

ESTUDIOS

A vinculação dos poderes do estado à concretização de direitos fundamentais sociais: Há espaço para uma margem de apreciação?

*The linking of state powers to the fundamental social rights concretization:
Is there a space to margin of appreciation?*

Maria Valentina de Moraes  e Rosana Helena Maas 

Universidade de Santa Cruz do Sul, Brasil

RESUMO Diante das problemáticas e debates que cercam os direitos fundamentais sociais, seu caráter multifuncional e as possibilidades de tutela jurisdicional, objetiva-se, com o presente trabalho, analisar a viabilidade do reconhecimento de uma margem de apreciação do legislador frente a esses direitos. Questiona-se, assim, diante dessas características e da vinculação estatal à sua proteção: há espaço para uma margem de apreciação legislativa na implementação dos direitos fundamentais sociais? Utilizando-se do método dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica, através da consulta em livros, periódicos, jurisprudência e sites institucionais, é possível concluir que o espaço de decisão legislativa não é ilimitado, estando o legislador, como os demais Poderes Estatais, vinculado à implementação dos direitos fundamentais sociais, sendo ele o primeiro a garanti-los, legitimando, desse modo, a atuação judicial diante de sua omissão.

PALAVRAS-CHAVE Controle de constitucionalidade, direitos fundamentais sociais, margem de apreciação do legislador, princípio da separação de poderes.

ABSTRACT In view of the problems and debates surrounding fundamental social rights, here it is examined notably its multifunctional character and the possibilities of jurisdictional protection, it aims to analyze the feasibility of recognizing a margin of appreciation by the legislator regarding these rights. Therefore, it is questioned whether, given these characteristics and the state's link to their protection, is there room for a margin of legislative appreciation in the implementation of fundamental social rights? Using deductive method and the bibliographic research technique, through consultation in books, periodicals, jurisprudence and institutional websites, it is possible to conclude, that the space for legislative decision is not unlimited, since the legislator, like the

other State Powers, is linked to the implementation of the fundamental social rights, being the first to guarantee them, legitimizing judicial action in the face of its omission.

KEYWORDS Judicial review, fundamental social rights, margin of legislative appreciation, principle of separation of powers.

Introdução

O reconhecimento dos direitos fundamentais pelos Estados vem sendo fortalecido com os diferentes mecanismos de proteção e efetivação a eles, restringindo a possibilidade de uma mera escolha política para a sua efetivação. No que se refere aos direitos fundamentais de caráter social, algumas características ainda dificultam sua máxima concretização, como os custos gerados ao Estado, não excluindo outra gama de problemáticas envolvendo esta natureza de direitos, como a própria disponibilidade do objeto.¹

A Constituição Federal brasileira de 1988, diga-se, diferente das anteriores, além de reconhecer o caráter fundamental aos direitos sociais, também lhes atribui aplicabilidade imediata, reforçando, ainda mais, a vinculação dos três Poderes do Estado à sua concretização. Em razão disso, somando-se ao seu caráter multifuncional, bem como a dupla possibilidade de tutela jurisdicional —objetiva e subjetiva—, há de se questionar se, diante dessas características e da vinculação estatal à sua proteção, há espaço para uma margem de apreciação legislativa na implementação dos direitos fundamentais sociais, utilizando-se, para tanto, o método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica, através da consulta em livros, periódicos, jurisprudência e sites institucionais.

Discute-se, dessa forma, o caráter multifuncional dos direitos fundamentais e, após, as formas de tutela desses direitos —objetiva e subjetiva— sendo apresentados, por fim, aspectos envolvendo a relação entre os Poderes do Estado e a margem de apreciação legislativa —enquanto reconhecimento do espaço decisório do legislador por parte do Poder Judiciário—, para compreender se há e qual é o espaço de decisão legislativa no tocante à efetivação de direitos fundamentais sociais, respondendo a problemática proposta no trabalho. Inicia-se, portanto, analisando as características e a natureza dos direitos fundamentais sociais, para, na conclusão, poder-se responder a problemática aqui proposta

Os direitos fundamentais sociais e seu caráter multifuncional

Aos direitos fundamentais atribui-se uma função de defesa (negativa) que, por sua vez, reporta aos direitos mais básicos do cidadão, os direitos de liberdade, sendo con-

1. Referente à problemática dos direitos fundamentais sociais tem-se a obra de Leal, Maas e Kirste (2021), «Direitos (fundamentais) sociais e sua justiciabilidade: Brasil, Alemanha e Áustria».

siderada sua função originária.² Os direitos de defesa ou de abstenção, oriundos e conectados com o indivíduo, são, em sua visão clássica, decorrentes de um Estado liberal-burguês, e possuem um caráter negativo, ou seja, compreendem direitos contra/frente ao Estado, na ideia de que o Estado não deve intervir na liberdade do cidadão (Alexy, 1994: 233-235). Esses direitos protegem, imediatamente, o cidadão em sua liberdade subjetiva negativa contra as interferências estatais, bem como de intervenções causadas por outros cidadãos (Kirste, 2013: 167).

Por outro lado, os direitos prestacionais concebem-se como direitos positivos (Alexy, 1994: 238), sendo identificados na concepção de uma liberdade positiva, uma liberdade para algo (Kirste, 2018: 165). Aqui, foram idealizados os direitos fundamentais sociais, decorrentes do Estado Social. Assevera-se com Häberle (2021: 16-17) que o direito prestacional indica uma nova relação entre cidadão e Estado e com o próprio Poder Legislativo e Executivo, pois com ele o parlamento busca acolher a mudança de função no Estado de direito social, na busca de compensar a sua perda de função e satisfazer o seu dever de direção, passando o direito prestacional determinar o perfil do Estado do direito social. Seu valor jurídico e de bem-estar comum não é menor do que aquele do direito intervencionista.

Assim, pode-se afirmar que os direitos fundamentais sociais exigem, por parte do Executivo e Legislativo, uma ação voltada à sua concretização, constituindo, em obrigações de prestação positivas cuja satisfação consiste num *facere*, uma ação positiva a cargo dos Poderes Públicos (Queiroz, 2006: 16) — o que decorre, por sua vez, a sua proteção na ordem de direitos objetivos, como se verificará —. Dotados de um caráter prestacional, os direitos sociais apresentam-se, dessa maneira, como sinônimos de uma³ «pretensão de prestação estatal, implicando ações dos poderes públicos para dar resposta a tal pretensão» (Gavara de Cara, 2010: 11).

Para tornar clara a diferença e contraponto dos direitos de defesa e direitos de prestação, oportuna é a concepção de Leal (2014: 145), quando trabalha a dignidade da pessoa humana como critério para o controle jurisdicional de políticas públicas, afirmando que os direitos positivos (prestacionais) diferenciam-se significativamente daqueles tidos como negativos (de defesa ou de abstenção), pois, quando algo é proibido, como é o caso dos últimos, então toda e qualquer ação que implicar uma violação do direito protegido é tida como proibida. Todavia, quando algo é imposto numa dimensão positiva, nem toda e qualquer ação que protege ou promove o direito

2. Cara destaca que «los derechos fundamentales son obra de la revolución americana. Los colonos americanos reaccionaron oponiendo estos derechos al característico déficit de los derechos de libertad ingleses, anclados exclusivamente en el plano de la ley ordinaria y que, por tanto, no constituían defensa alguna contra las limitaciones de la libertad decididas en el parlamento» (Gavara de Cara, 2010: 158).

3. No original: «pretensión de prestación estatal, implicando acciones de los poderes públicos para dar respuesta a dicha pretensión» (Gavara de Cara, 2010: 11).

é tida como devida, abrindo-se espaço, então, para uma ponderação (entre meios e fins), a qual, na esfera administrativa, traduz-se no conceito de discricionariedade.

Ocorre, no entanto, que essas concepções não podem ser enclausuradas, porque, de um direito de defesa (negativo) concebe-se a derivação de uma dimensão positiva, como de um de direito prestacional (positivo), uma dimensão negativa. Nesse entendimento, conclui-se que os direitos fundamentais possuem uma função dúplice, negativa e positiva, ao fato de que não se deve identificar os direitos sociais como «positivos» e os direitos de liberdade como «negativos», por possuírem critérios distintos de análise e de classificação (Sarlet, 2015: 211).

Dessa forma, muitos autores defendem a não realização de uma distinção e sim o reconhecimento do caráter multifuncional dos direitos fundamentais sociais, o que se advoga aqui, ou seja, uma função de defesa (negativa) e uma função de prestação (positiva), que não se excluem, mas se complementam ao mesmo tempo. Há uma dupla qualificação aos direitos fundamentais, incluindo, os sociais. Por isso, pode-se afirmar, que ao lado dos direitos de defesa (*Abwehrrechte*), caracterizados como direitos a ações negativas, encontram-se os direitos de prestação (*Leistungsrechte*), que são direitos a ações positivas, ambos tendo como destinatário o Estado (Leal, Maas y Kirste, 2021: 48).

Por exemplo, o direito à moradia, direito social, na condição de direito a ações positivas, carece da promoção e satisfação de necessidades materiais; e, ao reverso, também é protegido contra ingerências externas, como é o caso do direito de inviolabilidade de domicílio frente ao Estado e particulares (Sarlet, 2015: 211). O mesmo ocorre com o direito à greve, o qual se traduz em um direito à omissão (Leivas, 2006: 88).

Com tal reconhecimento, ocorre a superação da noção de que alguns direitos demandam apenas uma abstenção por parte do Estado, quando também exigem dos Poderes Públicos prestações normativas e fáticas, evitando, nesse sentido, a violação de direitos fundamentais. Ademais, propiciam a criação de instrumentos processuais ou procedimentos adequados à sua defesa e garantia (Queiroz, 2006: 22).

No que diz respeito à estrutura constitucional brasileira, esses direitos possuem posição que revela sua importância e que indica a necessidade de embasarem a aplicação das normas do ordenamento jurídico. Diferente de muitos países europeus, podendo-se citar a Alemanha⁴ e a Áustria, os direitos sociais, com a Constituição de 1988, receberam caráter fundamental, dessa maneira, a Constituição brasileira, além de prever expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (artigo 6), especificando seu conteúdo e forma de prestação (artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos

4. É preciso deixar claro que, apesar de a Alemanha não prever direitos fundamentais sociais na sua ordem constitucional, há uma proteção desses direitos. O Estado possui o dever de proteção desses direitos, decorrente de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais (Leal, Maas y Kirste, 2021: 62).

(Capítulo I do Título II) e os direitos sociais (Capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (CF/88, artigo 5, parágrafo 1) (Mendes, 2012: 483).

Com isso, observa-se que «constitucionalizaram-se catálogos mais ou menos amplos de direitos econômicos sociais e culturais – direitos esses que, contrariamente aos direitos de liberdade, não são meros poderes de agir, mas de exigir» (Leal, 2007: 16), o que fez com que «la aparición de los derechos sociales ha supuesto una notable variante en el contenido de los derechos fundamentales» (Perez Luño, 2013: 22).⁵

Ainda, com Hesse (1996: 93), o reconhecimento dos direitos fundamentais como direitos sociais

influyen en todo el Derecho [...] no solo cuando tiene por objeto las relaciones jurídicas de los ciudadanos con los poderes públicos, sino también cuando regula las relaciones jurídicas entre los particulares. En tal medida sirven de pauta tanto para el legislador como para las demás instancias que aplican el Derecho, todas las cuales al establecer, interpretar y poner en práctica normas jurídicas habrán de tener en cuenta el efecto de los derechos fundamentales.

Por fim, verificada a multifuncionalidade dos direitos fundamentais sociais, cabe averiguar a sua forma de justiciabilidade, seja na ordem de direitos objetivos — característica fortemente identificada aos direitos fundamentais sociais —, ou de direitos subjetivos, visão mais tímida e criticada, e, por vezes, não reconhecida.

A tutela jurisdiccional dos direitos fundamentais sociais

A proteção primária, ou clássica, dos direitos fundamentais sociais é de caráter objetivo, de proteção pelos Poderes Legislativo ou Executivo, assim sendo, não de competência do Poder Judiciário. Dessa maneira, esses direitos implicam em uma leitura de direitos em termos de coletividade e não de singularidade, o que impediria uma defesa subjetiva (individual), perante o Poder Judiciário.⁶

5. Destaca Queiroz, ainda, que «será, todavía, nos años 70 do século XX, que se colocará com maior acuidade a questão de saber quanto a esses direitos se os mesmos possuem status constitucional» (Queiroz, 2006: 16).

6. Quanto aos direitos sociais, «implica una lectura implícita de los derechos en términos de colectividad, es decir, el impulso que genera los bienes jurídicos protegidos (por ejemplo, medio ambiente, asistencia social o educación) se debe interrelacionar con la necesidad de su protección preferente en términos de medidas que sean aplicables a la generalidad de los supuestos y no como un acceso global basado en la individualidad o singularidad que puede implicar una posición jurídica subjetiva. En este sentido, su defensa y protección requiere normas objetivas con un alcance afectivo de su cumplimiento real en términos de lo políticamente posible, es decir, con condiciones y requisitos objetivos de su ámbito de protección, y no una defensa subjetiva para todos los individuos sin concreción objetiva de su alcance» (Gavara de Cara, 2010: 13).

Em virtude dessa vinculação e da necessidade de atuação dos Poderes para a concretizarem e promoverem direitos fundamentais sociais, a forma de infração mais comum ao seu conteúdo — e, conseqüentemente, à Constituição —, é a omissão dos Poderes do Estado (Gavara de Cara, 2010), uma vez que há a «obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza com o objetivo precípua de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais» (Sarlet, 2010: 113).⁷ Configura-se no dever de proteção estatal aos direitos fundamentais sociais, oriundo, propriamente, da dimensão objetiva⁸ dos direitos fundamentais.⁹

Essa intervenção estatal demanda um planejamento por parte do ente de forma a compreender a realização de uma gama de direitos garantidos constitucionalmente, os quais, por sua vez, têm seus custos (apesar de os direitos de liberdade também possuírem o seu custo), só podendo ser garantidos «na medida do possível», isto é, de modo proporcional ao desenvolvimento e ao processo econômico e social (Queiroz, 2006: 25).

Um dos argumentos frequentemente invocados refere-se, especificamente, a essa problemática que decorre da garantia do mínimo existencial frente à reserva do possível,¹⁰ uma vez que a concretização dos direitos presentes nesse mínimo acarreta, inevitavelmente, custos e exige previsões orçamentárias que os contemplem. Radica nessa questão uma das dificuldades na realização dos direitos fundamentais sociais. Importante destacar que, no Brasil, a reserva do possível é relacionada com a escassez de recursos, não seguindo a origem alemã¹¹ da teoria, pela qual «encontra-se sujeito

7. Mendes (2012: 464) salienta, nesse sentido, a existência de um «postulado de proteção (Schutzgebote). Haveria assim [...] não apenas uma proibição de excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot)».

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

9. Registra-se sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais a obra de Leal e Maas (2020): «Dever de proteção estatal», «proibição de proteção insuficiente» e controle jurisdicional de políticas públicas.

10. Também Luño (2013: 18) salienta que são utilizadas «expresiones tales como la de “el condicionamiento fiscal”, o la “reserva económica de lo posible”, para negar, supeditar, limitar o aplazar la satisfacción de los derechos sociales». Ainda, sobre a concepção brasileira da teoria da reserva do possível, ver Leal e Maas (2019) «Políticas públicas e o “fuzzysmo” da efetividade dos direitos fundamentais sociais: Análise crítica do Are 639.337/STF - acesso à educação».

11. Em decisão do Tribunal Constitucional Alemão (BverfGE 33, S. 333), conhecida como Numerus Clausus, em uma lide que versava sobre possível aumento do número de vagas ofertadas por uma universidade.

à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade. Ou seja, a argumentação adotada refere-se à razoabilidade da pretensão» (Mânica, 2008: 99) e não apenas aos custos envolvidos.¹²

Nessas considerações, busca-se verificar se os direitos fundamentais sociais são direitos subjetivos, que concebem ao indivíduo um poder de agir juridicamente para a imposição de seus interesses, defendendo-se de ações praticadas pelo Estado ou por outros (Kirste, 2013: 164), ou seja, a possibilidade de esses direitos serem demandados judicialmente e requeridos, inclusive de forma individual, frente ao Estado e/ou se sobre eles apenas recai uma proteção de cunho objetivo, de proteção pelos Poderes Legislativo ou Executivo.

Os direitos subjetivos, esclarece-se, «são protegidos pelas constituições como direitos fundamentais e, em tratados internacionais, como direitos humanos. Enquanto tais, obrigam não somente o Estado à sua observância, mas podem ser também demandados judicialmente em caso de lesão desse dever» (Kirste, 2013: 165).

O caminho que se trilha, dessa forma, é o reconhecimento aos direitos fundamentais sociais, uma vertente subjetiva, que permite a sua justiciabilidade individualizada e que mostra-se um fenômeno crescente nos últimos anos, notadamente no Brasil (diferente de países europeus, como a Alemanha e a Áustria que não reconhecem essa possibilidade), pelos grande índices de demandas envolvendo o direito à saúde.¹³

Nesse sentido, decisão importante acerca da temática no Brasil diz respeito às Suspensões de Tutela Antecipada 175, 211 e 278; Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; e Suspensão de Liminar 47. O Supremo Tribunal Federal, nessa oportunidade, deixou assentado que não restringe a judicialização da saúde à dimensão coletiva, afirmando que do artigo 196 da Constituição Federal é possível identificar um direito individual e coletivo à saúde, concluindo pelo direito à saúde como um direito subjetivo, de dimensão individual¹⁴ e coletiva.¹⁵

12. É possível afirmar, frente a essa inevitável relação com os custos, que os direitos fundamentais sociais «se sitúan bajo reserva de lo políticamente posible, es decir, los derechos sociales se deben proteger en la medida en que se produzca una adecuación del estándar social a la situación económica y a la capacidad de prestación económica de un Estado» (Gavara de Cara, 2010: 58).

13. Em notícia do Tribunal de Constas da União (TCU), de 2017, teve-se como manchete: «Aumentam os gastos públicos com judicialização da saúde», trazendo que, em sete anos, os gastos com processos judiciais da União aumentaram 1.300%, sendo que o fornecimento de medicamentos, alguns inclusive sem registro no Sistema Único de Saúde, ou seja, sem previsão na lista de dispensação de medicamentos, corresponde a 80% das ações judiciais. Entre os Tribunais Estaduais com maior número de processos, estão São Paulo, Rio Grande do Sul e Minas Gerais (Brasil, 2017, disponível em <https://bit.ly/2ObRThw>).

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

15. E essa é uma grande crítica no que concerne à judicialização da saúde, ou seja, a enorme incidência

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais sociais vem sendo afirmada pela doutrina como forma de potencializar a efetivação de direitos de índole naturalmente coletiva, sendo reconhecido que citados direitos possuem tanto uma dimensão objetiva, como uma dimensão subjetiva.

Nessa linha, Alexy (1994: 465) defende que, pela importância das disposições dos direitos fundamentais sociais, a opção de garanti-los não poderia ficar apenas nas mãos do legislador, de uma maioria parlamentar simples, pois o Tribunal Constitucional não pode deixar de agir devido a um legislador omissor,¹⁶ chegando ao ponto de formular um enunciado geral dos direitos a prestações (Alexy, 2017: 450): «Em virtude das normas de direitos fundamentais, todos encontram-se em posições de direitos a prestações que são, do ponto de vista do direito constitucional, tão importantes que a decisão sobre elas não possa ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples».¹⁷ Em conexão, a margem de apreciação legislativa não garante, pois, a não realização de um direito, não podendo servir como uma escusa aos deveres legislativos de garantia de direitos reconhecidos constitucionalmente como direitos fundamentais, como são, no Brasil, os direitos fundamentais sociais – referindo-se a formas de atuação e não à omissão.

de demandas individuais. Barroso (2008, disponível em <https://bit.ly/3v3rJoy>) afirma que a atuação da judicialização dessa maneira põe em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, isso porque desorganiza a atividade administrativa e impede a alocação racional dos escassos recursos públicos, impedindo que políticas públicas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Seria o caso do excesso de judicialização não levar à realização prática da Constituição Federal, pois, em muitos casos, estar-se-ia concedendo privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas públicas universais. O resultado seria a realização de uma microjustiça e não de uma macrojustiça. Preocupado em resolver os casos concretos, o juiz não pode se esquecer da existência de recursos escassos, limitados, para demandas ilimitadas. Porém, essa não é a posição de toda a doutrina sobre o assunto, Figueiredo e Sarlet (2009: 20-21) afirmam que é preciso lembrar que o direito à saúde é, antes de tudo e também, um direito de cada pessoa, ao estar intimamente conexo à proteção da vida, da integridade física e corporal e da própria dignidade inerente a cada ser humano. Dessa maneira, a tutela individual não poderá ser desconsiderada, reforçando, ainda, a garantia constitucional fundamental do acesso à jurisdição, motivo pelo qual não concordam com a tese que refuta de modo absoluto as demandas materiais de caráter individual no âmbito da concreção do direito à saúde.

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

17. No original, Alexy (1994: 410) «Jeder befindet sich aufgrund von Grundrechtsnormen in den leistungsrechtlichen Positionen, die vom Standpunkt des Verfassungsrechts aus so wichtig sind, daß ihre Gewährung oder Nichtgewährung nicht der einfachen parlamentarischen Mehrheit überlassen werden kann».

Observa-se que, ao lado de autores advogando pela não-justiciabilidade¹⁸ dos direitos fundamentais sociais na doutrina alemã, podendo-se citar Ernst-Wolfgang Böckenforde (1992) e Konrad Hesse (1994), justamente pelo fato de o legislador, que é o legitimado democrático para esse fim, não atribuir essa obrigação ao Estado, Alexy defende em sentido contrário, ou seja, frente a um legislador omissivo, um Judiciário ativo.

Todavia, Alexy (1994: 462) afirma que, quando apresenta o argumento da competência dos direitos fundamentais sociais em virtude de seus efeitos financeiros, por decorrência dos grandes custos associados à sua realização, conduziria, inclusive, a política orçamentária ficar nas mãos do Tribunal Constitucional, o que seria incompatível com a Lei Fundamental. Aliás, diga-se, é o que se enfrenta no Brasil, principalmente em matéria de saúde, onde, em face da ineficácia ou omissão de políticas públicas, bem como em razão de inúmeros outros fatores, o Poder Judiciário torna-se o concretizador do direito fundamental à saúde, ultrapassando, muitas vezes, o gasto com a judicialização da saúde o próprio orçamento do ente estatal para esse fim.¹⁹

Entretanto, a apreciação dos fatores econômicos para a tomada de decisão quanto às possibilidades e os meios de efetivação desses direitos fundamentais sociais cabe, principalmente, aos órgãos políticos e legislativos (Leivas, 2006: 241). Além do mais, é o Poder Legislativo o primeiro a realizar a interpretação e concretização desses direitos, cabendo a ele as escolhas alocativas e a definição de políticas públicas.

Assim, «un determinado derecho fundamental investirá su titular en diversas posiciones jurídicas de caracteres diferenciados, y con base en cada una de ellas el ciudadano podrá reclamar diferentes obligaciones del Poder Público» (Hachem, 2014: 292), sem uma restrição de sua forma de tutela, permitindo uma vertente de possibilidades. Por sua complexidade, os direitos fundamentais sociais configuram-se como

direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos objetivos, os direitos fundamentais outorgam aos seus titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua

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

19. Por exemplo, tem-se os Estados de São Paulo, Minas Gerais e Santa Catarina que despenderam, juntos, com demandas judiciais, entre 2013 e 2014, R\$ 772 milhões, valor superior ao gasto da União no mesmo período (Conselho Nacional de Justiça, 2017, disponível em <https://bit.ly/3v4TWvh>). Em complemento, efetuado estudo online através do Painel Justiça em Números, considerando as ações correlacionadas ao tema da saúde ajuizadas no período de 01 de janeiro de 2014 (data de implementação do painel) a 31 de dezembro de 2018 (data da última atualização do painel), foram constatadas 2.144.359 ações envolvendo o direito à saúde. Desse número, 1.004.305 ações atribuem-se ao fornecimento de medicamentos e de tratamentos médico-hospitalar (Conselho Nacional de Justiça, 2019, disponível em <https://bit.ly/3VcDFPu>), o que demonstra a grande demanda por esse direito no Brasil.

dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais - tanto aqueles que não asseguram primeiramente, um direito subjetivo quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais - formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático (Mendes, 2012: 468).

Por constituírem-se como a base do ordenamento jurídico, a vinculação dos Poderes do Estado à concretização destes postulados é reforçada, sendo expressa constitucionalmente. Cabe compreender, nesse sentido, o espaço de margem legislativa permitida diante da complexidade das formas de tutela e das características da função prestacional dos direitos fundamentais, como será agora analisado.

O reconhecimento de uma margem de apreciação do legislador na efetivação de direitos fundamentais sociais

A Constituição Federal brasileira traz expressamente a vinculação dos três Poderes do Estado à concretização dos direitos fundamentais,²⁰ seja através de uma ação – como a implementação de políticas públicas ou regulamentação normativa – ou de uma abstenção, no sentido de não intervenção e não de omissão. Nesse contexto, há que se considerar a existência de uma divisão de competências entre os Poderes, a qual traz consigo uma noção de equilíbrio e harmonia na relação entre eles, com pesos e contrapesos, por meio da qual um Poder não deve interferir na esfera de atuação destinada inicialmente a outro.

Diante desse cenário, cabe questionar qual é o espaço de atuação do legislador frente a essa vinculação e a relação de controle estabelecida com os demais Poderes, especialmente a partir da noção da Constituição para além do texto escrito, como convicção (Zagrebelsky, 2014). Com a caracterização de um Estado Democrático de Direito, o «controle do órgão legislativo no que toca à garantia constitucional corresponde aos órgãos encarregados de tornar efetiva a supremacia constitucional, Tribunal Constitucional e Tribunais de Justiça»²¹ (Nogueira Alcalá, 2000: 74), fazendo com que a análise de eventuais omissões legislativas esteja a cargo do Poder Judiciário. Se evidência, nesse sentido, a relação Legislativo e Judiciário, o qual reforça a estrutura

20. Extrai-se a vinculação em alguns dispositivos, dentre eles: artigo 4: ú., alínea «c», da Lei 8.069/90 (preferência na formulação de Políticas Sociais Públicas específicas); artigo 5 e seguintes, da Lei Complementar 141/2012 (valores mínimos a serem aplicados anualmente em ações e serviços públicos da saúde), bem como dispositivos encontrados na Constituição Federal, quais sejam: artigo 195 (financiamento da seguridade social), artigo 198, parágrafo 2 (recursos mínimos de aplicação nas ações voltada à saúde), artigo 211 (vinculação aos regimes de ensino na promoção da educação), artigo 212, «caput» (percentuais a serem aplicados na manutenção da educação), entre outros.

21. Original: «control del órgano legislativo en el respecto a la garantía institucional corresponde a los órganos encargados de hacer efectiva la supremacía constitucional, Tribunal Constitucional y Tribunales de Justicia» (Nogueira Alcalá, 2000: 74).

de proteção destinada aos direitos fundamentais sociais que, como referido, detém uma importância ímpar, que não permite que sejam deixados apenas nas mãos de maiorias legislativas – na ordem de um legislador omissor, um Judiciário ativo.

O modelo de separação de Poderes hoje existente foi estruturado e pensado para uma organização estatal e social distinta da atual, na qual as funções do Estado centram-se basicamente na manutenção da ordem e da defesa estatal e na produção penal (Ferrajoli, 2008). Um modelo, portanto, restrito, que conforma uma teoria baseada na de Montesquieu – que sistematiza as funções do Estado analisadas por Aristóteles, sendo elas as funções deliberativa, executiva e judicial (Saddy, 2009) – deixando de lado perspectivas abordadas por outros autores, como Locke e Kant.

Com a relação de pesos e contrapesos que se estabelece e com a supremacia da Constituição, adotada com o Estado Democrático de Direito, a liberdade legislativa torna-se limitada. O sistema idealizado por Madison²² aposta, como critica Gargarella (2014: não paginado), em mecanismos de controle endógenos, pautados em uma confiança acerca das capacidades de decisões dos Poderes, por meio de seus funcionários, e não em virtudes da sociedade, comprometida com seus interesses sociais. Há, assim, uma necessidade de articulação dos três Poderes e o reconhecimento, por parte de cada um deles, dos seus respectivos espaços de atuação.

A vinculação do legislador às normas constitucionais o condiciona, desse modo, a não edição de «normas que disponham contrariamente às normas constitucionais atributivas de direitos sociais. E nem sequer pode revogar lei que dê exequibilidade a uma dessas normas constitucionais sem emitir nova lei» (Miranda, 1986: 124). Há uma significativa limitação da atuação legislativa, não sendo seu espaço de atuação um espaço ilimitado, a ser reconhecido, primariamente, pelo próprio Poder Legislativo, também responsável pela realização de um controle de constitucionalidade das normas.

De um ponto de vista material não é, portanto, ilimitada, pois há uma vinculação constitucional do legislador com a observância de parâmetros para a garantia de direitos fundamentais, sendo a noção de «margem de ação» definido por uma ausência dessa vinculação legal (Queiroz, 2006: 12). O ponto central de discussão sobre a margem de apreciação legislativa encontra-se na pergunta: podem os Tribunais, no exercício do controle de constitucionalidade, intervirem no espaço de conformação legislativa, na margem de apreciação do legislador, ou esse é livre? (Queiroz, 2006: 12).

Portanto, considerar que a margem legislativa seja ilimitada é sustentar, de mesmo modo, a ausência de vinculação do legislador aos conteúdos estabelecidos na Constituição Federal brasileira, contrariando o arcabouço jurídico existente. Não se trata,

22. Quanto ao desenvolvimento da jurisdição constitucional e formas de controle de constitucionalidade, ver Leal (2007), «Jurisdição constitucional aberta: Reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana».

assim, de questionar se há um espaço ilimitado ou não, mas sim de buscar estabelecer parâmetros que coadunem a atuação legislativa, em sua liberdade de ação, com a proteção e concretização de direitos fundamentais sociais. Frente a essa perspectiva, o reconhecimento de uma margem de apreciação legislativa «configura-se como uma deferência, pelo Poder Judiciário, em questões em que cabe ao Poder Legislativo a decisão, devendo o órgão judicial [...], adotar uma postura de autocontenção judicial» (Moraes y Leal, 2021: 192).

Necessário diferenciar, nesse sentido, a decisão de não agir do legislador, que viola direitos fundamentais e, portanto, deve ser apreciada pelo Poder Judiciário na realização de um controle de constitucionalidade (em razão de uma inconstitucionalidade por omissão), da decisão de atuar que permite uma margem de escolha no que toca a alguns elementos – como referente à criação de uma política pública, por exemplo. Nesse sentido, direitos sociais como o direito à saúde e à educação, não poderiam – diante da importância da Constituição Federal e na conformação de direitos fundamentais sociais –, ser colocados à margem da livre apreciação dos Poderes Legislativo e Executivo sem que houvesse, ao menos, a possibilidade de intervenção judicial quando esses forem omissos em sua efetivação (Bitencourt, 2013).

Dita margem de apreciação do legislador na relação com os demais Poderes do Estado difere-se da margem de apreciação nacional existente na relação entre Corte Internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, e os Estados, podendo a segunda ser definida como «una actitud judicial de deferencia hacia las autoridades internas, al estar ubicadas en una mejor sede para el enjuiciamiento de ciertos conflictos de intereses y responder democráticamente ante sus electorados» (García Roca, 2007: 142).

No que se refere à margem interna de apreciação do legislador, a questão cabível diz respeito à linha entre decisões reservadas constitucionalmente como sendo de primazia do legislador e decisões que, sobretudo, consideram a violação de direitos fundamentais, permitindo uma intervenção judicial. Desse modo, interessante observar que, ainda que em muitas questões haja referida primazia legislativa, não necessariamente

o princípio da competência decisória do legislador possa prevalecer em todos os casos e circunstâncias sobre o princípio material da proteção dos direitos fundamentais. A resposta a esta questão está num procedimento de ponderação que respeite uma delimitação jurídico-funcional adequada entre a margem de ação do legislador, reconhecida constitucionalmente, e a vinculação do legislador aos direitos fundamentais (Queiroz, 2006: 51).

Diante dessa vinculação, os direitos fundamentais atuam restringindo o campo de atuação legislativa, o qual não comporta uma omissão indiscriminada, mas «compromete derechos humanos [e fundamentais], vulnerando su exigibilidad y

cumplimiento en específico, al grado de producir una afectación, daño o perjuicio» (Lazcano, Cárdenas e Torres, 2017: 230). Importante destacar que, a pura e simples omissão legislativa não está amparada pela margem de apreciação do legislador, pois a violação de direitos fundamentais pode se dar numa perspectiva dúplice: seja pela edição de leis contrárias à sua efetivação ou pela mera omissão do legislador (Lazcano, Cárdenas e Torres, 2017).

Sendo assim, é imperioso o reconhecimento da vinculação do legislador a concretização de direitos fundamentais de cunho social, contudo, há que se ter presente também a existência de uma margem de apreciação que contemple a tomada de decisões — de caráter fático ou normativo — que envolva alguns aspectos relativos à tal concretização. Contudo, ainda que presentes questões relacionadas com os custos acarretados ao Estado que são diretamente relacionados com os direitos fundamentais sociais,²³ é imperioso reconhecer que «nadie se limita bien a sí mismo si no se ha asentado una división de poderes, tampoco los tribunales» (García Roca, 2007: 125).

A intervenção judicial é, diante das premissas apresentadas, possível. Entretanto, quanto mais intensa for referida intervenção do Poder Judiciário no exercício do controle jurisdicional, no espaço de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, mais cuidadosa e justificada deve ser essa intervenção judicial (Queiroz, 2006: 40; Klatt, 2015: 234). Deve apresentar-se dentro de limites que mantenham e deferência na relação entre os Poderes, especialmente no que se refere a algumas decisões de políticas estruturais que se encontram no processo de efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Conclusão

O reconhecimento da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, inclui-se, aqui, os sociais, faz com que eles precisam ser levados a sério em sua concretização, na ordem de direitos negativos e/ou positivos. No Brasil, a vinculação dos três Poderes do Estado a esses postulados de ordem constitucional permite que sejam prontamente exigíveis e que haja uma fiscalização recíproca quanto a essa vinculação, garantindo ao particular o acesso aos direitos sociais, pela sua própria característica consolidada nos Tribunais de direito subjetivo.

Dessa maneira, a certificação da existência, tanto de uma justiciabilidade de caráter objetiva como subjetiva, garante distintas formas de concretização e efetivação dos direitos fundamentais sociais, o que, por um lado e por outro, assevera a crítica

23. Nesse sentido, ver as discussões acerca da vinculação dos direitos fundamentais sociais e da manutenção de um Estado de Bem-Estar Social aos tributos e a necessidade de reformulação de algumas estratégias de arrecadação, trazidas em Holmes e Sunstein (2000), «The cost of rights: Why liberty depends on taxes», e Piketty (2014), «O capital no século XXI».

à atuação do Poder Judiciário. A efetividade desses direitos deixa, assim, de guardar relação apenas de proteção aos direitos na ordem de caráter objetivo, de tarefa dos Poderes Legislativo e Executivo, e passa a ser passível de demanda subjetiva, o que é pacífico na ordem jurídica brasileira, mas nem tanto em outros países, como, por exemplo, na Alemanha.

Diante dessas características, respondendo ao problema de pesquisa proposto, é possível afirmar a existência de uma margem de apreciação do legislador no que toca à realização dos direitos fundamentais sociais, não sendo ela, todavia, ilimitada. A vinculação constitucional do legislador à concretização dos direitos fundamentais consagra-se como uma limitação do espaço decisório, estando a efetividade desses direitos acima de valorações políticas que possam esvaziar o seu conteúdo. Desse modo, não é totalmente discricionária a decisão de concretizar direitos fundamentais sociais ou mesmo a escolha dos meios de sua realização por parte do Poder Legislativo — devendo tais escolhas estarem amparadas pela Constituição e os princípios que a norteiam —, conferindo ao legislador uma margem de apreciação quanto a alguns elementos, desde que não violem, ao invés de protegerem, os direitos fundamentais.

Assim, é necessário estabelecer um ponto de equilíbrio entre as possibilidades de escolhas existentes nessa margem com a vinculação constitucional que atinge o legislador e a intervenção judicial, o que reforça as formas de proteção dos direitos fundamentais sociais quando omissos o Poder Legislativo. Há também a exigência de uma atitude de autocontenção judicial por parte do Poder Judiciário quando a via legislativa se apresentar como a melhor forma de garantia desses direitos, cabendo aos órgãos julgadores analisarem quem encontra-se em melhores condições de proteger, promover e efetivar os direitos fundamentais sociais.

Referências

- ALEXY, Robert (1994). *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp.
- . (2017). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores.
- BITENCOURT, Caroline Müller (2013). *Controle jurisdicional de políticas públicas*. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora.
- FERRAJOLI, Luigi (2008). «La esfera de lo indecible y la división de poderes». *Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 6: 337-343.
- FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner e Ingo Wolfgang Sarlet (2009). «Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988». Brasília: Supremo Tribunal Federal.
- GARCÍA ROCA, Javier (2007). «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e integración». *Teoría y Realidad Constitucional*, 20: 117-143.

- GARGARELLA, Roberto (2014). «El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos». Em Roberto Gargarella (coordinador), *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática* (pp. 87-115). Buenos Aires: Siglo Veintiuno.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos (2010). «La dimensión objetiva de los derechos sociales». Em Juan Carlos Gavara de Cara (coordinador), *Cuadernos de derecho Constitucional* (pp. 9-136). Barcelona: Librería Bosh.
- GRIMM, Dieter (1991). *Die Zukunft der Verfassung*. Frankfurt: Suhrkam.
- HÄBERLE, Peter (2021). *Direitos fundamentais no estado prestacional*. Tradução de Fabiana Okchstein Kelbert e Michael Dietmar Donath. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- HACHEM, Daniel Wunder (2014). «Derechos fundamentales económicos y sociales y la responsabilidad del Estado por omisión». *Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1: 285-328.
- HESSE, Konrad (1994). *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20.ª ed. Heidelberg: Müller Verlag.
- . (1996). «Significado de los derechos fundamentales». Em Ernesto Benda e outros, *Manual de derecho constitucional* (pp. 83-116). Madrid: Marcial Pons.
- HOLMES, Stephen e Cass R. Sunstein (2000). *The cost of rights: Why liberty depends on taxes*. Londres: W. W. Norton & Company.
- KIRSTE, Stephan (2013). *Introdução à filosofia do direito*. Tradução de Paula Nasser. Belo Horizonte: Fórum.
- . (2018). *Introdução à filosofia do direito*. Tradução de Paula Nasser. Belo Horizonte: D'Plácido.
- KLATT, Matthias (2015). «Direitos a prestações positivas: Quem deve decidir? Controle judicial ponderado». Em Robert Alexy, Narciso Báez, Rogério da Silva (organizadores), *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo* (pp. 215-66). Florianópolis: Qualis.
- LAZCANO, Alfonso Jaime Martinez, Jaime Cubides Cárdenas e María Camila Moreno Torres (2017). «Análisis comparativo de los mecanismos de protección de derechos humanos en la omisión legislativa dentro del ordenamiento jurídico de México y Colombia». *Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 15 (2): 229-272.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig (2007). *Jurisdição constitucional aberta. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- . (2014). «A dignidade humana como critério para o controle jurisdicional de políticas públicas: Análise crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal». Em Marli Marlene Moraes da Costa e Mônia Clarissa Hennig Leal (coordenadoras), *Direitos*

- sociais e políticas públicas: Desafios contemporâneos. Tomo 13* (pp. 196-226). Santa Cruz do Sul: Edunisc.
- . (2019). «Políticas públicas e o “fuzzysmo” da efetividade dos direitos fundamentais sociais: Análise crítica do Are 639.337/STF - acesso à educação». *Interlocuções jurídicas Luso-Brasileiras: Interlocuções sobre Direito*. Braga: AEDREL.
- . (2020). «Dever de proteção estatal», «proibição de proteção insuficiente e controle jurisdicional de políticas públicas». Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig, Rosana Helena Maas e Stephan Kirste (2021). *Direitos (fundamentais) sociais e sua justiciabilidade: Brasil, Alemanha e Áustria*. Curitiba: Íthala.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo (2006). *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- MÂNICA, Fernando Borges (2008). «Teoria da Reserva do Possível: Direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas». *Cadernos da Escola de Direito*, 8: 89-104.
- MENDES, Gilmar Ferreira (2012). *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: Estudos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva.
- MIRANDA, Jorge (1986). «Os direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 18: 107-138.
- MORAES, Maria Valentina de e Mônia Clarissa Hennig Leal (2000). *Teoría de los derechos fundamentales y los derechos humanos*. Montevideo: Ingranusi.
- . (2021). *Margem de apreciação nacional e diálogo institucional na perspectiva do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Tirant Lo Blanch.
- PEREZ LUÑO, Antônio-Enrique (2013). «Aproximación al análisis conceptual de los derechos sociales». Em Álvaro Sánchez Bravo e outros (coordenadores), *Derechos Sociales en tiempos de crisis* (pp. 15-34). Sevilla: Punto Rojo Libros.
- PIKETTY, Thomas (2014). *O capital no século XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca.
- QUEIROZ, Cristina (2006). *O princípio não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: Princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Lisboa: Coimbra.
- SADDY, André (2009). *Discricionariedade administrativa nas normas jurídicas em abstrato. Limites e técnicas de contenção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- SARLET, Ingo Wolfgang (2010). «Breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias de proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: A necessária e permanente busca da superação dos fundamentalismos hermenêuticos». Em Bernardo Gonçalves Fernandes (coordenador), *Interpretação Constitucional: Reflexões sobre (a nova) hermenêutica K*. (pp. 103-140). Salvador: Juspodivm.
- . (2015). *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

WATANABE, Kazuo (2011). «Controle jurisdicional das políticas públicas: “Mínimo Existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis». Em Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe (coordenadores), *O controle jurisdicional de políticas públicas* (pp. 213-224). Rio de Janeiro: Forense.

ZAGREBELZKY, Gustavo (2014). *La ley y su justicia*. Madrid: Trotta.


Financiamiento

Este artigo foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil - Código de Financiamento 001, e é resultante das atividades do projeto de pesquisa «A judicialização da saúde e sua incidência na proteção de grupos em situação de vulnerabilidade: Análise dos aspectos relacionados à vulnerabilidade na garantia do direito social à saúde nas decisões do STF e da Corte IDH», financiado pela FAPERGS (Auxílio recém-doutor - ARD - Edital 10/2020 - Termo de Outorga 21/2551-0000637-4), coordenado pela professora pós-doutora Rosana Helena Maas.

Sobre os autores

Maria Valentina de Moraes é doutoranda no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul, na linha Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas. Bolsista PROSUC/CAPES. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa PROSUC/CAPES e bolsa CAPES no Processo 88887.156773/2017-00, Edital PGCi 02/2015, Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil) e Universidad de Talca - Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Correio eletrônico: mariavalentina.23@hotmail.com.

 <https://orcid.org/0000-0002-8298-5645>.

Rosana Helena Maas é graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, com doutorado sanduíche pela Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald, Rechts - und Staatswissenschaftliche Fakultät, Alemanha e pós-doutorado pela Paris Lodron Universität Salzburg, Áustria. Autora de livros e artigos publicados no Brasil e no exterior. Correio eletrônico: rosanamaas@unisc.br.  <https://orcid.org/0000-0002-9930-309X>.

