



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

vol. 9 | n. 3 | setembro/dezembro 2022 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral

Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | www.ninc.com.br



Direitos fundamentais sociais não são princípios. Uma crítica à recepção da teoria dos princípios de Robert Alexy no Brasil

Fundamental social rights are not principles. A critique of the reception of Robert Alexy's theory of principles in Brazil

PABLO CASTRO MIOZZO^{1,*}

¹ Universidade de Freiburg (Freiburg, Alemanha)

pcmiozzo@yahoo.com.br

<https://orcid.org/0000-0002-5748-5227>

Recibido/Received: 05.06.2022 / 5 June 2022

Aprovado/Approved: 22.10.2022 / 22 October 2022

Resumo

O presente estudo se ocupa criticamente com a recepção da teoria dos princípios de Robert Alexy como modelo de dogmática para os direitos fundamentais sociais no Brasil. Para tal, serão apresentadas algumas das características fundamentais dessa teoria dos princípios em seu contexto de criação, qual seja, o Direito alemão, procurando identificar os problemas com os quais ela se ocupa e as possíveis soluções que apresenta para tais problemas. Em um segundo momento, será demonstrado que as diferenças contextuais entre Alemanha e Brasil, do ponto de vista do direito constitucional positivo, tornam o modelo alexyano inadequado para pensar a problemática brasileira dos direitos fundamentais sociais. Trata-se, em termos metodológicos, de um estudo comparado entre os direitos constitucionais alemão e brasileiro, com ênfase na diferença em termos de positivação entre as

Abstract

The present study is critically concerned with the reception of Robert Alexy's theory of principles as a model of dogmatics for fundamental social rights in Brazil. For that, some of the fundamental characteristics of this theory of principles will be presented in its context of creation, namely, the German Law, trying to identify the problems with which it is concerned and the possible solutions it presents to such problems. In a second moment, it will be demonstrated that the contextual differences between Germany and Brazil, from the point of view of positive constitutional law, make the Alexyan model inadequate to think about the Brazilian question of fundamental social rights. It is, in methodological terms, a comparative study between German and Brazilian constitutional Laws, with emphasis on the difference in terms of positivization between the two constitutions in the scope of fundamental rights and, thus, the question about

Como citar esse artigo/How to cite this article: MIOZZO, Pablo Castro. Direitos fundamentais sociais não são princípios. Uma crítica à recepção da teoria dos princípios de Robert Alexy no Brasil. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 9, n. 3, p. 619-643, set./dez. 2022. DOI: 10.5380/rinc.v9i3.86292

* Doutor em Direito („summa cum laude“) pela Universidade de Freiburg (Albert-Ludwigs-Universität Freiburg) (Freiburg, Alemanha). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Especialista em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS em convênio com a Escola Superior do Ministério Público da União – ESMPU. Graduado em Direito pela Fundação Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Procurador Federal desde 2007. E-mail: pcmiozzo@yahoo.com.br.

duas constituições no âmbito dos direitos fundamentais e, assim, da pergunta acerca da adequação entre método (modelo dogmático) e objeto (direito positivo).

the adequacy between method (model of dogmatic) and object (positive Law).

Palavras-chave: teoria dos princípios; direitos fundamentais sociais; recepção; princípios jurídicos; regras jurídicas.

Keywords: *Theory of Principles; fundamental social rights; reception; principles; rules.*

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** O conceito de norma de direito fundamental de Robert Alexy; **3.** A estrutura das normas de direito fundamental; **4.** A distinção entre princípios e regras; **5.** Ponderação como modelo argumentativo para aplicação de princípios; **6.** Os princípios formais; **7.** Os direitos fundamentais sociais na Lei Fundamental alemã e a posição de Alexy: direitos fundamentais sociais como princípios; **8.** Direitos fundamentais sociais não são princípios: o caso do direito constitucional positivo brasileiro; **9.** Conclusão; **10.** Referências.

1. INTRODUÇÃO

A teoria dos princípios de Robert Alexy, desenvolvida no interior de sua teoria dos direitos fundamentais¹, influenciou e continua influenciando o debate no direito constitucional em diversos países. O Brasil é um destes casos de sucesso da teoria. Desde pelo menos metade da década de 90 do século passado, a obra de Alexy passou a ser não só estudada no âmbito acadêmico, ganhando cada vez mais visibilidade e adesão, mas também a ser aplicada na prática pelos tribunais, ainda que apenas parcialmente e, em regra, tão somente em seus aspectos mais genéricos, como, por exemplo, a distinção entre princípios e regras e a utilização do método da ponderação, sobretudo em questões relacionadas aos direitos fundamentais em geral e aos direitos fundamentais sociais em específico.

A teoria dos princípios ganhou relevo no Brasil, entre outros motivos, como um modelo dogmático capaz de operacionalizar a vinculatividade e a aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais. A concepção dos direitos fundamentais sociais como princípios passou a obter, assim, cada vez mais adeptos até se tornar o paradigma preponderante. Ademais, os tribunais passaram a aplicar determinados direitos sociais como princípios, entre eles o direito à saúde e o direito à previdência, para fundamentar a sua possibilidade de subjetivação e, por conseguinte, sua justiciabilidade. É possível afirmar, sem risco de se cometer exagero, que as categorias da teoria dos princípios alexyana foram sendo progressivamente axiomatizadas, até se tornarem pontos de partida praticamente inquestionáveis no campo dos direitos fundamentais no Brasil.

¹ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.

O objeto central da presente investigação possui um caráter eminentemente crítico-negativo. Pretende questionar exatamente esta axiomatização, ou seja, colocar em xeque a recepção da teoria dos princípios no Brasil como modelo dogmático para os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição brasileira. Com base em Friedrich Müller, adota-se aqui como procedimento heurístico o conceito de dogmática como “ciência do direito positivo” e, assim, o de dogmática dos direitos fundamentais como “ciência dos direitos fundamentais positivamente válidos”²

Uma dogmática dos direitos sociais, segundo a concepção aqui adotada, deve oferecer um aparato teórico-conceitual que permita compreender adequadamente o conteúdo e as funções desses direitos no nível constitucional em si, de um lado, e a sua relação com o Estado, de outro. Ou seja, aquilo que os direitos fundamentais sociais determinam em termos de conduta para o Estado-legislador, para Administração pública prestacional e para o Judiciário como instância de controle dos atos e omissões dos demais poderes.

O objetivo é demonstrar que, contrariamente ao entendimento dominante, a recepção da teoria dos princípios no Brasil é não só dispensável, mas, sobretudo, inadequada no âmbito dos direitos sociais. Isto se deve fundamentalmente ao fato de que o contexto jurídico no qual a teoria dos princípios foi desenvolvida e os problemas com os quais ela se ocupa e pretende equacionar, são muito distintos daqueles vivenciados no direito brasileiro. A forma como os direitos sociais foram positivados na Constituição brasileira marca essa diferença fundamental em relação à Lei Fundamental alemã.

O caminho a ser percorrido na investigação será, em um primeiro momento, esclarecer algumas das categorias centrais da teoria dos princípios e explicar o seu contexto de surgimento, tendo como pano de fundo o direito constitucional alemão e a problemática dos direitos fundamentais em geral e dos direitos fundamentais sociais em especial naquele país. Em um segundo momento, será demonstrada a tese da inadequação da teoria dos princípios como modelo dogmático para os direitos fundamentais sociais no Brasil.

Conforme já mencionado, o presente trabalho possui um objetivo tópico e de cunho apenas negativo: a intenção é asseverar tão somente o que direitos fundamentais sociais previstos na Constituição brasileira não são e, assim, comprovar que o modelo dogmático utilizado entre nós, praticamente de forma inquestionada, apresenta-se como um método inadequado para o seu objeto. Não serão tecidas críticas ao modelo proposto por Alexy em si, mas sim acerca de sua aplicabilidade entre nós. O título do trabalho afirma: direitos fundamentais sociais não são princípios! O que são os direitos fundamentais sociais e qual o modelo adequado para compreendê-los e aplicá-los, entretanto, serão objeto de apresentação em outro momento pelo presente investigador.

² MÜLLER, Friedrich; PIEROTH, Bodo; FOHMANN, Lothar. **Leistungsrechte im Normbereich einer Freiheitsgarantie**. Untersucht an der staatlichen Förderung Freier Schulen. Berlin: Duncker und Humblot, 1982. p. 119-120.

2. O CONCEITO DE NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL DE ROBERT ALEXY

Alexy defende o que ele designa como um modelo semântico de norma geral, que inclui o conceito de norma de direito fundamental, e que se desenvolve a partir de três degraus: no primeiro está a diferença entre proposição normativa (“Normsatz”) e norma (“Norm”), sendo esta última o significado daquela. No segundo degrau está a existência de normas atribuídas (“zugeordnete Normen”), ou seja, normas que não são estatuídas diretamente pelas proposições normativas. No terceiro degrau se encontra a generalização do critério de correção para obtenção de normas. O fato de uma norma poder ser caracterizada por diferentes formas de proposições normativas fundamenta, para Alexy, a necessidade de se considerar aquele conceito como primário com relação a esse. Em virtude disso, ele entende aconselhável buscar critérios que permitam identificar uma norma. Para tal, o autor faz uso das modalidades deônticas básicas, como mandamento, proibição e autorização, que podem ser resumidas através do conceito de dever ser.³ Ou seja, uma proposição normativa de uma constituição, por exemplo, pode ser considerada uma norma se ela contém uma das modalidades deônticas, um dever ser.

As normas de direito fundamental, que são o significado de uma proposição normativa de direito fundamental⁴, podem ser de duas categorias: ou elas são “normas diretamente expressadas por proposições da constituição” ou são “normas de direito fundamental atribuídas”. Para esclarecer sua classificação Alexy trabalha com o art. 5º, 3, 1, da Lei Fundamental alemã (“Grundgesetz”)⁵: “A arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres”. Esta proposição normativa poderia ser expressa, segundo ele, através das seguintes normas: “É devido que a arte e a ciência, a pesquisa e o ensino sejam livres” ou “a ciência, a pesquisa e o ensino devem ser livres.” Tais normas, entretanto, careceriam de indeterminação em um duplo sentido. Elas seriam semântica e estruturalmente abertas. A indeterminação semântica diz respeito aos possíveis sentidos das expressões contidas na proposição normativa. Já a indeterminação estrutural se refere ao tipo de atividade estatal que decorre da proposição normativa: uma atuação positiva ou uma omissão do Estado.⁶

Segundo Alexy, é impossível depreender das proposições normativas da Lei Fundamental todo o alcance semântico e estrutural das normas. Quanto à indeterminação estrutural o autor cita um caso decidido pelo Tribunal Constitucional alemão no qual foram determinadas, com base na citada proposição normativa (art. 5º, 3, 1,

³ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 45-46.

⁴ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 54.

⁵ Lei fundamental é como se designa a Constituição alemã de 1949.

⁶ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 57-62.

da Lei Fundamental), tanto uma prestação positiva quanto uma abstenção estatal ou um direito de defesa contra a atividade estatal: “O Estado deve tornar possível e fomentar a manutenção da ciência livre e sua mediação para a próxima geração através disponibilização de meios pessoais, financeiros e organizacionais” e “Todos aqueles que atuam na ciência, na pesquisa e no ensino têm – sujeitando-se ao dever de lealdade previsto no art. 5º, parágrafo 3º, 2 da Lei Fundamental – o direito de defesa contra qualquer intervenção estatal no processo de obtenção e mediação do conhecimento científico”⁷.

Trata-se, para Alexy, de situação em que a norma de direito fundamental gerada na decisão ultrapassa a norma diretamente expressada pelo texto da constituição. Estas normas criadas pelo Tribunal Constitucional estão, na opinião do autor, em uma “relação de precisção”⁸ relativamente à norma de direito fundamental diretamente estatuída pelo texto constitucional, que, por sua vez, já pode ser vista como uma “precisação” do texto constitucional (proposição normativa). Tal relação de precisção significa uma atividade que torna a norma mais específica, mais bem delineada em direção à aplicação. Quando o Tribunal adota tais normas, ele presume que elas estejam contidas no texto do art. 5º, parágrafo 3º, 1 da Lei Fundamental. Estabelece-se, assim, uma relação fundamental entre a norma que deve ser precisada ou especificada e a norma que torna esta última mais precisa ou específica, qual seja, a decisão judicial. A norma gerada, ao cabo, por esta relação de precisção da norma diretamente estatuída pelo texto constitucional é designada pelo autor como “norma atribuída”⁹.

Questão debatida na ciência do direito é saber se este tipo de construção feita pelo Tribunal Constitucional, ou seja, esta norma atribuída, está correta. Para saber se as normas de direito fundamental diretamente estatuídas podem ser consideradas válidas, basta a referência à positivação. Tal critério, entretanto, é insuficiente para as normas atribuídas. Segundo Alexy, uma norma atribuída vale, “quando para sua atribuição a uma norma de direito fundamental diretamente estatuída for possível uma fundamentação de direito fundamental correta”. Ou dito de outra forma: “Se uma norma atribuída é uma norma de direito fundamental depende de uma argumentação de direito fundamental possível para ela”. Este critério vale também para analisar a correção da norma diretamente estatuída pela proposição normativa. Neste sentido, o critério da “fundamentação de direito fundamental correta” assume a forma de um critério geral para análise da correção da construção de normas jurídicas.¹⁰

⁷ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 57-59.

⁸ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 60.

⁹ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 60.

¹⁰ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 61-63.

3. A ESTRUTURA DAS NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL

Com relação à estrutura das normas de direito fundamental, a distinção entre princípios e regras, figura, para Alexy, como uma das mais importantes. Esta distinção é uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Ela representa, ademais, um elemento fundamental da teoria das posições jurídicas por ele desenvolvida. Com a sua ajuda, por exemplo, problemas de divisão de competências entre o Tribunal Constitucional e o Legislativo podem ser tornados mais claros. A distinção entre princípios e regras é, assim, um dos pilares fundamentais da teoria dos direitos fundamentais de Alexy.¹¹

4. A DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

Alexy parte do pressuposto de que as normas jurídicas ou são princípios ou são regras¹², *tertium non datur*. Neste sentido, as normas de direitos fundamentais devem ser pensadas a partir destas duas espécies normativas, o que torna importante sua distinção. Existem diferentes critérios para distinguir princípios e regras¹³ e Alexy propõe um próprio. Para ele, princípios são normas que determinam que algo seja realizado em sua mais alta medida, relativamente às suas possibilidades fáticas e jurídicas. Eles são, assim, mandamentos de otimização (“Optimierungsgebote”), que se caracterizam pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus. A medida devida para o seu cumprimento depende não somente das condições fáticas, mas também das condições jurídicas. Essas, por sua vez, são determinadas por outros princípios e regras que a eles se contrapõem. Regras, ao seu turno, são normas que podem sempre ser cumpridas ou não. Quando uma regra é válida, deve ser feito exatamente aquilo que ela exige, nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no campo do fática e juridicamente possível. A distinção entre princípios e regras é, segundo Alexy, qualitativa e não uma distinção de grau.¹⁴

Ao representarem diferentes espécies normativas, os princípios e as regras funcionam como diferentes fundamentos para julgamentos de dever ser. Princípios contêm mandamentos *prima-facie*, ou seja, eles não dizem de forma definitiva o que é devido. Eles estabelecem fundamentos que podem ser superados por fundamentos contrários. Por isso, eles possuem um caráter *prima-facie* e funcionam como fundamentos *prima-facie*. As regras, por outro lado, dizem o que é definitivamente devido, ou seja, elas contêm um caráter definitivo e são fundamentos definitivos.¹⁵

¹¹ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 71.

¹² ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 77.

¹³ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 72.

¹⁴ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 75-76.

¹⁵ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 88-90.

A distinção entre princípios e regras se mostra de forma mais clara na colisão entre princípios e no conflito entre regras. Quando ocorre um conflito entre regras existem duas soluções possíveis: ou uma das regras deve ser declarada inválida, ou deve ser estabelecida uma exceção para uma delas. Já a colisão entre princípios deve ser resolvida de forma bastante distinta. Princípios colidem quando algo, segundo um deles, é proibido e, segundo o outro, é autorizado. Em casos como este, um dos dois deve recuar. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão de validade. A colisão entre princípios, ao seu turno, ocorre na dimensão de peso, tendo em vista que apenas princípios válidos colidem.¹⁶ Esta característica coloca em manifesto outro ponto central na distinção entre princípios e regras que é o seu modo de aplicação.

5. PONDERAÇÃO COMO MODELO ARGUMENTATIVO PARA APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS

As regras são aplicáveis a partir da técnica da subsunção. No caso dos princípios, a colisão é solucionada através da ponderação entre os interesses conflitantes. Nesta ponderação, trata-se de saber qual dos dois interesses, que em abstrato possuem o mesmo grau, recebe o maior peso em uma situação concreta.¹⁷ A conexão entre o conceito de princípio e a ponderação traz consigo, segundo Alexy, uma relação necessária entre a teoria dos princípios e o princípio da proporcionalidade.¹⁸

Dois conceitos, que estão interligados, são importantes no processo de solução das colisões entre princípios: o de “relação de precedência condicionada” entre princípios e o da “lei da colisão”. No primeiro conceito, trata-se do estabelecimento, a partir das circunstâncias do caso concreto, das condições a partir das quais um princípio precede ao outro.¹⁹ Este estabelecimento é relativo ao caso concreto, isto é, não tem aplicação absoluta, pode não valer para outros casos com circunstâncias distintas. Já o conceito de “lei da colisão” diz que “as condições a partir das quais um princípio precede a outro, constituem o suposto de fato (“*Tatbestand*”) de uma regra, que pronuncia a consequência jurídica do princípio que possui prioridade.”²⁰ Em outras palavras,

¹⁶ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 77-79.

¹⁷ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 80. Ver também, ALEXY, Robert. Die Konstruktion der Grundrechte. In: CLÉRICO, Laura; SIECKMANN, Jan-Reinard (org.). **Grundrechte, Prinzipien und Argumentation**. Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys. Baden-Baden: Nomos, 2009. p. 9-10. No texto “Two OR Three?”, Alexy trabalha com a hipótese de que a analogia é uma terceira operação básica no direito ao lado da subsunção e da ponderação. ALEXY, Robert. Two or three? In: BOROWSKI, Martin (org.). **On the Nature of Legal Principles**. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 119, Baden-Baden: Nomos, 2010. *Passim*).

¹⁸ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 100.

¹⁹ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 81.

²⁰ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 84.

a ponderação de princípios colidentes gera uma regra que serve de parâmetro para solução do caso concreto. Esta regra é uma norma de direito fundamental atribuída.²¹

Alexy propõe um modelo combinado de princípios e regras para a sua teoria dos direitos fundamentais. Para ele, tanto um modelo baseado apenas em regras quanto um modelo baseado apenas em princípio são insuficientes. No primeiro caso, a insuficiência decorre do fato de que é impossível prever regras que solucionem todos os casos sem que seja necessária uma ponderação. No segundo caso, porque um modelo apenas de princípios daria atenção de menos para as regras estipuladas pela Lei Fundamental, o que geraria insegurança jurídica e feriria o postulado da vinculação do intérprete ao ordenamento jurídico.²²

As disposições de direitos fundamentais, segundo ele, podem estabelecer ou princípios ou regras. Entretanto, uma disposição de direitos fundamental pode também estabelecer uma norma com um caráter dúplice, isto é, uma norma de direito fundamental que pode ser compreendida tanto como um princípio quanto como uma regra. Entre o nível das regras e o nível dos princípios existe uma relação de precedência daquele diante deste, na medida em que a regra significa uma maior especificidade em termos de decisão tomada pelo legislador. No entanto, o nível das regras pode perder sua precedência para o nível dos princípios se houver razões suficientes para tal. Em outras palavras, a precedência da regulamentação mais específica também é *prima facie*, isto é, existe desde que não haja fundamentos suficientes que determinem sua flexibilização no caso concreto. A questão da força dos fundamentos é objeto da argumentação de direitos fundamentais.²³

Alexy parte do pressuposto de que decisões baseadas em ponderações podem ser racionalizadas, isto é, não ficam relegadas à subjetividade do intérprete. A “relação de precedência condicionada” estabelecida no processo de ponderação entre princípios pode ser considerada racional se ela puder ser fundamentada. Para sua fundamentação podem ser empregados todos os argumentos possíveis em uma argumentação de direito fundamental, ou seja, os cânones da interpretação, argumentos dogmáticos, os argumentos práticos gerais e empíricos, bem como as formas específicas de argumentos jurídicos.²⁴

Além dos argumentos citados, cabíveis em qualquer processo jurídico-interpretativo, existem argumentos específicos do processo de ponderação, que dizem respeito ao peso que os princípios receberão no caso concreto. Trata-se da assim designada “lei da ponderação”, que assim dispõe: “Quanto maior o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro

²¹ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 87 e 92.

²² ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 117-121.

²³ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 122-124.

²⁴ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 145-146.

princípio.” As proposições sobre o grau de importância e de prejuízo devem ser justificadas e, neste processo, são cabíveis novamente os argumentos antes mencionados.²⁵ Esta fórmula vale tanto na ponderação como processo de solução de casos concreto (“Abwägungsentscheidung”) quanto na ponderação como modelo de construção dogmática para os direitos fundamentais (“Abwägungsvorschlag”).²⁶ Com isso, a lei da ponderação trata daquilo que deve ser fundamentado racionalmente, o que, segundo Alexy, faz com que ela não seja uma fórmula vazia.²⁷

6. OS PRINCÍPIOS FORMAIS

Para Alexy, os princípios formais, como o princípio democrático, por exemplo, que está ligado diretamente ao problema das competências, ou o princípio da segurança jurídica, um dos pilares do Estado de Direito, também são considerados mandamentos de otimização, ou seja, possuem a mesma estrutura que os direitos fundamentais, que, por sua vez, são caracterizados pelo autor como princípios substanciais. A diferença entre os princípios formais e os substanciais reside no objeto da otimização. Enquanto no último caso o objeto diz respeito a determinados conteúdos, no primeiro caso o objeto são decisões jurídicas, independentemente dos conteúdos.²⁸

Existe uma disputa conceitual em torno do conceito de princípio formal tanto por parte dos opositores da teoria dos princípios quanto por parte de seus defensores.²⁹ Aqui interessa menos os pormenores desta disputa do que sua pressuposição central, a de as competências sejam consideradas mandamentos de otimização, que devem ser colocados eventualmente em ponderação com direitos fundamentais. Alexy exemplifica tal possibilidade retomando um caso no qual a assim designada “fórmula Radbruch”³⁰ foi aplicada pelo Tribunal Constitucional alemão (BVerfG). Isto é, situações em que o princípio da justiça (um princípio substancial) foi, de acordo com Alexy, ponderado com o princípio da segurança jurídica (um princípio formal). Em um caso concreto no

²⁵ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 146-150.

²⁶ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 153.

²⁷ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 152.

²⁸ ALEXY, Robert. Formal principles, Some replies to critics. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 12, 2014. p. 515-516.

²⁹ ALEXY, Robert. Formal principles, Some replies to critics. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 12, 2014. p. 512.

³⁰ A chamada fórmula Radbruch diz que o ordenamento jurídico perde seu caráter de Direito quando o grau de injustiça (“Ungerechtigkeit”) experienciado atinge uma “medida insuportável” (“unerträgliches Maß”). ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. Studienausg. Freiburg (Breisgau). München: Alber, 2002. p. 71. Radbruch afirma que “O conflito entre a justiça e a segurança jurídica poderia ser solucionado da seguinte forma: o direito positivo, garantido pela legislação e pelo poder, deve ter precedência mesmo quando for injusto e inadequado em termos de conteúdo, a não ser que a contradição entre a lei positiva e a justiça atinja uma medida tão insuportável, que a lei, enquanto ‘Direito injusto’, tenha que recuar diante da justiça.” RADBRUCH, Gustav. **Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht**. Heidelberg: Lambert Schneider, 1946. p. 15-16.

qual um princípio formal esteja em colisão com um princípio material, é possível que o primeiro receba um menor peso e, assim, recue em relação ao princípio material, que preponderará. O oposto também pode ocorrer. Trata-se de um problema de argumentação que é resolvido no interior da “fórmula peso”.³¹

7. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA LEI FUNDAMENTA ALEMÃ E A POSIÇÃO DE ALEXY: DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO PRINCÍPIOS

Duas questões são de central importância quando se pretende compreender o direito constitucional alemão no campo dos direitos fundamentais e, assim, as propostas dogmáticas que procuram dele se ocupar, para, em um segundo momento, investigar as possibilidades de se recepcionar tais discussões no direito brasileiro, como no caso da teoria dos princípios de Robert Alexy. Isto nem sempre é feito com o devido cuidado.

De um lado, é preciso estar ciente de que existe naquele país uma discussão jurisprudencial e doutrinária sobre a relação entre os direitos fundamentais e as possibilidades de restrição destes direitos via legislação infraconstitucional, que nos é relativamente estranha. Os direitos fundamentais são previstos na Lei Fundamental com cláusulas de “reserva legal simples”, “reserva legal qualificada” e “sem cláusula de reserva legal”. No primeiro caso, significa que é preciso haver uma lei, no sentido material e formal, que trate expressamente do direito fundamental para poder restringi-lo. No segundo caso, além da existência de uma lei, o legislador deve obedecer a determinadas especificidades para regulamentar infraconstitucionalmente o direito fundamental. No último caso, os direitos fundamentais são previstos no texto constitucional sem possibilidade expressa de restrição infraconstitucional. Isto não quer dizer, entretanto, que não possam ser restringidos, mas sim que os critérios para análise da correção da restrição são distintos. Fala-se, neste contexto, em reservas de restrição imanentes na Lei Fundamental.³²

Tais possibilidades de restrição ganham relevo em especial, mas não somente,³³ quando se está diante de uma colisão entre direitos fundamentais, ou seja, quando os direitos de um indivíduo, para serem exercidos, acabam limitando os direitos de outro ou da coletividade. Em situações como esta, a doutrina e a jurisprudência do Tribunal Constitucional procuraram desenvolver técnicas para solução de colisões. Entre elas

³¹ ALEXY, Robert. Formal principles, Some replies to critics. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, 2014, p. 517, 520-521.

³² PIEROTH, Bodo; *et al.* *Grundrechte. Staatsrecht II*. 29. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, 2013. p. 64 e ss.

³³ Aqui entra em discussão também o problema da possibilidade e dos limites das restrições de direitos fundamentais previstos sem reserva via legislação infraconstitucional. Em virtude dos limites e das intenções do presente trabalho, tal problemática não será explorada.

destaca-se a noção de “compensação mutuamente favorável” (“*schonender Ausgleich*”)³⁴, concordância prática (“*praktische Konkordanz*”)³⁵ e a de “ponderação” (“*Abwägung*”)³⁶. O paradigma jurisprudencial desta discussão é o internacionalmente multicitado caso Lüth, decidido pelo Tribunal Constitucional (BVerfGE, 7, 198-230)³⁷ na década de 50 do século passado, no qual se discutiu a possibilidade de restrição do direito fundamental à liberdade de opinião, previsto sem reservas na Lei Fundamental, em virtude de outros interesses também nela salvaguardados, portanto, de mesma hierarquia.

Segundo Alexy, com base em uma leitura por ele feita da jurisprudência do Tribunal Constitucional e em especial com base neste caso, os direitos fundamentais possuem um “comportamento de colisão”³⁸, isto é, eles existem colidindo com os demais. Este alegado comportamento de colisão dos direitos fundamentais justifica, na opinião do autor, considerá-los como princípios e, assim, aplicá-los através da fórmula da ponderação. Em outros termos, um dos alicerces centrais das construções teóricas de Alexy é um problema específico do direito constitucional alemão, qual seja, a possibilidade de restrição recíproca dos direitos fundamentais previstos sem reserva no texto constitucional.

De outro lado, é necessário levar em conta o fato de que o catálogo de direitos fundamentais da Lei Fundamental (art. 1º ao art. 19)³⁹ não prevê expressamente direitos sociais, diferentemente do que ocorre na Constituição brasileira. Sendo assim, a possibilidade de se afirmar a existência de direitos sociais na Lei Fundamental alemã é um problema de interpretação ou, como Alexy pretende, uma questão de construção de normas de direitos fundamentais atribuídas. O entendimento majoritário, tanto na doutrina quanto na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, entretanto, não aceita tal reinterpretação das disposições normativas da Lei Fundamental.⁴⁰ Ou seja,

³⁴ LERCHE, Peter. *Übermass und Verfassungsrecht*. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit. Köln: Heymann, 1961. p. 153.

³⁵ HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Neudruck des 20. Auflage. Heidelberg: CF Müller, 1999. p. 142)

³⁶ A técnica da ponderação, utilizada pelo Tribunal Constitucional alemão desde o início de sua judicatura, remonta, entretanto, do ponto de vista doutrinário, ao final do século XIX, início do XX. Foi teorizada e desenvolvida no âmbito jurídico por Philipp Heck, o fundador da escola de pensamento designada como “Jurisprudência dos Interesses” (“*Interessenjurisprudenz*”, expressão que, na verdade, deveria ser traduzida como “Ciência jurídica baseada nos interesses”). HECK, Philipp. *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1914. e HECK, Philipp. *Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue*. *Deutsche Juristen-Zeitung*, v. 10, 1905. Sobre isso ver também RÜCKERT, Joachim. *Abwägung – die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs oder: Normenstrenge und Abwägung im Funktionswandel*. *Juristen Zeitung*, vol. 19, 2011.

³⁷ ALEMANHA, [Bundesverfassungsgericht (BVerfG), *BVerfGE 7, 198 – Lüth*, de 15 de janeiro de 1958.

³⁸ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 87.

³⁹ Existe tradução para o português da Lei Fundamental alemã disponível na internet: <https://www.btg-bestsellservice.de/pdf/80208000.pdf>

⁴⁰ A literatura sobre esta temática é vasta. As referências se encontram na bibliografia indicada ao fim do presente artigo.

não existem direitos fundamentais sociais na constituição alemã. A única exceção é o assim designado “mínimo existencial”, construído teoricamente e aceito, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, através de uma interpretação da cláusula da proteção da dignidade humana (art. 1º), vista a partir de seu conteúdo prestacional, que, por sua vez, é pensando em sua conexão com a cláusula do Estado Social (art. 20 e 28), prevista expressamente na Lei Fundamental. Portanto, qualquer transposição acrítica de teses sobre os direitos sociais na Alemanha deve ser a todo custo evitada.

Alexy, entretanto, como posição minoritária, importa referir, defende a existência de direitos sociais na Lei Fundamental e, ademais, considera tais direitos como princípios. No Brasil, esta formulação do autor foi amplamente recebida, tanto no âmbito acadêmico⁴¹ quanto jurisprudencial.⁴²

A proposta de dogmática geral dos direitos fundamentais desenvolvida por Alexy tem dois pilares: a teoria dos princípios e o sistema de posições fundamentais⁴³. Neste último campo, Alexy divide os “direitos a algo” em duas grandes categorias, os direitos de defesa (“Abwehrrechte”) e os direitos à prestação (“Leistungsrechte”). Os direitos à prestação em sentido lato (“Leistungsrechte im weiteren Sinne”) são subdivididos em “direitos à proteção” (“Rechte auf Schutz”), “direitos à organização e procedimento” (“Rechte auf Organisation und Verfahren”) e direitos à prestação em sentido estrito, ou direitos sociais (“Leistungsrechte im engeren Sinne” ou “soziale Grundrechte”).⁴⁴ Para Alexy, como dito, a pergunta pela existência de direitos sociais na Lei Fundamental é

⁴¹ Exemplarmente, SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.; SILVA, Virgílio Afonso da. **Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume**. Baden Baden: Nomos, 2003.; SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista Direito do Estado**, vol. 4, 2006.; SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.; SILVA, Virgílio Afonso da. Soziale Grundrechte als Optimierungsgebot, ihre Überlegungen aus der Perspektive des Gesundheitsrechts. In: CLÉRICO, Laura; SIECKMANN, Jan-Reinard (org.). **Grundrechte, Prinzipien und Argumentation**. Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys. Baden-Baden: Nomos, 2009. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.; SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, vol. 1, n. 1, abr. 2001; SARLET, Ingo Wolfgang. **Die Problematik der sozialen Grundrechte in der brasilianischen Verfassung und im deutschen Grundgesetz**. Frankfurt am Main; Berlin; Bern; New York; Paris, Wien: Lang, 1997.; LEIVAS, Paulo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.; ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. **Direitos fundamentais sociais e ponderação**. Ativismo irrefletido e controle jurídico racional. Porto Alegre: Fabris, 2014.; CALIL, Mário Lúcio Garcez. **Efetividade dos direitos sociais**. Prestação jurisdicional com base na ponderação de princípios. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012.entre outros.

⁴² Exemplarmente, no âmbito do direito previdenciário, BRASIL. [Superior Tribunal de Justiça (STJ)]. **Recurso Especial nº 1.648.305/RS**; BRASIL, [Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4)] **Apelação Cível nº 5023796-15.2012.404.7000/PR**; BRASIL, [Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4)] **Apelação Cível nº 2005.72.09.000979-8/SC**.

⁴³ O sistema de posições jurídicas fundamentais é dividido em “direitos a algo”, “liberdades” e “competências”. ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 171 e ss.

⁴⁴ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 402 e ss.

respondida positivamente.⁴⁵ Como não há amparo constitucional textual, a existência de direitos à prestação, ou direitos sociais, não é uma questão de positividade, mas uma pergunta sobre “se é devido ou possível atribuir às disposições de direitos fundamentais normas que garantam direitos fundamentais sociais”.⁴⁶

Para se saber, na prática, se esta “atribuição” é devida ou autorizada, desempenha um papel central o que Alexy designa como “ponto de vista orientador” ou “ideia orientadora”. Esta ideia orientadora serve como um “conceito formal geral dos direitos fundamentais”, inclusive para os direitos sociais, e diz que “os direitos fundamentais são posições tão importantes, que a sua garantia ou não garantia não pode ser deixada à disposição de uma maioria parlamentar eventual.”⁴⁷ Ademais, os direitos fundamentais sociais são por ele considerados como direitos *prima facie*, ou seja, eles possuem um caráter de princípio.⁴⁸ Significa isso, que, saber se uma posição é tão importante que não pode ser deixada ao arbítrio do legislador é um problema de fundamentação.⁴⁹

Sobre esta construção teórica de Alexy, importam dois esclarecimentos. Em primeiro lugar, para fundamentar a existência genérica de direitos sociais na Lei Fundamental, o autor se baseia fundamentalmente em um caso decidido pelo Tribunal Constitucional. Trata-se da decisão “Numerus-clausus” (BVerfGE 33, 303), de 1972⁵⁰, também conhecida no Brasil, na qual se discutiu o eventual direito fundamental social à exigência de que o Estado criasse vagas no curso universitário de medicina. Do ponto de vista jurídico-positivo, estava em discussão uma reinterpretação do art. 12, 1, 1, da Lei Fundamental, que assim dispõe: “Todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o de aprendizagem. O exercício da profissão pode ser regulamentado por lei ou em virtude de lei.” Este caso ficou famoso no Brasil, e mundo afora, pois nele o Tribunal Constitucional criou a fórmula da “reserva do possível”. Nesta decisão, o Tribunal afirmou genericamente a possibilidade de ser reinterpretar os direitos fundamentais previstos na Lei Fundamental com estrutura típica de direitos de defesa, como o do art. 12, 1, 1, como direitos prestacionais, com fundamento na liberdade de escolha da profissão em conexão com a cláusula de igualdade geral e a cláusula do Estado Social. Entretanto, no caso concreto, o Tribunal negou o direito à exigência de criação de vagas por parte do Estado. Um dos fundamentos foi exatamente a ideia da “reserva do possível”.

⁴⁵ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 398.

⁴⁶ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 455.

⁴⁷ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 406 e 409-410.

⁴⁸ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 400 e 406.

⁴⁹ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 455.

⁵⁰ ALEMANHA, [Bundesverfassungsgericht (BVerfG), **BVerfGE 33, 303 - Numerus-clausus**, de 18 de julho de 1972.

Alexy defende a ideia de que este reconhecimento genérico do Tribunal acerca da possibilidade de existência de direitos sociais é suficiente para fundamentar sua previsão da Lei Fundamental.⁵¹ Por outro lado, o autor reconstrói estes direitos fundamentais como princípios (materiais), cujo conteúdo, para ser delineável, precisa ser pensado em uma colisão com as competências do Legislativo e do Executivo (princípios formais) e seu dever de concretizá-lo. Subjacente a esta formulação está pressuposta uma colisão mais abstrata, qual seja, a colisão entre direitos fundamentais e democracia e, assim, entre direitos fundamentais e legislador.⁵² Ou seja, Alexy pressupõe uma colisão entre princípios materiais (direitos) e princípios formais (competências), que precisa ser resolvida via ponderação. O resultado desta ponderação é, eventualmente, uma norma de direito fundamental atribuída (uma regra), que determina consequências concretas para o comportamento do Estado. Neste caso, seria o dever positivo de criar vagas nas Universidades. O Tribunal Constitucional, entretanto, não estruturou sua fundamentação com base em premissas como estas e não reconheceu tal direito concretamente.

Um outro exemplo utilizado por Alexy para fundamentar sua posição é a cláusula da proteção da dignidade humana em sua dimensão prestacional. Esta dimensão prestacional da dignidade humana é aceita, como acima dito, pela doutrina e pela jurisprudência alemãs, para fundamentar o direito ao “mínimo existencial”, que possui também um conteúdo positivo, isto é, que estabelece deveres de condutas positivas ao Estado. Em recente texto apresentado em um congresso jurídico no Brasil realizado em sua homenagem, cujo tema era “Dignidade humana, direitos fundamentais sociais e não positivismo inclusivo”, Alexy defendeu esta posição. Segundo ele, se

[...] os direitos humanos, como direitos morais, existem, vale dizer, se eles são justificáveis, um catálogo de direitos fundamentais que não os compreenda não cumpre sua pretensão de correção. Trata-se de um catálogo incorreto, e a conte constitucional tem o dever de corrigi-lo, como o Tribunal Constitucional Federal alemão fez, em 2010, com relação ao direito a um mínimo existencial, na decisão do caso Hartz IV. A principal expressão dessa decisão é que a dignidade humana justifica o direito a um mínimo existencial.⁵³

Nesse mesmo congresso, Matthias Klatt, um aluno de Robert Alexy e atualmente professor na Universidade de Graz, Áustria, apresentou um texto no qual defendeu uma reconstrução do problema do controle jurisdicional no âmbito dos direitos

⁵¹ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 497 e ss..

⁵² ALEXY, Robert. Direitos fundamentais sociais e proporcionalidade. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Em Comemoração ao 70º aniversário de Robert Alexy. Florianópolis: Qualis, 2015a. *Passim*.

⁵³ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais sociais e proporcionalidade. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Em Comemoração ao 70º aniversário de Robert Alexy. Florianópolis: Qualis, 2015a. p. 169.

fundamentais sociais como um conflito de competências, solucionável através da ponderação, o que ele denominou “controle judicial ponderado”. Klatt também parte do pressuposto de que competências são princípios. Neste mesmo texto, Klatt procurou reconstruir as decisões do Tribunal Constitucional alemão acerca do Hartz IV⁵⁴ e do Asylbewerberleistungsgesetz⁵⁵, que tratam do mínimo existencial, como um problema de ponderação de competências entre o Legislativo e o Tribunal Constitucional.⁵⁶

No entanto, nestes dois últimos casos, o Tribunal Constitucional não concebeu o direito ao mínimo existencial como um princípio, nem tampouco fez uso da fórmula da ponderação entre direitos e competências para determinar o alcance concreto desse direito. Isto é, no contexto alemão, esta reconstrução teórica da jurisprudência do Tribunal Constitucional se circunscreve ao círculo dos teóricos dos princípios e não é seguida pelo próprio Tribunal. Sendo assim, importa questionar se e, em que medida, a recepção deste aparato teórico-dogmático da teoria dos princípios é adequada para compreender a problemática dos direitos fundamentais sociais no Brasil, como de fato foi feita. O ponto de vista que se pretende defender no presente artigo é de que a resposta a estas questões é necessariamente negativa.

8. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NÃO SÃO PRINCÍPIOS: O CASO DO DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO BRASILEIRO

Quando se perspectiva o direito constitucional positivo brasileiro a partir de um ponto de vista dogmático, notadamente no campo dos direitos fundamentais sociais, os problemas que surgem parecem ser de outra natureza, bem distinta daqueles com os quais se ocupa a teoria dos princípios. Tomando-se, por exemplo, a questão da subjetivação e da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, é sabido que no Brasil a teoria dos princípios exerce uma grande influência. Os direitos fundamentais sociais são compreendidos não raro como princípios e, assim, como mandamentos de otimização.

Em uma primeira análise, a ideia de que os direitos fundamentais sociais devem ser realizados da melhor forma possível, levadas em conta as condições fáticas e jurídicas, soa como trivial, óbvia. Quem iria negar que a realização dos direitos fundamentais, sobretudo dos sociais, depende de condições fáticas e jurídicas? Em uma visão mais acurada, no entanto, esta obviedade desaparece.

⁵⁴ ALEMANHA, [Bundesverfassungsgericht (BVerfG)], **BVerfGE 125, 175 - Hartz IV**, de 09 de fevereiro de 2010.

⁵⁵ ALEMANHA, [Bundesverfassungsgericht (BVerfG)], **BVerfGE 132, 134 - Asylbewerberleistungsgesetz**, de 18 de julho de 2012.

⁵⁶ KLATT, Matthias. Direitos a prestações positivas: Quem deve decidir? Controle judicial ponderado. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-postivismo inclusivo**. Em Comemoração ao 70º aniversário de Robert Alexy. Florianópolis: Qualis, 2015a. p. 221, 236 e 256.

Quando se analisa com cuidado o conceito de princípio de Alexy, ou seja, um norma jurídica, que é semanticamente e estruturalmente aberta; cujo processo de “precisão semântica” (determinação do significado da disposição normativa), que dá os contornos da configuração estrutural da norma (ou seja, que tipo de atividade é exigida do Estado – uma omissão ou uma ação), é estabelecido apenas através da ponderação com outras normas, sejam direitos, sejam competências, que, por sua vez, também são abertos semanticamente e estruturalmente e que, ao final, gera uma norma de direito fundamental atribuída, que é caracterizada como uma regra, a afirmação inicial acerca da trivialidade/obviedade do conceito de princípio como ponto de partida da interpretação dos direitos fundamentais sociais, deixa de existir.

A caracterização dos direitos fundamentais sociais como princípios, caso os pontos de partida que baseiam a construção do modelo alexyano sejam tomados a sério, pressupõe necessariamente a discussão alemã sobre a (im)possibilidade eventual de se derivar direitos à prestação e, assim, direitos sociais, das cláusulas de direitos fundamentais previstas na Lei Fundamental, que possuem, em regra, as características de direitos de defesa.⁵⁷ Ou seja, pressupõe a inexistência de uma positivação expressa destes direitos na Constituição. Este não é um problema típico do direito constitucional positivo brasileiro. Além disso, tem que levar necessariamente em conta a centralidade do problema da restrição de direitos fundamentais, pois esta ideia permeia toda a construção alexyana.

Ou seja, um dos problemas centrais para a teoria dos princípios, qual seja, oferecer uma solução dogmática para o problema do silêncio (proposital ou não) da Lei Fundamental alemã acerca dos direitos fundamentais sociais, não ocorre no caso da Constituição brasileira. Muito pelo contrário. Tanto os desdobramentos da ideia de Estado Social quanto os direitos fundamentais sociais estão previstas na Constituição brasileira de forma expressa e pormenorizada, não só no capítulo II, do título II da Constituição, mas também no título VIII, que trata da Ordem Social.

Em outras palavras, a “relação de precisão” das normas de direitos fundamentais, que, para Alexy - tendo em vista a sua leitura da Lei Fundamental - deve ser feita pela jurisdição constitucional apenas com o recurso à técnica da ponderação, já foi realizada em certo sentido pelo constituinte que elaborou a Constituição brasileira. A Constituição brasileira possui disposições de direitos fundamentais sociais e disposições que determinam fins ao Estado (“Staatszielbestimmungen”) relativamente “precisas” em termos semânticos (o que é devido) e estruturais (por quem e como é devido). Logo, um modelo dogmático que tenha como centro gravitacional o silêncio

⁵⁷ Aqui sequer está sendo levado em conta que o modelo alexyano é minoritário no âmbito acadêmico na Alemanha - o que, obviamente, não retira o seu mérito - e não é seguido pela jurisprudência do Tribunal constitucional alemão.

da constituição, é dispensável em um contexto no qual existe inclusive uma certa eloquência. No mínimo sua adequação deve ser questionada.

A questão acerca da existência e dos contornos dos direitos fundamentais sociais na Constituição brasileira, por outro lado, não é respondida necessariamente com o recurso a uma interpretação sistemática da cláusula da proteção da dignidade da pessoa humana com a cláusula do Estado Social em seu desdobramento como garantia do mínimo existencial, ou mesmo com o recurso às noções de liberdade e igualdade fáticas, corolários da discussão em torno dos pressupostos e das funções do Estado Social. Menos ainda a partir de uma ponderação entre mínimo existencial e liberdade e igualdade fática de um lado e as competências do Poder Executivo e do Poder Legislativo de outro. O próprio texto constitucional já faz isso.

De outra sorte, a “ideia orientadora” de Alexy, que diz que os direitos fundamentais sociais são posições nas quais o indivíduo se encontra, tão importantes que sua garantia não pode ser deixada ao arbítrio do legislador ou de uma maioria eventual, soa como prescindível como parâmetro de fundamentação acerca da existência dos direitos sociais na Constituição brasileira e muito genérica para servir e como parâmetro de interpretação desses direitos. Na Constituição brasileira, o conteúdo desta “ideia orientadora” pode ser visto como mera consequência direta da vinculação do legislador e da Administração pública prestacional às disposições de direitos fundamentais expressamente positivadas.

Por derradeiro, o “comportamento de colisão”⁵⁸ que, segundo Alexy, é uma característica dos direitos fundamentais, inclusive dos sociais, que, ademais, fundamenta seu caráter de princípio, parece ser algo muito distante quando se pensa em direitos sociais em sua dimensão prestacional, mesmo no caso alemão e, mais ainda, no caso brasileiro. Conforme mencionado, Alexy parte desta ideia de colisão como algo constante no espectro dos direitos fundamentais, porque ele tem em mente a problemática dos direitos fundamentais positivados na Lei Fundamental sem reserva legal e o trato que a jurisprudência do Tribunal Constitucional deu a esta questão. Estes direitos, que, de regra, possuem o conteúdo de direitos de defesa, podem de fato entrar em conflito e, por vezes, precisam ser mutamente restringidos para gerarem efeitos. Em outras situações, estes mesmos direitos previstos sem reserva, podem sofrer limitações via legislação infraconstitucional. A questão da restrição de direitos é, assim, um pilar fundamental da teoria dos princípios.

Alexy universaliza, entretanto, este comportamento de colisão como característica dos direitos fundamentais, inclusive dos sociais. Para fundamentar este “comportamento” no âmbito dos direitos prestacionais em geral, entre eles os sociais, o autor defende que as competências, por ele concebidas como princípios formais, colidem

⁵⁸ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 140.

com estes direitos em caso de omissão, quando deixam de realizá-los ou quando não os realizam a contento. Trata-se, de um lado, de uma construção carente de maiores desenvolvimentos no interior do próprio modelo alexyano. De outro lado, quando o Tribunal Constitucional alemão se ocupou do problema do acesso às vagas universitárias como direito fundamental prestacional e do mínimo existencial, como visto, o único direito social aceito pela jurisprudência como derivável da Lei Fundamental, em nenhuma das duas oportunidades este “comportamento de colisão” foi pressuposto. O mínimo existencial não é considerado um princípio pelo Tribunal e tampouco a ponderação é utilizada como técnica de aplicação deste direito.

Mas ainda que a existência genérica de direitos sociais fosse aceita pela dogmática alemã e pela jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, o que não é o caso, e mesmo que o problema da restrição de direitos estivesse na base da problemática neste campo, o que também não ocorre quando está em discussão o mínimo existencial, isto não significaria que os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição brasileira seriam corretamente compreendidos a partir da dogmática proposta pela teoria dos princípios.

Tratar os direitos fundamentais sociais como mandamentos de otimização pressupõe obrigatoriamente concebê-los, em última instância, como direitos de defesa, mais especificamente de defesa contra competências, e estrutura-los a partir de uma dogmática das restrições. Pensar os direitos fundamentais sociais como princípios implica, assim, compreender o Estado-legislador e a Administração pública prestacional necessariamente como potenciais inimigos⁵⁹, o que contraria a própria ideia de Estado Social, cuja função precípua é atuar em prol dos direitos, ou seja, como “amigo” e não inimigo deles.⁶⁰

Não faz nenhum sentido pensar os direitos sociais na Constituição brasileira primariamente a partir da problemática da restrição, nem tampouco como um problema de colisão entre estes direitos e as competências do Estado, concebidas pela teoria dos princípios sempre como potencialmente restritivas. Não é demais salientar que os direitos sociais são pensados primariamente como direitos a partir do Estado e não contra o Estado. Eles impõem, em regra, deveres de atuação positiva ao Estado, que deve lhes conferir concretude. Não se ignora, obviamente, que os direitos sociais podem assumir também uma dimensão negativa, de defesa contra o Estado. Esta dimensão pode ser compreendida pela dogmática das restrições. Mas o que se destaca aqui é que sua função primária é de direito através da atuação do Estado. A dimensão

⁵⁹ HÄBERLE, Peter. **Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz**. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt. 3. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 1983. p. 163)

⁶⁰ GELLERMANN, Martin. **Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande**. Untersuchung zur normativen Ausgestaltung der Freiheitsrechte. Tübingen: Mohr Siebeck, 2000. p. 49.

negativa pressupõe, assim, a dimensão positiva. Sem uma compreensão da dimensão positiva, que, ao cabo, diz o que de fato é devido, ou seja, dá os contornos do direito fundamental, não há objeto para se perspectivar o problema das restrições. A despeito disso, a teoria dos princípios compreende tais direitos, ao contrário, ainda que tacitamente, primariamente contra o Estado.

Além disso, conforme já afirmado acima, a “relação de precisão” das normas de direitos fundamentais, cuja função é delimitar semântica e estruturalmente o conteúdo destes direitos e que, no modelo de Alexy, é feito a partir da ponderação entre direitos ou entre direitos e competências, já está realizada em grande medida na Constituição brasileira. Não é demais ressaltar: aquilo que na Alemanha, a partir do modelo alexyano, seria determinado em um caso concreto pelo Tribunal constitucional como precisão de dispositivos constitucionais abertos semântica e estruturalmente, já está previsto expressamente em grande medida de forma até mesmo minuciosa, em alguns casos, pela Constituição no Brasil. Vejamos: os direitos fundamentais sociais estão previstos genericamente no capítulo II do título II da Constituição, nos art. 6 a 11. O art. 6º, por exemplo, assim dispõe: “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.” É perfeitamente possível defender que cada direito social previsto na Constituição brasileira genericamente no capítulo citado já está, em certo sentido, regulado de maneira mais ou menos pormenorizada dentro da própria Constituição, em especial no capítulo da “Ordem Social”.⁶¹

Trata-se, antes de mais nada, de um ponto de vista dogmático que possui respaldo no próprio texto constitucional, que, no art. 6º, diz que os direitos sociais ali elencados são direitos “na forma desta Constituição”. Esta regulação pormenorizada já no nível constitucional é aqui denominada como “densidade de regulação horizontal”, que, no caso brasileiro, diferentemente do alemão, é bem alta. Veja-se o exemplo do direito fundamental à previdência social, positivado no art. 6º, que possui uma regulação constitucional pormenorizada nos art. 193 a 195 e nos art. 201 e seguintes. O art. 201 assim dispõe: “Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: I - cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada; II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.”

⁶¹ O exemplo do direito do trabalho é o mais claro, embora esteja regulado dentro do próprio capítulo II.

Neste caso, a Constituição diz quem são os a) *beneficiários* deste direito, determina em grande parte qual o b) *conteúdo* do direito, bem como diz quem é o seu c) *endereço* direto ou primário.⁶² Os beneficiários são aqueles que contribuem para a Previdência, tendo em vista que o *caput* do art. 201 fala em “caráter contributivo” como elemento de organização da Previdência Social. Quanto ao conteúdo, nos incisos I a V do citado artigo, a Constituição diz quais são os eventos cobertos pela previdência social, entre eles, a morte, a invalidez, a idade avançada, a maternidade, etc. Isto é, o direito fundamental à previdência social se desdobra, por exemplo, já no nível constitucional, no direito à proteção da maternidade das seguradas da Previdência. O *caput* do artigo diz, ademais, quem é o endereço primário deste direito quando refere que o Regime Geral de Previdência Social será organizado “na forma da lei”. Aqui a Constituição atribui ao legislador a tarefa primária de dar “densidade de regulamentação vertical” (hierarquia) para o direito fundamental à previdência social através da legislação infraconstitucional.⁶³

Em outras palavras, o art. 201 da Constituição especifica, densifica ou, na linguagem de Alexy, torna mais “preciso” o art 6º. O primeiro está em uma relação de especialidade com o segundo (*lex specialis*). Para se saber se existe um direito social à previdência na Constituição brasileira, bem como, em caso positivo, para saber qual o seu conteúdo e as suas funções, é preciso fazer uma interpretação conjunta do art. 6º com os dispositivos da Ordem Social. Entre estes dispositivos não existe colisão, mas sim uma relação harmônica, com caráter de complementariedade. Não é necessário recorrer ao argumento da proteção da dignidade humana em sua dimensão positiva, o mínimo existencial, nem tampouco realizar uma interpretação sistemática com a cláusula do Estado Social que, no caso brasileiro, não é prevista expressamente em um dispositivo da Constituição como na Alemanha, mas regulada de forma exparsa no texto constitucional. Muito menos se afigura necessário, e sequer correto, procurar definir o conteúdo deste direito através de uma ponderação entre ele e as competências do Estado. A própria Constituição prevê como tal relação funciona, como visto. Chega à minúcia de tratar da questão orçamentária nesta seara. De outra sorte, a Constituição não concebe o Estado-legislador como potencial inimigo dos direitos sociais, como o direito à previdência social, mas sim como condição de possibilidade destes direitos ao determinar que a legislação infraconstitucional deve regulamentá-los.

Em resumo, os principais problemas dogmáticos e os pontos de partida centrais que estão na base da teoria dos direitos fundamentais de Alexy como modelo de

⁶² Aqui adota-se o esquema proposto por Alexy, que identifica a relação dos direitos fundamentais como composta de três partes: o beneficiário, o endereço e o objeto dos direitos. ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 171-172.

⁶³ O legislador fez isto através da Lei nº 8.213/91. O direito à previdência já possuía uma longa tradição legislativa antes da Constituição de 1988.

dogmática para os direitos sociais, tendo como parâmetro a Lei Fundamental alemã, não ocorrem no direito constitucional positivo brasileiro, ou não ocorrem da mesma forma. Os direitos fundamentais sociais no Brasil, portanto, não são princípios. Logo, resta claro que a recepção entre nós deste aparato teórico-dogmático no campo citado é inadequada.

9. CONCLUSÃO

Caso se pretenda levar a sério a ideia de adequação do método ao objeto, aqui a compatibilidade entre o modelo de dogmática com o direito positivo, é forçoso concluir que as categorias da teoria dos princípios, como a distinção entre princípios e regras, a concepção dos direitos fundamentais sociais como princípios e a técnica da ponderação como modo de aplicação típico destes direitos, amplamente aceitas e praticamente inquestionadas por aqui, não oferecem um ponto de partida adequado para compreender o fenômeno dos direitos fundamentais sociais no Brasil.

A recepção acrítica deste modelo como dogmática para tais direitos no Brasil é absolutamente equivocada, tendo em vista que, como demonstrado, a teoria dos direitos fundamentais de Alexy e sua teoria dos princípios foi desenvolvida para resolver problemas próprios do direito constitucional alemão, que não ocorrem ou não existem na mesma dimensão na Constituição brasileira.

Tal fato torna urgente, de um lado, uma ruptura radical com o modelo e, de outro, o desenvolvimento de um outro modelo dogmático, este sim adequado para o tipo de positivação que os direitos fundamentais sociais recebeu na constituição brasileira. A ruptura aqui defendida, implica, entre outras questões, o abandono da distinção entre princípios e regras e da técnica da ponderação como parâmetros para interpretar e aplicar os direitos fundamentais sociais. A necessária proposta alternativa de dogmática, que não trabalhe com tais categorias, será apresentada pelo autor do presente artigo em trabalhos futuros.

10. REFERÊNCIAS

ALEMANHA, [Bundesverfassungsgericht (BVerfG)], **BVerfGE 7, 198 – Lüth**, de 15 de janeiro de 1958.

ALEMANHA, [Bundesverfassungsgericht (BVerfG)], **BVerfGE 33, 303 - Numerus-clausus**, de 18 de julho de 1972.

ALEMANHA, [Bundesverfassungsgericht (BVerfG)], **BVerfGE 125, 175 - Hartz IV**, de 09 de fevereiro de 2010.

ALEMANHA, [Bundesverfassungsgericht (BVerfG)], **BVerfGE 132, 134 – Asylbewerberleistungsgesetz**, de 18 de julho de 2012.

ALEMANHA, [Grundgesetz (1949)]. **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**. Disponível em: <https://www.bundestag.de/grundgesetz>. Acesso em: 20 ago. 2021.

ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. Studienausg. Freiburg (Breisgau), München: Alber, 2002.

ALEXY, Robert. Die Konstruktion der Grundrechte. In: CLÉRICO, Laura; SIECKMANN, Jan-Reinard (org.). **Grundrechte, Prinzipien und Argumentation**. Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys. Baden-Baden: Nomos, 2009.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais sociais e proporcionalidade. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Em Comemoração ao 70º aniversário de Robert Alexy. Florianópolis: Qualis, 2015a.

ALEXY, Robert. Ein nichtpositivistischer Begriff der Grundrechte. In: EWER, Wolfgang; *et al.* (org.). **Methodik – Ordnung – Umwelt, Festschrift für Hans-Joachim Koch**. Berlin: 2014a.

ALEXY, Robert. Formal principles, Some replies to critics. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 12, 2014.

ALEXY, Robert. Grundrechte im demokratischem Verfassungsstaat. In: AARNIO, Aulis; ALEXY, Robert; BERGHOLTZ, Gunnar (org.). **Justice, Morality, and Society: A Tribute to Aleksander Peczenik**. Lund: Juristförlaget, 1997.

ALEXY, Robert. Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts. **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**, vol. 95, 2009.

ALEXY, Robert. Ideales Sollen. In: Laura; SIECKMANN, Jan-Reinard (org.). **Grundrechte, Prinzipien und Argumentation**. Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys. Baden-Baden: Nomos, 2009.

ALEXY, Robert. Ideales Sollen und Optimierung. In: ISFEN, Osman; *et al.* (org.). **Rechtsstaatliches Strafrecht: Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag**. Heidelberg: C. F. Müller, 2017.

ALEXY, Robert. Juristische Interpretation. In: ALEXY, Robert. **Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie**. Frankfurt: Suhrkamp, 1995.

ALEXY, Robert. Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit. In: ALEXY, Robert. *et al.* (org.). **Elemente einer juristischen Begründungslehre**. Baden-Baden: Nomos, 2003.

ALEXY, Robert. Rechtssystem und praktische Vernunft. In: ALEXY, Robert. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Studien zur Rechtsphilosophie. Frankfurt: Suhrkamp, 1995.

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

ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**. 7. Auflage. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2012.

ALEXY, Robert. Two or three? In: BOROWSKI, Martin (org.). **On the Nature of Legal Principles**. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 119, Baden-Baden: Nomos, 2010.

ALEXY, Robert. Zum Begriff des Rechtsprinzips. In: ALEXY Robert. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Studien zur Rechtsphilosophie. Frankfurt: Suhrkamp, 1995.

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. **Direitos fundamentais sociais e ponderação**. Ativismo irrefletido e controle jurídico racional. Porto Alegre: Fabris, 2014.

BADURA, Peter. Arten der Verfassungsrechtssätze. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOFF, Paul (org.). **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HStR)** Bd. VII. Heidelberg: C. F. Müller, 1992.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge. In: BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang; JEKEWITZ, Jürgen; RAMM, Thilo (org.). **Soziale Grundrechte**. Von der bürgerlichen zur sozialen Ordnung. Heidelberg: C. F. Müller, 1981.

BRASIL [Constituição de 1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. [Superior Tribunal de Justiça (STJ)] **Recurso Especial nº 1.648.305** – RS. Relatora Ministra Assusete Magalhães. Julgamento em 22 de agosto de 2018.

BRASIL, [Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4)] **Apelação Cível nº 5023796-15.2012.404.7000/PR**. Relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira. Julgamento em 12 de setembro de 2012.

BREUER, Rüdiger. Grundrechte als Anspruchsnormen. In: BACHOF, Otto; HEIGL, Ludwig; REDEKER, Konrad (org.). **Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung**. Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts. München: C.H. Beck, 1978.

BRUNNER, Georg. **Die Problematik der sozialen Grundrechte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1971.

CALIL, Mário Lúcio Garcez. **Efetividade dos direitos sociais**. Prestação jurisdicional com base na ponderação de princípios. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012.

GELLMANN, Martin. **Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande**. Untersuchung zur normativen Ausgestaltung der Freiheitsrechte. Tübingen: Mohr Siebeck, 2000.

HÄBERLE, Peter. Leistungsrechte im Sozialstaat, In: HALITZEL, Hans; WOLLENSCHLÄGER, Michael (org.). **Recht und Staat, Festschrift für Günther Küchenhoff**. Berlin: Duncker und Humblot, 1972.

HÄBERLE, Peter. **Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz**. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt. 3. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 1983.

HECK, Phillipp. **Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1914.

HECK, Phillipp. Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue. **Deutsche Juristen-Zeitung**, v. 10, 1905.

HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Neu-drück des 20. Auflage. Heidelberg: CF Müller, 1999.

HUBER, Hans. Soziale Verfassungsrechte? In: FORSTHOFF, Ernst (org.). **Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Aufsätze und Essays**. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968.

KLATT, Matthias. Direitos a prestações positivas: Quem deve decidir? Controle judicial ponderado, In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-postivismo inclusivo**. Em Comemoração ao 70º aniversário de Robert Alexy. Florianópolis: Qualis, 2015.

KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LANGE, Klaus. Soziale Grundrechte in der deutschen Verfassungsentwicklung und in den derzeitigen Länderverfassungen. In: BÖCKENFÖRDE, E. W.; JEKEWITZ, J; RAMM, T. (org.). **Soziale Grundrechte**. Von der bürgerlichen zur sozialen Ordnung. Heidelberg: C. F. Müller, 1981.

LERCHE, Peter. Übermass **und Verfassungsrecht**. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit. Köln: Heymann, 1961.

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

MÜLLER, Friedrich; PIEROTH, Bodo; FOHMANN, Lothar. **Leistungsrechte im Normbereich einer Freiheitsgarantie**. Untersucht an der staatlichen Förderung Freier Schulen. Berlin: Duncker und Humblot, 1982.

MÜLLER, Jörg Paul. Soziale Grundrechte in der schweizerischen Rechtsordnung, in der europäischen Sozialcharta und den UNO-Menschenrechtspakten. In: BÖCKENFÖRDE, E. W.; JEKEWITZ, J; RAMM, T. (org.). **Soziale Grundrechte**. Von der bürgerlichen zur sozialen Ordnung. Heidelberg: C. F. Müller, 1981.

MURSWIEK, Dietrich. Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte. In: ISENSEE, J.; KIRCHHOF, P. (org.). **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HStR)**. Bd. V. Heidelberg: C.F. Müller, 1992.

NOVAK, Richard. **Das Problem der sozialen Grundrechte**. Graz: Jos. A. Kienreich, 1972.

PIEROTH, Bodo; *et al.* **Grundrechte. Staatsrecht II**. 29. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, 2013.

RADBRUCH, Gustav. **Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht**. Heidelberg: Lambert Schneider, 1946.

RAMM, Thilo. Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge, In: BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang; JEKEWITZ, Jürgen; RAMM, Thilo (org.). **Soziale Grundrechte**. Von der bürgerlichen zur sozialen Ordnung. Heidelberg: C. F. Müller, 1981.

RÜCKERT, Joachim. Abwägung – die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs oder: Normenstrenge und Abwägung im Funktionswandel. **Juristen Zeitung**, vol. 19, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, vol. 1, n. 1, abr. 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Die Problematik der sozialen Grundrechte in der brasilianischen Verfassung und im deutschen Grundgesetz**. Frankfurt am Main; Berlin; Bern; New York; Paris, Wien: Lang, 1997.

SIEHER, Angelika. Teilhaberechte. In: BULTMANN, Friedrich; *et al.* (org.). **Allgemeines Verwaltungsrecht**. Institute, Kontexte, System. FS für U. Battis zum 70. Geburtstag. München: C.H. Beck, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume**. Baden Baden: Nomos, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista Direito do Estado**, vol. 4, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. Soziale Grundrechte als Optimierungsgebot, ihre Überlegungen aus der Perspektive des Gesundheitsrechts. In: CLÉRICO, Laura; SIECKMANN, Jan-Reinard (org.). **Grundrechte, Prinzipien und Argumentation**. Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys. Baden-Baden: Nomos, 2009.

TOMANDL, Theodor. **Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1967.