

Direitos fundamentais sociais na Alemanha e no Brasil.

Uma comparação

A

A sentença de 5 de novembro de 2019, do tribunal constitucional federal, trata das sanções no direito social. Ela foi apresentada, no mesmo dia, pela comunicação de imprensa do tribunal constitucional federal.¹ O seguinte toma essa comunicação por base.

1. Direitos à prestação estatuídos explicitamente e direitos à prestação associados interpretativamente

a) No plano federal

A lei fundamental não conhece, em geral, direitos fundamentais sociais.² Como exceção pode ser mencionado, sobretudo, o artigo 6, alínea 4 (garantia da proteção à mãe) e alínea 5 (pedido de dação de leis para a equiparação de filhos ilegítimos).³ A recusa da lei fundamental no tocante aos direitos

¹ Ver infra, B.

² Os direitos fundamentais encontram-se no artigo 1 ao 19, da lei fundamental, sob o título “Os direitos fundamentais”. São direitos fundamentais “liberal-clássicos, justiciáveis” (Shirvani, Foroud. Soziale Grundrechte, in Merten/Papier (Hg.) Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Band VIII: Landesgrundrechte in Deutschland. Heidelberg: C. F. Müller, 2017, S. 597, Rn. 22).

Na CF/88 os direitos (fundamentais) sociais estão, *ao contrário*, estatuídos explicitamente no seu artigo 6. Alguns dos direitos mencionados nesse artigo 6 encontram-se ainda em outros artigos complementadores, espalhados pelo texto constitucional, todos, contudo, sob o título VIII “Da ordem social”. Assim, educação: artigo 205, 208; saúde: artigo 196; trabalho: artigo 170; lazer: artigo 217; segurança: artigo 194; previdência social: artigo 201 e seguintes; proteção à maternidade e infância: artigo 201, II, e 203, I; assistência ao desamparado: artigo 203.

³ Murswiek, Dietrich. Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, in Isensee/Kirchhof (Hg.). Handbuch des StaatsRechts. 3. Aufl. Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren. Heidelberg: C. V. Müller, 2011, S. 589, Rn. 52.

fundamentais sociais não é, contudo, uma recusa à ideia que está na sua base. Essa ideia encontra-se na estatalidade social.⁴ A isso deverá ser voltado.⁵

b) No plano estadual

Em várias constituições estaduais, ao contrário, estão prescritos direitos fundamentais sociais.⁶ Nas novas constituições dos estados federados da Alemanha oriental foram recepcionadas numerosas determinações de objetivos estatais.⁷

c) Uma distinção

Diante dessa realidade jurídico-constitucional deve ser feita uma distinção entre direitos à prestação⁸ estatuidos explicitamente e direitos à prestação associados interpretativamente.⁹ Quando se fala de direitos fundamentais sociais, portanto, por exemplo, de direitos de assistência, trabalho, habitação e formação são, em primeiro lugar, considerados direitos à prestação em sentido restrito.¹⁰

⁴ Comparar Murswiek, nota 3, S. 589, Rn. 54. Assim, essa ideia também está na base dos direitos fundamentais sociais estatuidos explicitamente na constituição. Para isto, infra, 2. c) 1. c).

⁵ Ver infra, 2. c).

⁶ Para isso, Hesse, Konrad. Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, página 170, n. m. 208, com mais indicações. Tradução: Luís Afonso Heck.

⁷ Para isso, Hesse, nota 6, página 171, n. m. 208, com mais indicações. Nesse sentido, Shirvani (nota 2, S. 601, Rn. 30) denomina direitos fundamentais sociais como determinação de objetivos do estado.

⁸ Essa palavra está em itálico na comunicação.

⁹ Ver Alexy, Robert. Theorie der Grundrechte. 2. Aufl. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994. S. 454 f. Versão brasileira: Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, página 499 e seguinte. Tradução: Virgílio Afonso da Silva; para a norma associada, ver Ludwig. José Roberto. A norma de direito fundamental associada. Direito, moral, política e razão em Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2014.

¹⁰ Alexy, nota 9, S. 454; página 499. Assim também Shirvani, (nota 2), S. 601, Rn. 29.

d) Consequências

Essa distinção “é, sem dúvida, importante”.¹¹ Existe, contudo, “uma concordância ampla com respeito ao conteúdo, à estrutura e aos problemas”.¹²

Uma olhada no plano estadual certifica isso. Uma vez: “Como objetivos indicados jurídico-constitucionalmente, os direitos fundamentais sociais gozam no discurso político de primazia diante de *determinações de objetivos programáticos* (itálico meu). Em “decisões do dador de leis no caso de conflitos de objetivos” eles convertem-se “em fatores, a serem coercitivamente considerados, de *processos de ponderação* e de *otimização necessários*”(aspas no original, itálico meu).¹³ (...) À medida que o dador de leis estadual promulga regulações para a realização das determinações constitucionais sociais, que intervêm em direitos fundamentais de terceiros, podem as determinações para a proporcionalidade da intervenção nos direitos fundamentais ter importância.”¹⁴

¹¹ Alexy, nota 9, S. 455; página 499 e seguinte.

¹² Alexy, nota 9, S. 455; página 500, com indicação bibliográfica, cada vez.

¹³ Shirvani, nota 2, S. 602, Rn. 31.

Quanto ao processo de ponderação: o “modelo de direitos fundamentais sociais” de Alexy (nota 9, S. 465; página 511) é um “modelo de ponderação” (nota 9, S. 468, página 514). Hesse (nota 6, página 171, n. m. 208) fala de “ponderação entre interesses opostos”.

Quanto ao processo de otimização: Alexy (nota 9, S. 71 ff.; página 85 e seguintes) apresenta a estrutura da norma de direito fundamental como princípio, isto é, como mandamento de otimização. Entre a teoria dos princípios e o princípio da proporcionalidade “existe uma conexão. ... o carácter de princípio implica o princípio da proporcionalidade e este implica aquele” (Alexy, nota 9, S. 100; página 116).

A palavra ponderação está sublinhada na comunicação; a palavra proporcionalidade, em aspas simples.

¹⁴ Shirvani, nota 2, S. 602, Rn. 31. Segundo Hesse (nota 6, página 170, n. m. 208), “a realização de direitos fundamentais sociais pode, além disso, conduzir, muitas vezes, a um prejuízo dos direitos de liberdade de outros”. Isso, porque a “ideia dos direitos fundamentais sociais é, no núcleo, dirigida a isto, garantir os pressupostos sociais do exercício da liberdade” (Murswiek, nota 3, S. 586, Rn. 43). Em conexão com isso, resulta então que “considera-se os direitos fundamentais em sua totalidade, assim é evidente, que o uso da liberdade necessariamente tem de levar a *colisões de liberdade* (itálico meu) e que o estado, no interesse dos direitos fundamentais de um, necessariamente tem de regulamentar a liberdade de outros” (Merten, Detlef. Allgemeine Lehre der Landesgrundrechte, in Merten/Papier (Hg.) Handbuch der

Outra vez: “Os direitos ao trabalho, à formação ou habitação contêm, semelhantemente como o princípio do estado social, ajustes de objetivos, articulam esses, porém, em comparação com o princípio do estado social “aberto”, (aspas no original) um pouco mais claro.”¹⁵

Ao fim e ao cabo, portanto, mostra-se que o tratamento dos direitos à prestação associados interpretativamente sob a lei fundamental também encontra aplicação nos direitos à prestação estatuídos explicitamente sob as respectivas constituições estaduais.

2. Mínimo existencial¹⁶

a) Significado

O mínimo existencial pode ser “interpretado no sentido de um *mínimo existencial físico* como assistência mínima para o nível de vida e o asseguramento biológico do sobreviver”.¹⁷

b) Conteúdo

O tribunal constitucional federal determinou o conteúdo do mínimo existencial, como direito fundamental, do modo seguinte: “Garantia, que abrange tanto a existência física da pessoa, portanto, nutrição, vestuário, mobiliário e aparelhos de cozinha, alojamento, aquecimento, higiene e saúde [...] como o asseguramento da possibilidade para o cultivo de relações interpessoais e para uma medida mínima no ter parte na vida social, cultural e política.”¹⁸ Trata-se de um direito fundamental a prestações fáticas positivas.¹⁹

Grundrechte in Deutschland und Europa. Band VIII: Landesgrundrechte in Deutschland. Heidelberg: C. F. Müller, 2017, S. 151, Rn. 55).

¹⁵ Shirvani, nota 2, S. 601, Rn. 30.

¹⁶ A palavra está na comunicação sinalizada assim: > <.

¹⁷ Staatslexikon, 3. Band. 7. Aufl. Freiburg – Basel – Wien: Herder, 1987, Sp. 868 f. Itálico no original. O mínimo existencial “forma o limite inferior do padrão de vida” (mesma obra, Sp. 868).

¹⁸ Citado segundo Shirvani, nota 2, S. 598, Rn. 23.

¹⁹ Alexy, nota 9, S. 339; página 373.

c) Âmbito de aplicação

1. Plano federal

O tribunal constitucional federal “derivou, no caminho do *aperfeiçoamento do direito* (itálico meu), o direito fundamental à prestação do artigo 1, alínea 1, lei fundamental, em união com o princípio do estado social, ou seja, o “direito fundamental à garantia de um mínimo existencial digno de um ser humano” (aspas no original).²⁰

a) Aperfeiçoamento do direito. A primeira frase do prefácio da *Theorie der juristischen Argumentation*, de Robert Alexy, é esta: “O primeiro senado do tribunal constitucional federal exigiu, em sua decisão de 14 de fevereiro de 1973 (decisão do aperfeiçoamento do direito), que a decisão do juiz tem de “basear-se em argumentação racional” (aspas no original). O número III, do capítulo 10 da *Theorie der Grundrechte*, do mesmo autor, tem como título: Sistema jurídico e argumentação concernente aos direitos fundamentais.”

b) No artigo 1, alínea 1, lei fundamental, está mencionada a dignidade humana. Esse artigo encontra-se sob o título “Os direitos fundamentais”. O “mínimo existencial” pode ser reconduzido à dignidade humana e o “digno de um ser humano”, ao estado social.

Na CF/88 a dignidade humana está mencionada no artigo 1, III, que se encontra, por sua vez, sob o título “Dos princípios fundamentais”.²¹

c) Princípio do estado social. O adjetivo “social” encontra-se no artigo 20, alínea 1, e artigo 28, alínea 1, lei fundamental.²² Desse adjetivo “é depreendido

²⁰ Ver Shirvani, nota 2, S. 598, Rn. 23, com indicação das decisões.

²¹ Ver infra, nota 24.

²² O artigo 20, assim como o artigo 28, da lei fundamental, encontram-se sob o título “A federação e os estados”.

Segundo a prescrição do artigo 28, alínea 1, lei fundamental, “tem de a ordem constitucional nos estados especialmente corresponder aos princípios do estado de direito social no sentido da lei fundamental. (...) Com vista ao princípio do estado social significa essa interpretação [relativa ao mandamento da homogeneidade, artigo 28, alínea 1, proposição 1, lei fundamental] que as constituições estaduais não têm de adotar completamente a concepção do princípio do estado

um princípio para o pedido de configuração estatal para a produção de justiça social”.²³ A justiça social está mencionada no artigo 170, caput, CF/88. Ela deve servir como critério para a “existência digna” (também ali mencionada). A existência digna corresponde ao “digno de um ser humano” que, por sua vez, qualifica o mínimo existencial.²⁴

Ambas, justiça social e existência digna, estão unidas ao direito ao “trabalho”²⁵ (igualmente ali mencionado). O que na lei fundamental é *depreendido* (tarefa como produção) está na CF/88 *prescrito* juridico-constitucionalmente.

Mais além:

a) justiça social, existência digna, direito ao trabalho estão no âmbito da ordem econômica no artigo 170, caput, CF/88. Assim: “Coloca o dador de leis à disposição prestações financeiras ou materiais ou cria ele os pressupostos para isso, não pode isso ocorrer sem consideração à capacidade de prestação financeira do poder público”,²⁶ então está dado ao poder público, no artigo 170, caput, CF/88, também um papel ativo e fomentador, não um passivo e gastador.²⁷

social legal-fundamental, mas podem elaborar modelos de regulação estatal-social alternativos”, o que quer dizer: “... soletrar até o final mais concretamente a ideia do estado social no plano estadual” (Shirvani, nota 2, S. 604, Rn. 35).

²³ Sartorius, Ulrich. *Das Existenzminimum im Recht*. Baden-Baden: Nomos, 2000, S. 56.

²⁴ A existência digna contém a obrigação de proteger a dignidade humana, que, como tal, então, pressupõe o mínimo existencial. Assim, a ideia do mínimo existencial pode ser feita valer para a garantia material da dignidade humana como princípio fundamental do estado. Assim, o artigo 170, caput, está unido ao artigo 1, III, CF/88.

²⁵ O direito ao trabalho encontra-se no artigo 6, CF/88, como direito fundamental social. Para a justiça social a respeito da formação no plano do ensino superior, ver Azambuja, Cristiane Menna Barreto. O princípio da igualdade e a política de cotas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016, página 194 e seguintes (191 e seguintes).

²⁶ Shirvani, nota 2, S. 602, Rn. 30. Nesse sentido, “... os direitos fundamentais sociais estão, em geral, sob a “reserva do possível” (aspas no original). Mesmo autor, mesma obra, S. 602, Rn. 30, com mais indicações.

²⁷ Como, por exemplo, o desempenhado na época de D. João III, em Portugal. Ver para isso, Herculano, Alexandre. *História da origem e estabelecimento da inquisição em Portugal*. Porto Alegre: Editora Pradense, 2002. Nessa conexão, para o Brasil como império e república, ver Freyre, Gilberto. *Casa-Grande & Senzala*. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília,

b) Com os deveres de proteção do estado²⁸ está unida a proibição de insuficiência. Cabe ao estado “para o cumprimento de seus deveres de proteção concernentes aos direitos fundamentais uma liberdade estimatória, de valoração e de configuração ampla, o que também o tribunal constitucional federal admite. Apesar disso, existe um limite de proteção inferior, do qual o dador de leis, de modo nenhum, pode permanecer abaixo e para o qual se generalizou o conceito de “proibição de insuficiência”” (aspas no original).²⁹

c) Entre os deveres de proteção do estado encontra-se também o relativo a prestações sociais. Assim, “o objetivo do estado social dirige-se à configuração justa da ordem jurídica e à distribuição justa dos bens da vida; ele tem carácter dinâmico”.³⁰ O dever de proteção estatal-social diz respeito “às condições sociais de realmente exercer a liberdade concernente aos direitos fundamentais”.³¹ O estado tem aqui a “tarefa positiva de criar os pressupostos jurídicos como reais para uma existência digna de um ser humano e produzir igualdade de chances real para todos. O estado social cumpre seu dever por ativação de solidariedade social e sistemas de redistribuição, por garantia de padrões mínimos, compensação de disparidades e proteção diante de preponderância social”.³²

Na CF/88 a palavra proteção aparece, no capítulo II: Dos direitos sociais, em várias determinações jurídico-constitucionais. Assim: artigo 6, caput; artigo 7, X, XX, XXVII. Do mesmo modo, no título VIII “Da ordem social”. Ou seja: artigo 196; artigo 200, VIII; artigo 201, II, III; artigo 203, I; artigo 217 IV; artigo 225, III, VIII, § 5; artigo 226, caput, artigo 226, § 3; artigo 227, II, § 3. Seja aqui, notado

1963; mesmo autor. Sobrados e Mucambos. 15. ed. São Paulo: Global Editora, 2021; mesmo autor. Ordem e progresso. 6. Ed. São Paulo: Global Editora, 2016.

²⁸ O dever de proteção “tem no plano da constituição a qualidade de norma igual e a hierarquia normativa igual como o direito de defesa” (Isensee, Josef. Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in Isensee/Kirchhof (Hg.). Handbuch des Staatsrechts. 3. Aufl. Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren. Heidelberg: C. V. Müller, 2011, S. 556, Rn. 300.

²⁹ Merten, nota 14, S. 153, Rn. 60.

³⁰ Isensee, nota 28, S. 506, Rn. 200.

³¹ Isensee, nota 28, S. 507, Rn. 200.

³² Isensee, nota 28, S. 507, Rn. 200.

de passagem, o equívoco do Sr. Mendes, entre outras coisas, na equiparação do recurso constitucional alemão.³³

2. No plano estadual

O mínimo existencial também está presente no âmbito estadual. “Exemplos para pretensões de prestação jurídico-constitucionais estaduais são a pretensão de garantia do mínimo existencial e o direito à gratuidade do ensino em escolas públicas. (...) Pretensões de prestação são justiciáveis, isto é, judicialmente exigíveis.”³⁴ Em uma outra passagem: “Nenhuma determinação de objetivo do estado, mas um direito fundamental de prestação apresenta a pretensão de garantia do mínimo existencial, que não somente no direito constitucional federal, mas também no direito constitucional estadual preponderantemente é reconhecido.”³⁵

3. Formação³⁶

A formação está unida com a classificação das normas jurídico-ordinárias no âmbito dos direitos fundamentais. Alexy divide-as em duas: normas limitativas e não limitativas.³⁷ Uma norma não limitativa no âmbito dos direitos fundamentais

³³ Para isso, ver Heck, Luís Afonso. Site, ponto 13 e 49, respectivamente: <https://www.conhecerparareconhecer.com.br/post.php?id=166>
<https://www.conhecerparareconhecer.com.br/post.php?id=168>

³⁴ Shirvani, nota 2, S. 601, Rn. 29. Mais adiante: “Os direitos fundamentais sociais são justiciáveis e podem ser objeto de controle judicial-constitucional estadual” (mesmo autor, mesma obra, S. 623, Rn 71).

Nessa conexão: “Direitos de ter parte, em sentido restrito, são direitos subjetivos, que estão dirigidos à garantia de prestações (direitos à prestação).” Mesmo autor, mesma obra, S. 578, Rn. 23. Ver supra, nota 10.

³⁵ Shirvani, nota 2, S. 622, Rn. 69.

³⁶ Esta palavra (Ausgestaltung: formação) está entre hífens na comunicação. Do mesmo modo, o verbo.

³⁷ Alexy, nota 9, S. 300; página 332, com mais indicações.

é a que forma a norma de direito fundamental.³⁸ Disso resulta a distinção entre limitação e formação.³⁹

As teorias da formação têm problemas: eles “resultam, no essencial, das faltas de clareza, que são a consequência disto, que o conceito de formação é usado em modo variável”.⁴⁰ Ele trabalha dois modos de uso. O primeiro “diz respeito ao conceito de formação sobre o estado total da normalização no âmbito dos direitos fundamentais”.⁴¹ Esse modo de uso vale também onde direitos fundamentais sociais são estatuídos expressamente: “Direitos à habitação, à formação, e assim por diante, não são, sem mais, aptos para efetivação. Eles carecem ainda da concretização e *formação* (itálico meu) quanto ao conteúdo por lei ordinária, que, por exemplo, regula os pressupostos e a dimensão da garantia e assegura o financiamento.”⁴²

No segundo, o conceito de formação é empregado como conceito contrário ao da limitação.⁴³ E como “conceito contrário ao conceito da limitação o conceito da formação não pode dizer respeito a normas de mandamento e de proibição, mas somente a normas de competência⁴⁴...”.

Resultado: esta apresentação, feita no âmbito dos direitos fundamentais sociais Alemanha/Brasil, orientada por palavras-chaves que se encontram na comunicação do tribunal constitucional federal, relativa à sentença de 5 de novembro de 2019, mostrou que existem comunidades jurídico-constitucionais.

³⁸ Alexy, nota 9, S. 300; página 333.

³⁹ Alexy, nota 9, S. 300; página 333.

⁴⁰ Alexy, nota 9, S. 302; página 334.

⁴¹ Alexy, nota 9, S. 302; página 334.

⁴² Murswiek, nota 3, S. 590, Rn. 56. Ele cita, como exemplo, o direito ao trabalho na carta social europeia, em seu artigo 1.

Com isso, a competência jurídico-constitucionalmente fixada do legislativo e judiciário deve ser observada. Nas palavras de Hesse: “Pretensões individuais a prestações têm de estar determinadas suficientemente e pressupõem tipicamente uma concretização por lei que não se deixa substituir por sentença de juiz individual.” Hesse, Konrad. Bedeutung der Grundrechte, in Benda, Maihofer, Vogel (Hrsg). Handbuch des Verfassungsrecht. 2 Aufl. Berlin – New York: de Gruyter, 1994, S. 141, Rn. 30.

⁴³ Alexy, nota 9, S. 302; página 335.

⁴⁴ Alexy, nota 9, S. 303; página 335. Ele remete aqui (nota 161) à página 211 e seguintes, onde são tratadas as competências (4. capítulo, II., 3.).

Tomar essas comunidades em consideração pode prestar um auxílio na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais sociais.⁴⁵

⁴⁵ Para isso, Brunatto, Victor/Lopes, Luiz Guilherme Holleben/Luft, Rennan Sarobe. Interpretação e aplicação do direito. Discrecionalidade – hermenêutica – argumentação. Hans Kelsen Hans-Georg Gadamer, Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2021.