esses apontamentos teóricos e conceituais, passa-se a abordar a previsão de direitos a pretensões positivas, direitos fundamentais sociais, na ordem constitucional brasileira, alemã e austríaca, a fim de responder o questionamento do trabalho, qual seja, se os direitos sociais são direitos fundamentais previstos constitucionalmente, em que a investigação transcorre pela doutrina, legislação e jurisprudência.

#### **4 Panorama Brasil, Alemanha e Áustria: os direitos sociais são direitos fundamentais garantidos constitucionalmente?**

Antes de se adentrar ao aspecto central do presente artigo, é importante destacar que o panorama aqui traçado em relação aos diferentes países objeto deste estudo não consiste em comparar os aspectos sociais e econômicos, como já se pontuou na introdução, mas sim realizar uma leitura sistemática, doutrinária, jurisprudencial e legislativa acerca da posição desses direitos nas respectivas ordens jurídicas, na medida de suas contribuições em vista das similitudes e/ou distinções em virtude de seus conteúdos e estruturas. Esclarecido esse ponto, abordam-se, a princípio, questões históricas e introdutórias dos direitos sociais, para, em continuidade, assinalar, na legislação brasileira, a temática, que prevê, em sua Carta Constitucional, os direitos sociais como direitos fundamentais, o que, alerta-se, difere dos outros dois modelos que passam a ser perscrutados a seguir.

De início, assevera-se que a primeira lei a contemplar os direitos sociais foi a Constituição Jacobina, na França, de 1793, apontando-se, como exemplo, o direito ao trabalho, à incapacidade ao trabalho, à assistência pública e ao ensino.<sup>39</sup> No entanto, foi a Constituição russa de 1918, da República Soviética, que inovou,

<sup>37</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed., revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 211.

<sup>38</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 88.

<sup>39</sup> BRENNE, Anke. Soziale Grundrechte in den Landesverfassungen. In: *Verfassungs- und Verwaltungsrecht unter dem Grundgesetz*. Band 30. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2003. p. 19.

ao estabelecer um catálogo de direitos fundamentais sociais.<sup>40</sup> A Constituição de Weimar de 1919, uma Constituição não socialista, por mais que faça parte da história trágica alemã, deve ser aqui também lembrada, já que é considerada um marco do constitucionalismo social em geral, como se verifica na sequência.

No entanto, importante é mencionar, com Böckenförde,<sup>41</sup> 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.

## 4.1 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.<sup>42 43</sup> 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,<sup>44</sup> tida, esta última, como ainda será estudado, como uma Carta “fracassada”, justamente pelas atrocidades ocorridas na Segunda Grande Guerra Mundial, não servindo como paradigma para a Lei Fundamental alemã de 1949.

<sup>40</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Staat, Verfassung, Demokratie*: Studienzur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrechts. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992. p. 147.

<sup>41</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Staat, Verfassung, Demokratie*: Studienzur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrechts. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992. p. 147.

<sup>42</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 241.

<sup>43</sup> Sarlet 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 Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte [...] XXXI. A Constituição também garante os socorros publicos. XXXII. A Instrução primaria, e gratuita a todos os Cidadãos” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed., revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 192; 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/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 8 jan. 2019).

<sup>44</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed., revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 192.

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.<sup>45</sup>

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

Diante disso, constata-se que os direitos sociais, na ordem democrática brasileira, são tidos como direitos fundamentais, sendo esta uma opção do próprio legislador constituinte. Entre os direitos sociais, destacam-se os previstos no artigo 6º da Constituição Federal,<sup>46</sup> compreendendo os direitos à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à 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”.

<sup>45</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed., revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 192.

<sup>46</sup> O texto original do artigo 6º da Constituição Federal: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 8 jan. 2020).

Destaca-se, com Sarlet,<sup>47</sup> que, na Constituição hoje vigente, os direitos sociais, direitos a prestações, encontram uma receptividade antes não vista no ordenamento jurídico pátrio, sem precedentes no constitucionalismo nacional, com a abertura de um capítulo especialmente dedicado aos direitos sociais no catálogo dos direitos e garantias fundamentais, podendo-se encontrar, inclusive fora do rol de direitos fundamentais, a previsão de direitos a prestações, com a citação breve do artigo 17, parágrafo terceiro, abordando o direito dos partidos políticos a acessar recursos do fundo partidário.

Muito se discutiu sobre a aplicabilidade desses direitos, havendo já uma posição, afirma-se, consolidada, de que sua aplicação ocorre de forma imediata,<sup>48</sup> podendo ser invocados ainda quando houver a falta ou insuficiência de lei,<sup>49</sup> conforme se observa no artigo 5º, parágrafo primeiro, da Constituição Federal.<sup>50</sup>

Outra discussão sobre os direitos fundamentais sociais no âmbito da teoria brasileira dizia respeito à 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,<sup>51</sup> para quem tal entendimento 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

<sup>47</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed., revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 192.

<sup>48</sup> Nesse entendimento, pode-se citar Krell (1999, p. 243), Leivas (2006, p. 95) e Sarlet (2008) (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; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; 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\\_PETROPO LIS\\_final\\_01\\_09\\_08.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPO LIS_final_01_09_08.pdf). Acesso em: 11 set. 2020).

<sup>49</sup> Conforme Krell (1999, p. 244), quando discorre sobre a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais, acerta: “o seu conteúdo não precisa ser concretizado por lei; eles possuem um conteúdo que pode ser definido na própria tradição da civilização ocidental cristã, da qual o Brasil faz parte. A sua regulação legislativa, quando houver, nada acrescentará de essencial: apenas pode ser útil (ou, porventura, necessária) pela certeza e segurança que criar quanto às condições de exercício dos direitos ou quanto à delimitação frente a outros direitos”.

<sup>50</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 95.

<sup>51</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais*: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. STJ, Brasília, 2008, p. 15-17. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo\\_Ingo\\_DF\\_sociais\\_PETROPOLIS\\_final\\_01\\_09\\_08.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf). Acesso em: 11 set. 2020.

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

Prosseguindo, constitui um paradoxo que o Brasil, com sua Constituição tão avançada em matéria de direitos sociais, comparando-se, até, com a Lei Fundamental alemã e a legislação austríaca, como será investigado, na realidade, possua uma precária distribuição desses serviços, diante da 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”.<sup>52</sup> Por esse motivo, há demanda crescente por prestações positivas na esfera do Poder Judiciário.<sup>53</sup>

<sup>52</sup> 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, p. 240. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/545>. Acesso em: 15 out. 2018.

<sup>53</sup> Para corroborar 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 em 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 1.787, 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. *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). 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

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”.<sup>54</sup> Dito isso, na sequência, faz-se o paralelo com a Alemanha.

## 4.2 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. Assinala-se, pois, que, lá, os direitos sociais fundamentais se concebem por interpretação, pela jurisprudência e nas Constituições Estaduais, afirmando Alexy<sup>55</sup> que a jurisprudência é que 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 sentido, 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.<sup>56</sup>

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

---

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.

<sup>54</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 242.

<sup>55</sup> ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 396.

<sup>56</sup> BRENNE, Anke. Soziale Grundrechte in den Landesverfassungen. In: *Verfassungs- und Verwaltungsrecht unter dem Grundgesetz*. Band 30. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2003. p. 19-20.

prevenção contra doenças, acidentes e velhice, à moradia, à proteção, à proteção à família e à educação,<sup>57</sup> ficando a crítica no sentido de que muitos desses direitos acabaram na ordem de direitos programáticos.<sup>58</sup>

Isso ocorreu na segunda parte da Constituição de 1919, referente aos direitos e deveres fundamentais dos alemães (*Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen*), sendo os direitos sociais contemplados ao lado de direitos individuais burgueses, estando na quarta e quinta seção os direitos atinentes à educação e à vida econômica, incluídos aqui os direitos dos trabalhadores.<sup>59</sup> Destaca-se, em complemento, que a primeira parte da Constituição de 1919 referia-se à organização estatal.

Murswiek<sup>60</sup> 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, dessa forma, carece de disponibilidade de objeto e de disposição estatal.

Já a Lei Fundamental de 1949, com a única exceção encontrada no artigo 6º, parágrafo quarto,<sup>61</sup> quanto ao matrimônio, família e filhos, em que toda mãe possui a proteção e assistência da comunidade, não prevê direitos fundamentais

<sup>57</sup> "Bereits die Weimarer Verfassung enthielt, wenngleich überwiegend in der Form von Gesetzgebungsaufträgen, einzelne soziale Grundrechte, so hinsichtlich des Rechts auf Arbeit (Art. 163 II), der Vorsorge gegen Krankheit, Unfall und Alter (Art. 161) und der Sorge für gesunde Wohnung (Art. 155)" (BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Staat, Verfassung, Demokratie*: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992. p. 147).

<sup>58</sup> BRENNE, Anke. Soziale Grundrechte in den Landesverfassungen. In: *Verfassungs- und Verwaltungsrecht unter dem Grundgesetz*. Band 30. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2003. p. 20-21.

<sup>59</sup> BRUNNER, Georg. Die Problematik der sozialen Grundrechte. In: *Recht und Staat*, n. 404-405. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1971. p. 23.

<sup>60</sup> 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. 260.

<sup>61</sup> A maioria da doutrina aponta apenas para o artigo 6º, parágrafo quarto, da Lei Fundamental de Bonn; todavia, outros direitos poderiam ter essa conformação; nesse caminho, Murswiek e Brunner indicam também o parágrafo quinto, que corresponde à proteção dos filhos ilegítimos. Ademais, Brenne 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 coalizção, e o artigo 12, parágrafo primeiro, condizente à liberdade de escolha de profissão. Em sentido próximo, observa-se Alexy, que menciona a previsão do parágrafo primeiro e quinto do artigo 6º da Lei Fundamental (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. 263; BRUNNER, Georg. Die Problematik der sozialen Grundrechte. In: *Recht und Staat*, n. 404-405. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1971. p. 23; BRENNE, Anke. Soziale Grundrechte in den Landesverfassungen. In: *Verfassungs-*

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.<sup>62</sup>

Reforçando, a decisão de não possuir um catálogo de direitos fundamentais sociais, segundo Murswiek,<sup>63</sup> perpassa pela ideia de ser concebida como uma Constituição provisória, bem como pelo fato de que se possuía o conhecimento de que esses direitos não poderiam ser garantidos da mesma forma que os direitos de liberdade, de cunho individual, sendo que assim haveria um risco de falha.

Krell<sup>64</sup> 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

*und Verwaltungsrecht unter dem Grundgesetz*. Band 30. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2003. p. 22; ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 397).

<sup>62</sup> BRENNE, Anke. Soziale Grundrechte in den Landesverfassungen. In: *Verfassungs- und Verwaltungsrecht unter dem Grundgesetz*. Band 30. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2003. p. 22-23.

<sup>63</sup> 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. 263-264.

<sup>64</sup> 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, p. 244. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/545>. Acesso em: 15 out. 2018.

e Social de Direito,<sup>65</sup> o que terá implicações quando for observada a jurisprudência sobre o assunto.

Essa não é a direção que os dezesseis<sup>66</sup> 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.<sup>67</sup>

Além disso, é importante mencionar que, antes mesmo da Lei Fundamental de 1949, a Constituição de Bayern (Baviera, Estado alemão – ou seja, uma Constituição Estadual), de 1946, já previa direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, na parte correspondente aos direitos e deveres fundamentais, em que havia títulos referentes à vida em comunidade (*Gemeinschaftsleben*), à economia e ao trabalho (*Wirtschaft und Arbeit*).<sup>68 69</sup>

Em virtude da previsão de direitos fundamentais sociais nas Constituições Estaduais, questiona-se, nesse momento, como os Estados podem atribuir direitos fundamentais sociais, direitos não legislados na Lei Fundamental alemã? Apresentam-se, para tanto, três fundamentos principais (não excluindo outros): 1) o artigo 28, sobre as Constituições Estaduais e a autonomia administrativa dos municípios, em que a ordem constitucional nos Estados deve corresponder aos princípios do Estado Republicano, Democrático e Social de Direito, seguindo a Lei Fundamental; 2) o artigo 31, que indica a proeminência do direito federal,

<sup>65</sup> Häberle 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”” (HÄBERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. In: *Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Königstein/Ts.: Athenäum, 1980. p. 165).

<sup>66</sup> Baden-Württemberg, Bayern, Brandenburg, Berlin, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarlandes, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein e Thüringen. Brenne possui uma obra em que aponta a previsão dos direitos fundamentais sociais nos Estados alemães: “Soziale Grundrechte in den Landesverfassungen”: BRENNE, Anke. *Soziale Grundrechte in den Landesverfassungen*. In: *Verfassungs- und Verwaltungsrecht unter dem Grundgesetz*. Band 30. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2003.

<sup>67</sup> BRENNE, Anke. *Soziale Grundrechte in den Landesverfassungen*. In: *Verfassungs- und Verwaltungsrecht unter dem Grundgesetz*. Band 30. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2003. p. 29-40.

<sup>68</sup> BRENNE, Anke. *Soziale Grundrechte in den Landesverfassungen*. In: *Verfassungs- und Verwaltungsrecht unter dem Grundgesetz*. Band 30. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2003. p. 40.

<sup>69</sup> Brunner assinala os artigos mencionados, que contemplam o direito à educação, ao estudo, à segurança etc.: “So kennt etwa die bayerische Verfassung von 1946 einen Anspruch auf Ausbildung (Art. 128 I), verschiedene Ausprägungen des Rechts auf Arbeit (Art. 166 II, III, Art. 168 I, III), einen Anspruch aus Sicherung gegen die Wechselfälle des Lebens (Art. 171), und es kann in diesem Zusammenhang auch Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer angeführt werden” (BRUNNER, Georg. *Die Problematik der sozialen Grundrechte*. In: *Recht und Staat*, n. 404-405. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1971. p. 23-24).

ou seja, o direito federal possui prioridade ante o 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.<sup>70</sup> 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 nesse sentido, uma referente à assistência social (*BverfGE 1, 97, de 1951*)<sup>71</sup> e outra sobre a liberdade de profissão (*BverfGE 33, 303, de 1971*).<sup>72</sup>

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 diante do Estado advinda do direito à dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à integridade física; todavia, o Estado alemão possui um compromisso com a cláusula do Estado Social prevista na Lei Fundamental. Por isso, se o legislador se omite nesse sentido, sendo seu dever a realização do Estado Social, poderia decorrer daí um direito subjetivo do indivíduo a um mínimo de existência digna, a ser exigido perante o Poder Judiciário.

A segunda decisão, do início da década de 1970, teve por objeto de contro-  
vêrsia o artigo 12, parágrafo primeiro, da Lei Fundamental, que assegura a todos os alemães o direito de escolher livremente a sua profissão, o local de trabalho e o seu lugar de formação, no caso, em vista do número limitado de vagas para o curso de Medicina (*Numerus Clausus*). Cabe referir que, aqui, pela primeira vez, foi empregado o conceito de “reserva do possível”<sup>73</sup> (*Vorbehalt des Möglichen*), associado, notadamente, à noção de razoabilidade, mais do que a questões

<sup>70</sup> BRENNE, Anke. Soziale Grundrechte in den Landesverfassungen. In: *Verfassungs- und Verwaltungsrecht unter dem Grundgesetz*. Band 30. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2003. p. 29-40.

<sup>71</sup> DEUTSCHLAND/BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht*. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch>. Acesso em: 01 abr. 2019.

<sup>72</sup> DEUTSCHLAND/BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht*. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch>. Acesso em: 01 abr. 2019.

<sup>73</sup> 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” (LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. Políticas públicas e o “fuzzysmo” da efetividade dos direitos fundamentais sociais: análise crítica do Are 639.337/STF – acesso à educação. In: *Interloquções jurídicas Luso-Brasileiras*: Interloquções sobre Direito. Braga: AEDREL, 2019. v. II).

financeiras e à disponibilidade de recursos econômicos (como, por vezes, é identificada atualmente, pelo menos no contexto brasileiro).

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<sup>74</sup> cita que os direitos fundamentais sociais são compreendidos na forma de direito objetivo, como obrigação objetiva da organização estatal.<sup>75</sup> Dessa forma, o Estado possui o dever de proteção desses direitos, decorrente de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais.<sup>76</sup>

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.<sup>77 78</sup>

<sup>74</sup> 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. 266.

<sup>75</sup> Registra-se sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais a obra de Leal, M.C.H. e Maas (2020): “Dever de proteção estatal”, ‘proibição de proteção insuficiente’ e controle jurisdicional de políticas públicas”.

<sup>76</sup> A dimensão objetiva dos direitos fundamentais foi concebida pelo Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*) na decisão do caso Lüth, de 1958, da qual decorrem alguns aspectos importantes: a) a irradiação (*Ausstrahlungswirkung*) de efeitos dos direitos fundamentais em todos os ramos do direito (constitucionalização), inclusive nas relações de direito privado, denominada eficácia contra terceiros (*Drittwirkung*); b) as garantias processuais dos processos de decisão que podem levar prejuízo aos direitos fundamentais; c) o princípio de organização e procedimento das instituições públicas e privadas; e, talvez o mais importante, d) o dever de proteção estatal (*Schutzpflicht*) nas liberdades asseguradas por direitos fundamentais (GRIMM, Dieter. *Die Zukunft der Verfassung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. p. 221).

<sup>77</sup> “Wird die Freiheitsfähigkeit des Menschen missachtet, wenn der Staat dem Einzelnen hilft, obwohl dieser sich selbst helfen kann aber nicht helfen will, so erlegt umgekehrt das Grundgesetz dem Staat eine Schutzpflicht auf, wenn der Einzelne seine Würde nicht selbst schützen kann, obwohl er dies will. Der Staat muss den Einzelnen mithin gegenüber Folter, Erniedrigung, Verächtlichmachung auch durch Private schützen” (KIRSTE, 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. 135).

<sup>78</sup> Contudo, segundo Kirste, 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

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).<sup>79</sup>

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.

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.

### 4.3 Áustria

Na Áustria, por sua vez, a questão dos direitos fundamentais sociais restringe-se ainda mais. A Constituição hoje vigente é a Carta de 1920,<sup>80 81</sup> cunhada

---

e a abrangência de tais direitos, é contraditória a dignidade do sujeito (KIRSTE, Stephan. *Introdução à filosofia do direito*. Tradução: Paula Nasser. Apresentação: Marcelo Campos Galuppo. Belo Horizonte: Fórum, 2013c. p. 164). Interessante é também, sobre o assunto, a leitura do texto de Kirste: “Autonomia e Direito à autolesão. Para uma crítica do Paternalismo”. 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.

<sup>79</sup> 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 (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 13. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2014. p. 204-206.

<sup>80</sup> O que não significa que ela não sofreu modificações, possuindo diversas emendas e disposições constitucionais (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, 2010. p. 506).

<sup>81</sup> É preciso mencionar, também, que o direito austríaco sofre grande influência do direito europeu, o que neste estudo não se irá aprofundar (ÖHLINGER, Theo; STELZER, Manfred. *Der Schutz der sozialen*

por Hans Kelsen, e que não consagra um catálogo de direitos fundamentais, mas apenas algumas disposições nesse sentido; também não há nenhuma previsão de direitos fundamentais sociais, sendo que, diferentemente do que ocorre na Alemanha, esses direitos tampouco são concebidos pela jurisprudência ou pela via da interpretação.

A Constituição austríaca de 1920 foi a primeira a determinar a guarda da Constituição como tarefa do Tribunal Constitucional; decorrente disso, também, vem o controle de constitucionalidade, teoria concebida por Hans Kelsen,<sup>82</sup> que serviu de modelo aos outros países, sendo o Tribunal Constitucional austríaco o mais antigo da Europa: “Der österreichische Verfassungsgerichtshof (*VfGH*) bildet damit das älteste Verfassungsgericht Europas und als solcher dem Prototyp des europäischen Modells der richterlichen Gesetzesprüfung”.<sup>83</sup>

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.<sup>84</sup>

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),<sup>85</sup> apesar de que, pela busca ao termo “Grundrechte” (direito fundamental), nenhuma menção foi localizada.<sup>86</sup>

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

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, 2010. p. 512).

<sup>82</sup> Cita-se, quanto ao debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre quem deveria ser o guardião da Constituição, a obra de: 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.

<sup>83</sup> 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, 2010. p. 501.

<sup>84</sup> EBERHARD, Harald; ÖHLINGER, Theo. *Verfassungsrecht*. Wien: Facultas Universitätsverlag, 2016. p. 299.

<sup>85</sup> EBERHARD, Harald; ÖHLINGER, Theo. *Verfassungsrecht*. Wien: Facultas Universitätsverlag, 2016. p. 299.

<sup>86</sup> NOVAK, Richard. Das Problem der sozialen Grundrechte. In: *Grazer Universitätsreden*, n. 10. Graz: Verlag Jos. A. Kienreich, 1972. p. 6.

através do direito comum, desde que aprovadas por quórum diferenciado e que no texto conste, expressamente, que se trata de lei constitucional, conforme o artigo 44, parágrafo primeiro,<sup>87</sup> da Constituição Federal. Assim, atualmente, encontram-se mais de 60 normas nesse sentido.<sup>88</sup>

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”.<sup>89</sup>

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 Europeia,<sup>90</sup> à qual a Áustria pertence desde 1995.<sup>91</sup> 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:<sup>92</sup> “Die Verfassung kennt vor allem liberale Grundrechte, wie das

<sup>87</sup> O artigo 44, parágrafo primeiro, da Constituição Federal austríaca, permite, desde que presentes no Congresso Nacional a metade dos parlamentares e sendo aprovada por dois terços, bem como possua a denominação de lei constitucional ou disposição constitucional, legislar direito constitucional: “Verfassungsgesetze oder in einfachen Gesetzen enthaltene Verfassungsbestimmungen können vom Nationalrat nur in Anwesenheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder und mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen beschlossen werden; sie sind als solche (“Verfassungsgesetz”, “Verfassungsbestimmung”) ausdrücklich zu bezeichnen”. 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.

<sup>88</sup> EBERHARD, Harald; ÖHLINGER, Theo. *Verfassungsrecht*. Wien: Facultas Universitätsverlag, 2016. p. 299.

<sup>89</sup> 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, 2010. p. 505.

<sup>90</sup> O que faz a Áustria e a Alemanha adotarem a Carta Social da União Europeia (BERKA, Walter. *Die Grundrechte*: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich. Wien; New York: Springer, 1999. p. 577).

<sup>91</sup> EBERHARD, Harald; ÖHLINGER, Theo. *Verfassungsrecht*. Wien: Facultas Universitätsverlag, 2016. p. 299-301.

<sup>92</sup> 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, 2010. p. 502.

Eigentumsrecht und die Erwerbsfreiheit, aber keine sozialen Grundrechte”.<sup>93 94</sup> Desse jeito, não há uma especial proteção aos direitos fundamentais sociais na Constituição Federal, tampouco na *Staatsgrundgesetz*.<sup>95</sup>

Importante se faz, nesse caminho, mencionar, também, que, na Constituição austríaca, o Estado não é intitulado, de forma expressa, como um Estado Social. O artigo primeiro instituiu-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,<sup>96</sup> bem como no regramento de algumas Constituições Estaduais e do direito comum.<sup>97</sup> Mas lembra-se, com Pfeil,<sup>98</sup> 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

<sup>93</sup> PFEIL, Walter J. *Österreichisches Sozialrecht*. 12. Auflage. Wien: Verlag Österreich, 2018. p. 7.

<sup>94</sup> Dedicar-se essa nota ao Professor Doutor Walter J. Pfeil, da *Universität Salzburg*, que compartilhou seus ensinamentos sobre os direitos sociais na Áustria, aproveitando-se, também, para pedir desculpas caso suas informações tenham sido escritas de forma errônea nesta pesquisa.

<sup>95</sup> Nessa direção 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”. BERKA, Walter. *Die Grundrechte: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich*. Wien; New York: Springer, 1999; 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, 2010; NOVAK, Richard. Das Problem der sozialen Grundrechte. In: *Grazer Universitätsreden*, n. 10. Graz: Verlag Jos. A. Kienreich, 1972; SPECKAMP, Peter. *Soziale Grundrechte im Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Österreich*. Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2013.

<sup>96</sup> SPECKAMP, Peter. *Soziale Grundrechte im Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Österreich*. Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2013. p. 37.

<sup>97</sup> 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, 2010. p. 500-501.

<sup>98</sup> PFEIL, Walter J. *Österreichisches Sozialrecht*. 12. Auflage. Wien: Verlag Österreich, 2018. p. 7.

força normativa dessas leis é apenas estadual e não obriga a Áustria, sendo juridicamente competente para julgar essas demandas o Poder Judiciário Estadual.<sup>99</sup> Nesse caminho, encontram-se exemplos no Estado de Oberösterreich e do Tirol,<sup>100</sup> cujas Constituições Estaduais preveem direitos sociais para pessoas carentes e pessoas que se encontram em situação de emergência, direitos esses que são garantidos conforme constam na legislação: “nach Maßgabe der Gesetze”,<sup>101</sup> ou seja, na forma restritiva prevista em lei.<sup>102</sup>

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,<sup>103</sup> direitos esses, destaca-se, também de cunho social.

No mais, diferentemente do que ocorre na Alemanha e no Brasil, 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;<sup>104</sup> 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.<sup>105</sup>

<sup>99</sup> 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, 2010. p. 507-508.

<sup>100</sup> A Áustria possui nove Estados-membros: Burgenland, Kärnten, Niederösterreich, Oberösterreich, Salzburg, Steiermark, Tirol, Vorarlberg e Wien.

<sup>101</sup> BERKA, Walter. *Die Grundrechte*: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich. Wien; New York: Springer, 1999. p. 575-576.

<sup>102</sup> Sem denominar o Estado, Öhlinger e Stelzer 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 (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, 2010. p. 507).

<sup>103</sup> EBERHARD, Harald; ÖHLINGER, Theo. *Verfassungsrecht*. Wien: Facultas Universitätsverlag, 2016. p. 309.

<sup>104</sup> NOVAK, Richard. Das Problem der sozialen Grundrechte. In: *Grazer Universitätsreden*, n. 10. Graz: Verlag Jos. A. Kienreich, 1972. p. 18.

<sup>105</sup> 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, 2010. p. 502.

De outro lado, importante é colacionar a posição de Öhlinger e Stelzer,<sup>106</sup> de que, a partir da decisão nº 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,<sup>107</sup> havendo, nessa direção, decisão referente à proteção e à garantia no caso de pensões e do seguro de pensionistas. No caso, o Tribunal Constitucional concedeu o direito de reivindicar um direito social através do direito de igualdade, concernente ao valor pago aos trabalhadores em atividade e às atuais pensões aos aposentados, o que leva à discussão sobre a atuação do Poder Judiciário austríaco em face dos direitos sociais.<sup>108 109</sup>

Essa posição é a que mais ganha força atualmente, na concepção de concretização dos direitos fundamentais sociais de forma indireta, através do direito de igualdade, compreendendo que esses direitos não podem ser excluídos da proteção estatal: “Über den Gleichheitsgrundsatz können sich „derivative Leistungs- und Teilhaberechte” ergeben, d.h. ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht, von bestimmten staatlichen Leistungen nicht in unsachlicher Weise ausgeschlossen zu werden”.<sup>110</sup>

<sup>106</sup> 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, 2010. p. 505.

<sup>107</sup> BERKA, Walter. *Die Grundrechte: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich*. Wien; New York: Springer, 1999. p. 577.

<sup>108</sup> Nessa lógica, Pfeil 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, handelt 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” (PFEIL, Walter J. Vertrauensschutz im Sozialrecht. *DRdA*, Heft 5a, 420ff, 2015). Com a mesma temática, encontra-se artigo de Ingrid Siess-Scherz: SIESS-SCHERZ, Ingrid. Vertrauensschutz im Sozialrecht. *DRdA*, Heft 5a, 433ff, 2015.

<sup>109</sup> A discussão foco da Áustria, como da Europa, são os direitos sociais que deverão ser concedidos aos imigrantes, fazendo uma diferenciação entre aqueles que vieram para a finalidade de trabalho e estudo, na busca de condições melhores de vida, dos imigrantes refugiados, em que a única forma de proteger a sua vida foi se retirando do solo pátrio. Nessa discussão, cita-se a obra de Mosler, Pfeil e Schratlbauer (2018): *Migration, Arbeitsmarkt und Sozialpolitik*. MOSLER, Rudolf; PFEIL, Walter J.; SCHRATLBAUER, Birgit. *Migration, Arbeitsmarkt und Sozialpolitik*. Wien: MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2018.

<sup>110</sup> EBERHARD, Harald; ÖHLINGER, Theo. *Verfassungsrecht*. Wien: Facultas Universitätsverlag, 2016. p. 309.

Também, Öhlinger e Stelzer<sup>111</sup> 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).

Quanto à Áustria, a forma de proteção concebe-se pela garantia dos direitos (fundamentais) sociais na ordem internacional, e timidamente na perspectiva nacional, bem como pelo direito comum<sup>112</sup> e pela previsão em algumas Constituições Estaduais. Verifica-se uma evolução na jurisprudência em direção à defesa desses direitos de forma indireta, por meio do direito de igualdade, como ocorre na Alemanha. Além do mais, conforme Berka,<sup>113</sup> 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), diante da análise sistemática na doutrina, jurisprudência e legislação (não se tendo em conta aspectos de desenvolvimento econômico-social).

Em última palavra: 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, estando ou não presente na

<sup>111</sup> 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, 2010. p. 516.

<sup>112</sup> Pfeil 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” (PFEIL, Walter J. *Österreichisches Sozialrecht*. 12. Auflage. Wien: Verlag Österreich, 2018. p. 8).

<sup>113</sup> BERKA, Walter. *Die Grundrechte*: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich. Wien; New York: Springer, 1999. p. 581-583.

ordem constitucional dos países estudados, encontrando-se na jurisprudência as maiores contribuições ao tema.

## 5 Conclusão

No presente estudo, um grande e importante questionamento referente aos direitos fundamentais sociais foi realizado: os direitos sociais são direitos fundamentais garantidos constitucionalmente? Com o objetivo de responder essa problemática, primeiramente, afirmou-se que 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.

Diante disso, pode-se afirmar, que nos três ordenamentos jurídicos estudados, o Brasil é que 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 na Lei Fundamental, com receio de não poder assegurá-los de forma fática e material, preocupação esta que o constituinte brasileiro não evidenciou. No entanto, é preciso ter-se presente que, no Brasil, dado o contexto histórico e a realidade social, a opção pela inclusão dos direitos sociais na Constituição teve o condão, justamente, de atribuir-lhes um *status* constitucional, uma garantia, que, certamente, não seria contemplada no âmbito infraconstitucional.

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

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

Já na Áustria, 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.

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).

Em linhas conclusivas, em face do panorama aqui estabelecido, almejou-se propiciar a discussão dos direitos fundamentais sociais tendo-se em vista ordenamentos jurídicos distintos, constatando-se que 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.

---

#### **Brazil, Germany and Austria: are social rights fundamental rights constitutionally guaranteed?**

**Abstract:** Social rights, mainly in relation to their fundamental character, protection and guarantee, bring with them different questionings, which are similar to each other, even when we observe juridical orders which are located in different geographical positions. In light of that, an overview of Brazil, Germany and Austria is established to carry out a study of fundamental social rights, in order to answer the following question, regarding the respective countries: are social rights fundamental rights constitutionally guaranteed? To object such issue, the deductive method, the analytical procedure and the bibliographical and jurisprudential research technique are used. The work here proposed aims to focus on a theoretical and improved perspective on the subject, in a dimension of universality which the study of social rights, in the order of fundamental rights, may achieve and, thus, contribute to a better understanding of these rights and in the visualization of contested theoretical aspects related to the theme.

**Keywords:** Germany. Austria. Brazil. Fundamental rights. Social rights.

**Table of Contents:** **1** Introduction – **2** Fundamental social rights: the terminological question – **3** Fundamental social rights in the order of rights to positive prestations: rights of defence and rights of prestation – **4** An overview of Brazil, Germany and Austria: are social rights fundamental rights constitutionally guaranteed? – **5** Conclusion – References

---

## **Referências**

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

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/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 8 jan. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 8 jan. 2019.

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.

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

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.

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

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

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

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

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

KIRSTE, Stephan. A dignidade humana e o conceito de pessoa do direito. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet, Luís Marcos Sander, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade*: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed., rev. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 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://revistaeletronica.rfd.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. *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 (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 13. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2014. p. 196-226.

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

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

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

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

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 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, 2010. 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.

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](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.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MAAS, Rosana Helena; KIRSTE, Stephan. Brasil, Alemanha e Áustria: os direitos sociais são direitos fundamentais garantidos constitucionalmente? *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 16, n. 46, p. 21-52, jan./jun. 2022.

---

Recebido em: 29.10.2021

Pareceres: 09.02.2022; 11.02.2022

Aprovado em: 14.02.2022