

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS UMA ANÁLISE
COMPARATIVA DAS CONSTITUIÇÕES MEXICANA DE 1917 E DE WEIMAR DE
1919 COMO PRECURSORAS DO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL E SUA
SINDICABILIDADE**

THE CONSTITUTIONALISATION OF SOCIAL RIGHTS A COMPARATIVE ANALYSIS
OF THE CONSTITUTIONS OF MEXICAN 1917 AND OF WEIMAR 1919 AS A
PRECURSOR OF SOCIAL CONSTITUTIONALISM AND ITS SINDICABILIDADE

Fernanda Xavier Monteiro

Haroldo Celso de Assunção

RESUMO

O presente artigo inicialmente aponta uma análise de cada um dos textos constitucionais do México (1917) e de Weimar (1919). Em seguida, busca através de uma análise comparativa dos dois diplomas mencionados acima, demonstrar os direitos fundamentais sociais neles positivados, evidenciando o processo sócio-histórico de construção de tais monumentos constitucionais e de incorporação dos direitos fundamentais de segunda geração aos seus respectivos textos. Em um segundo momento, aborda o debate sobre a efetividade de referidos direitos, destacando que o tema ganha importância quando recentemente possibilitou-se o controle judicial e sua efetividade por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 45, rompendo-se com a prestação da “Cláusula da Reserva do Possível”.

PALAVRAS- CHAVE: Direitos sociais; Constituição Mexicana 1917; Constituição de Weimar 1919; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45

ABSTRACT

This article initially suggests an analysis of each of the constitutions of Mexico (1917) and Weimar (1919). Then search through a comparative analysis of two texts mentioned above, demonstrate the fundamental social positivized them, highlighting the socio-historical process of building such monuments constitutional and fundamental rights of incorporation of the second generation of their respective texts. In a second step, approaches the debate about the effectiveness of such rights, noting that the issue becomes important when recently allowed to judicial control and its effectiveness through the claim of breach of fundamental precept No. 45, breaking with the provision the "Reserve Clause of the Possible."

KEYWORDS: Social rights; Mexican constitution 1917; Weimar Constitution 1919; Complaint of breach of fundamental precept Nº 45

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS COMO RESPOSTA AOS EXCESSOS DO LIBERALISMO CLÁSSICO. 3 CONSTITUIÇÃO MEXICANA DE 31 DE JANEIRO DE 1917 COMO RESPOSTA À DESNECESSIDADE

DE PRESSUPOSTOS FÁTICOS EUROCÊNTRICOS. 3.1 Breve histórico. 3.2 Texto Constitucional Mexicano. 4 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE WEIMAR DE 1919 E A FALÊNCIA DE SEU CONTEXTO DE APLICAÇÃO. 4.1 Breve histórico. 4.2 Texto Constitucional Weimarista. 5 UMA ANÁLISE CRÍTICA E COMPARADA DOS TEXTOS CONSTITUCIONAIS MEXICANO E ALEMÃO NO ÂMBITO TEMPORAL E ESPACIAL. 6 A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS SOCIAIS E A ARGUIÇÃO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 45. 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

O Estado no absolutismo baseou-se na doutrina da monarquia divina, os teóricos do absolutismo explicavam a soberania do monarca como direito divino. Da luta entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca, nasceu a primeira noção de Estado de Direito, essa luta da liberdade contra o despotismo foi decidida pela Revolução Francesa. Esse movimento revolucionário, sob o lema da liberdade, igualdade e fraternidade, trouxe importantíssimas renovações institucionais e possibilitou o surgimento na Europa do primeiro Estado jurídico, guardião das liberdades individuais. O esquema de contenção do Estado pelo liberalismo inspirou a idéia dos direitos fundamentais e da divisão de poderes.

Porém, sob o manto da liberdade e separação de poderes, escondia-se que o Estado Liberal acabou se prestando a atender os interesses da classe social emergente, a burguesia. O proletariado acabou subjugado a condições desumanas, desde as piores condições de trabalho até as péssimas condições de moradia. Neste contexto, emergiram-se os movimentos socialistas do século XIX e início do século XX, e a velha ideologia liberal passou a ser questionada.

A ordem do dia passou a ser a crítica ao individualismo exacerbado, à exploração do capital sobre o trabalho e o destaque a luta de classes. O liberalismo não dava nenhuma solução às contradições sociais, mormente das pessoas à margem da vida, desapossadas de quase todos os bens. As mudanças no mercado de trabalho, o industrialismo incipiente, trouxeram novas demandas que passaram a não serem atendidas pelos modelos clássicos constitucionais.

A decadência do constitucionalismo clássico tornou-se mais evidente no fim da primeira guerra mundial e com o sucesso da Revolução Russa, período este, onde surgem os dois diplomas constitucionais tidos como precursores do constitucionalismo social, trazendo em suas disposições conteúdos eminentemente sociais, são eles, a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.

O presente trabalho visa fazer uma análise individual de cada diploma Constitucional, o Mexicano e o de Weimar, partindo para uma análise comparativa entre eles, no intuito de se compreender o início do constitucionalismo social, discutindo em um segundo momento os dilemas acerca da efetividade dos direitos sociais introduzidos pelas referidas constituições, tendo por base importante decisão proferida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS COMO RESPOSTA AOS EXCESSOS DO LIBERALISMO CLÁSSICO

O grande progresso tecnológico da Segunda Revolução Industrial concentrou o capital nas mãos de poucos, gerando assim, a exploração do homem pelo homem. Ainda neste sentido, Álvaro Ricardo de Souza Cruz dispõe:

Essa é a época da formação de grandes conglomerados econômicos e financeiros. Cartéis trustes, monopólios permitem uma produção em escala absolutamente fantástica. Contudo, de outro lado, “o exército industrial de reserva se acumula na periferia dos grandes centros urbanos, na expressão de MARX. Jornadas de trabalho variando de 16 a 18 horas por dia, velhos, crianças e mulheres em rodízio nos postos de trabalho, remunerações indignas levando milhões a faixa da miséria, repressão policial contra toda e qualquer organização de protestos, acidentes de trabalho encurtando a vida útil de milhares, nada de descanso semanal remunerado e muito menos férias. Um quadro digno de Dante ALIGUIERI criado por uma sociedade e por um Estado moldado pelo paradigma liberal.¹

Nesse raciocínio, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2001, p. 219) salienta que mesmo diante de grandes dificuldades, proliferam-se por todo o mundo os movimentos sociais. Socialistas científicos, utópicos, Igreja Católica, anarquistas, dentre outros, reagem diante de uma sociedade onde poucos se beneficiam do sacrifício advindo da geração setecentista.

Portanto, a idéia de um Estado não-intervencionista vai abrindo espaço para a concepção de uma aparato estatal que vislumbra uma nova realidade social.

No entendimento de Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

O império da lei cede espaço para um novo e renovado constitucionalismo. Agora, a esperança tem sua morada no texto constitucional. Exatamente por isso as aspirações sociais de uma sociedade mais justa positivam a 2ª geração de direitos fundamentais. Direitos sociais, coletivos e econômicos tornam-se objeto de interesse constitucional em inúmeros países, inclusive no Brasil, através da Carta de 1934. É o nascimento do Estado Providência, ou seja, o Estado Social, na visão de FORSTHOFF. A

¹ SAMPAIO, José Adércio; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 219.

constituição permanece entendida como mecanismo de organização do aparelho estatal. No entanto, autoriza a imposição de condicionamentos jurídicos a sociedade no sentido de atenuar os prejuízos e malefícios trazidos pelo liberalismo econômico.²

Relevante, sob tal aspecto, a observação de Floriano Corrêa Vaz da Silva, que, ao discorrer sobre o tema do advento do constitucionalismo social, aponta que:

"... seria uma esquematização simplista a afirmação de que as Constituições do século XIX foram todas puramente liberais e as Constituições do século XX marcadamente sociais. Em quaisquer Constituições, nas mais diversas épocas, podem ser encontrados e pesquisados dispositivos concernentes à ordem social e econômica, cláusulas que explícita ou implicitamente definem o regime econômico-social pretendido pelos constituintes. A própria ausência de cláusulas sociais numa Constituição traduz a opção por determinado sistema. E esta ausência, é claro, não impede uma lenta construção jurisprudencial, nem emendas constitucionais, nem legislação ordinária – que irão, pouco a pouco, delinear, dentro do sistema constitucional, uma série de direitos sociais e trabalhistas, que passam a integrar o arcabouço econômico-social do país. De qualquer modo, o fato é que as Constituições do século XIX foram, de um modo geral, Constituições liberais (...) pouco ou nada diziam explicitamente quanto aos direitos sociais, limitando-se, quase sempre, apenas à organização política. Apenas em algumas Constituições surgem normas que se relacionam com o chamado problema social...".³

Diante dessa contextualização observa-se que a previsão pontual, em sede constitucional, de dispositivos isolados e específicos, pertinente a um direito de índole social não é suficiente, por si só, para atribuir a tal Constituição a natureza de um texto Constitucional Social.

Importante salientar também que o advento do constitucionalismo social não se deu mediante substituição das liberdades negativas pelos direitos prestacionais, e sim, por um somatório dos direitos de liberdade com os direitos de natureza social.

Na realidade o que confere natureza social a determinado ordenamento constitucional é o reconhecimento manifestado pelo Estado, de maneira expressa, por meio de sua Constituição. Modo pelo qual, garante aos cidadãos o respeito às liberdades clássicas de que são titulares, um dos motivos pelos quais se tem entendido que a fase do Constitucionalismo Social tem seu início marcado pelas Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, diplomas estes, que passamos a analisar ao longo deste trabalho.

3 CONSTITUIÇÃO MEXICANA DE 31 DE JANEIRO DE 1917 COMO RESPOSTA À DESNECESSIDADE DE PRESSUPOSTOS FÁTICOS EUROCÊNTRICOS

² SAMPAIO, José Adércio; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 221.

³ VAZ DA SILVA, Floriano Corrêa. *Direito Constitucional do Trabalho*, São Paulo, LTR, 1977, p. 124.

A Constituição do México configura o reconhecimento e positivação, em sede constitucional, das reivindicações e dos princípios inspiradores da Revolução Mexicana, iniciada em 1910.

3.1 Breve histórico

A Revolução mexicana resultou da contestação ao governo tanto por parte dos líderes liberais, entre eles Francisco Madero, quanto dos líderes camponeses Emiliano Zapata, Pancho Villa e Pascal Orozco. A convergência de interesses recaía na busca pelo fim do autoritarismo. Travados muitos conflitos, Diaz foi deposto em 1911 e os liberais assumiram o poder. As demandas da parte rural e pobre, que lutara na Revolução, não foram completamente atendidas. A reforma agrária, os direitos trabalhistas, a nacionalização das empresas, entre outras, deram lugar aos anseios da nova burguesia, nos projetos governamentais.

Ocorreu a separação entre constitucionalistas e convencionistas. Os primeiros, liberais, primavam pela reforma da Constituição de 1857, enquanto os convencionistas pela modificação total, defendendo a adoção de uma nova Constituição. Zapata simpatizou com a última posição, razão pela qual Venustiano Carranza, Presidente do período, acabou tomando um caminho mais curto: mandou assassinar Zapata e promulgou a Constituição mexicana de 1917.

Desenhada sob o contexto de reivindicações da Revolução Mexicana, emergiu a primeira Constituição Social do Mundo, a mexicana de 1917, a prever com clareza e destaque alguns direitos sociais.

Neste contexto, complementa Fábio Konder Comparato:

O que importa, na verdade, é o fato que a Constituição Mexicana, em reação ao sistema capitalista, foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho, ou seja, a proibição de equipará-lo a uma mercadoria qualquer, sujeita a lei da oferta e da procura no mercado. Ela firmou o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho, criou a responsabilidade dos empregadores por acidente de trabalho e lançou, de modo geral, as bases para construção do moderno Estado Social de Direito.⁴

A positivação desses direitos representava a luta contra as condições subumanas dos camponeses e a ditadura ferrenha de Porfírio Diaz.

⁴ COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 181.

3.2 Texto Constitucional Mexicano

A Constituição Mexicana foi promulgada em 31/01/1917, e entrou em vigor em 01/05/1917, era composta por 136 artigos, além das disposições transitórias. Os 136 artigos foram sistematizados em IX Títulos, que se dividiam em capítulos e seções. O Título I, era formado por IV Capítulos, Das Garantias Individuais (Cap. I), Dos Mexicanos (Cap. II), Dos Estrangeiros (Cap. III) e Dos Cidadãos Mexicanos (Cap. IV). O Título II compunha-se de dois Capítulos: Da Soberania Nacional e da Forma de Governo (Cap. I) e Das Partes Integrantes da Federação e do Território Nacional (Cap. II). O Título III dispunha de quatro Capítulos: Da Divisão dos Poderes (Cap. I), Do Poder Legislativo (Cap. II) – este último capítulo dividia-se em IV Seções: Da eleição e da instalação do Congresso; Da iniciativa e da formação das leis; Da competência do Congresso e Da Comissão Permanente –, Do Poder Executivo (Cap. III) e Do Poder Judicial (Cap. IV). O Título IV cuidava Das Responsabilidades dos Funcionários Públicos, o Título V, Dos Estados e da Federação, o Título VI Do Trabalho e da Previdência Social (tratado em um único artigo, o famoso artigo 123). O Título VII tratava Das Disposições Gerais, O Título VIII, das Reformas da Constituição e, por último, o Título IX Da Inviolabilidade da Constituição.

Além de trazer os direitos de liberdade a Constituição Mexicana de 1917, inaugurou na seara constitucional os direitos de segunda dimensão, os direitos sociais, apresentados de forma dispersa ao longo do texto constitucional.

Consoante Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro:

Sob tal aspecto, deve-se destacar as seguintes previsões: proteção à família (art. 4º), direito à saúde, de incumbência da Federação e das entidades federativas (art. 4º, § 2º), direito à moradia digna, a ser concretizado por meio de apoio Estatal (art. 4º, § 3º), proteção pública dos menores (art. 4º, § 4º), direito ao trabalho e ao produto que dele resulta (art. 5º), proibição de contratos que importem na perda de liberdade do indivíduo (art. 5º, § 4º) e a vedação à constituição de monopólios (art. 28 – direito este de natureza eminentemente econômica). Além de tais direitos de segunda dimensão, a Constituição Mexicana previu, em linhas gerais, em seu artigo 27 (pertinente à questão agrária no México e tido como um dos pilares da consagração, no texto constitucional, das idéias fulcrais da Revolução), a propriedade da nação relativamente às terras e águas (que podiam, ou não, ser transmitidas a particulares, mediante propriedade privada), a possibilidade de desapropriação de terras por utilidade pública, mediante indenização, a proteção da pequena propriedade (art. 27, XV) e a função social da propriedade.⁵

⁵ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social, à luz da Constituição mexicana de 1917.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1192, 6 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9014>>. Acesso em: 19 nov. 2011.

Ainda de acordo com o entendimento de Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro, citada acima, é interessante notar que o rol de direitos conferidos ao trabalhador no artigo 123 da Constituição Mexicana de 1917, de notável abrangência e extensão, não atende a melhor técnica constitucional, pois estabelece em sede constitucional, direitos que poderiam ser tratados infraconstitucionalmente.

São eles:

Ao lado da questão agrária, tratada no art. 27 da Constituição, o artigo 123 (que compunha o Título VI: *Del Trabajo e de Prevision Social*) consubstanciava o outro pilar sustentador da consagração das aspirações revolucionárias em sede constitucional. Destaca-se, neste dispositivo – tido por alguns doutrinadores como inaugurador do Direito Constitucional do Trabalho – as seguintes prescrições: direito ao emprego e correlata obrigação do Estado de promover a criação de postos de trabalho (art. 123, "caput"); jornada de trabalho máxima de 8 (oito) horas (I); jornada noturna de 6 (seis) horas (II); proibição do trabalho aos menores de 14 e jornada máxima de 6 (seis) horas aos maiores de 14 e menores de 16 (III); um dia de descanso para cada 6 dias trabalhados (IV); direitos das gestantes (V); salário mínimo digno (VI), a ser estabelecido com uma comissão nacional formada por representantes dos trabalhadores, patrões e do governo; direito a salários iguais aos que exercem iguais funções, sem discriminação de gênero ou nacionalidade (VII); participação dos trabalhadores nos lucros das empresas (IX); horas extras limitadas a três diárias, realizadas no máximo três dias consecutivos, e acrescidas de 100% (XI); criação de um fundo nacional de habitação, a ser administrado pelo Governo Federal, pelos trabalhadores e pelos patrões (XII, § 1º); direito à capacitação ao trabalho (XIII); responsabilidade do empregador por acidente de trabalho (XIV); direito à formação de sindicatos (XVI); direito de greve, reconhecido inclusive em favor dos patrões e em favor dos funcionários públicos (art. XVII); criação das juntas de conciliação, formada por igual número de representantes dos trabalhadores e dos patrões e por um representante do governo (XX); direito à indenização em caso de demissão sem justa causa (XXII) e reconhecimento da utilidade pública da Lei de Seguro Social, que compreenderá "seguros por invalidez, por velhice, seguros de vida, de interrupção involuntária do trabalho, de enfermidades e acidentes de trabalho e qualquer outro seguro destinado à proteção e ao bem-estar dos trabalhadores, dos camponeses, dos não-assalariados e de outros setores sociais e respectivos familiares" (XXIX – traduzi).⁶

Diante desse contexto, observa-se que, apesar da grande abrangência e notoriedade do artigo 123 que confere direitos ao trabalhador, é o artigo 27, concernente as questões agrárias mexicanas, que retrata as legítimas reivindicações da Revolução Mexicana, atendendo assim, de maneira mais direta e imediata a vida dos mexicanos. O movimento contrário ao ditador Porfírio Díaz que deu início a Revolução Mexicana, era composto eminentemente por camponeses, uma vez que a industrialização no México era incipiente, sendo assim, não contava com numerosa classe operária.

⁶ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social, à luz da Constituição mexicana de 1917.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1192, 6 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9014>>. Acesso em: 19 nov. 2011.

Após uma breve análise dos direitos sociais inaugurados pela constituição Mexicana de 1917, passamos a análise da Constituição de Weimar, também no intuito de prosseguir o estudo dos direitos sociais elencados neste diploma constitucional, para que então possamos fazer uma comparação entre ambos os textos, ressaltando as inovações trazidas em sede do constitucionalismo social.

4 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE WEIMAR DE 1919 E A FALÊNCIA DE SEU CONTEXTO DE APLICAÇÃO

Embora cronologicamente posterior à Constituição Mexicana de 1917, a Constituição Alemã de 1919, conhecida como Constituição de Weimar – nome da cidade escolhida para funcionamento da Assembléia Constituinte – é apontada como marco na história do constitucionalismo mundial, mormente no que tange ao tratamento dispensado aos direitos sociais.

4.1 Breve histórico

A edição da Constituição Alemã de 1919 decorre do contexto social e político verificado na Europa, de forma genérica e especificamente no seio do Estado alemão, merecendo o exame em separado destas duas realidades, para demonstrar o relevo e influência da realidade sócio-histórica na gênese da carta weimarista.

No contexto global, o avanço das idéias socialistas – que praticamente se restringiram às formulações teóricas no século XIX – era real, materializando-se, sobretudo, no êxito da revolução russa e na criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Ficava evidenciado que o socialismo ameaçava o modelo liberal vigente, sendo indispensável o reconhecimento de direitos de ordem social à população, a qual já se mobilizava para exigí-los.

Carlos Miguel Herrera esclarece que a idéia de um Estado social reaparece frente ao modelo instaurado pela Revolução Bolchevique de 1917, na tentativa de superá-lo, afastando a ameaça que representava aos detentores do poder, face o apelo sedutor junto às massas. A este respeito, destaca:

O contexto da constitucionalização social na Europa estará marcado também pela radicalização dos setores sociais dominados em um estado de exceção dado pela Grande Guerra, primeiro, e pela revolução, depois. Nesse marco, a radicalização crê

encontrar, ainda, uma forma institucional nova e concreta, os Conselhos, atualizados pela evolução Bolchevique de outubro de 1917, Nesse sentido, a “Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado”, de janeiro de 1918, mais tarde incorporada à primeira constituição soviética (julho), contém em seus quatro capítulos não tanto um catálogo de direitos, mas a explicitação de princípios de organização política e econômica: direitos sociais e organização social fundem-se ao extremo. A Declaração atribui aos soviets “como tarefa essencial, a abolição de toda exploração do homem pelo homem, a eliminação total da divisão da sociedade em classes, o esmagamento implacável da resistência dos exploradores, a organização socialista da sociedade e a vitória do socialismo em todos os países”, ligando esta proclamação a uma série de medidas concretas, como a abolição da propriedade privada da terra, a nacionalização das riquezas naturais, das fábricas e dos bancos, o controle operário sobre todos os meios de produção, o trabalho obrigatório, o armamento dos trabalhadores, a exclusão da burguesia dos órgãos de poder. Um programa que gerou, como sabemos, uma grande atração para as massas européias.⁷

No ambiente interno, uma série de situações particulares do Estado Alemão, afloradas ou agravadas pela derrota na Grande Guerra, somavam-se aos ideais socialistas em voga para impulsionar a elaboração de uma constituição de viés social.

Como Destaca Fábio Konder Comparato⁸, a Constituição de Weimar foi votada no “rescaldo da derrota” alemã na Primeira Grande Guerra, sendo certo que tal circunstância repercutiu fortemente na sua elaboração e respectivo conteúdo.

A assinatura do armistício em 1918 e fim da Grande Guerra não trouxeram estabilidade ao Estado Alemão, o qual mergulhou em verdadeira guerra civil, com rebeliões de marinheiros e a constituição de diversos “Conselhos de soldados e operários”⁹ nos moldes soviéticos.

Além disso, a pressão pela abdicação do Imperador Guilherme II era imensa e mesmo após uma reforma constitucional em 1918, com a nomeação do príncipe Max de Baden como chefe de governo não foi suficiente para conter a instabilidade interna, tanto que chegou a ser proclamada, em novembro de 1918, a República, na Baviera.

Importante destacar que nesse momento atuavam diversas forças políticas, com propostas diversas e divergentes, merecendo destaque o partido socialista majoritário alemão (MSPD), que propugnava por uma democracia parlamentar, a ser estabelecida por meio de uma nova constituição e o partido social democrático independente (USPD), que sustentava a implantação da ditadura do proletariado, com completa socialização da economia, sem a adoção de uma nova constituição formal.

⁷ HERREIRA, Carlos Miguel. Estado, constituição e direitos sociais. In SOUSA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 15.

⁸ Ob. cit. p. 189.

⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Ob. cit. p. 190.

Como fruto dos embates, acabou sendo votada e aprovada a convocação de uma assembleia constituinte, a qual foi eleita em 06 de fevereiro de 1919 e em razão do enfraquecimento dos socialistas – devido em parte à morte de líderes importantes como Karl Liebknecht e Rosa Luxemburgo – os partidos socialistas não alcançaram a maioria absoluta, fazendo-se presente na elaboração da Constituição de Weimar correntes políticas diversas, fenômeno que influenciou fortemente em seu conteúdo.

4.2 Texto Constitucional Weimarista

Como é possível concluir a partir do contexto sócio-histórico da elaboração da Constituição Alemã de 1919, esta retratou, de um lado, a preocupação em superar o modelo soviético e de outro a verdadeira intenção de grupos socialistas representados na assembleia nacional constituinte, sem perder de vista, em parte, as tradições germânicas, como destaca Carlos Miguel Herrera:

Frente a este “modelo soviético” (a superar), reaparece na reflexão do direito público a idéia de um “Estado social”, que será desenvolvida na Assembleia de Weimar por Friedrich Naumann, seu defensor mais lúcido naquele momento. Em Naumann, o Estado social conserva as raízes desta política de integração que remontava, na Alemanha, à política das elites prussianas do século XIX, mas, sobretudo, prolonga-se, ante o novo contexto, com um reconhecimento dos “direitos dos homens associados” (*der Verbandmensch*). O Estado social aparece como uma espécie de nova síntese orgânica do objetivo de integração, equidistante do individualismo ocidental e do coletivismo russo.¹⁰

De sua parte, Comparato indica que a tentativa de conciliação entre idéias tão distintas resultou em uma estrutura contraditória e por vezes ambígua:

O projeto de Constituição foi redigido por Hugo Preuss, discípulo do historiador do direito e teórico do antigo comunitarismo germânico, Otto v. Gierke. Desde a sua concepção, portanto, a Constituição de Weimar se estruturava contraditoriamente, procurando conciliar idéias pré-medievais com exigências socialistas ou liberais-capitalistas da civilização industrial.¹¹

De forma semelhante, Paulo Bonavides também aponta críticas ao texto weimarista, ficando evidente, mais uma vez, como os componentes sócio-históricos influíram drasticamente na composição da constituição em exame:

¹⁰ Ob. cit. p. 15-16.

¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. Ob. cit. p. 192.

O auge da crise vem documentado pela Constituição de Weimar. As declarações de direitos, as normas constitucionais ou normas-princípios, não importa o teor organizativo ou restritivo que possam ter, se voltam basicamente para a Sociedade e não para o indivíduo; em outros termos, buscam desesperadamente reconciliar o Estado com a Sociedade, intento cuja consequência imediata estampa o sacrifício das teses individualistas. Logrou-se esse sacrifício numa batalha doutrinária travada por duas teses constitucionais: uma, a do Estado liberal, em decadência; outra, a do Estado social, em ascensão.

As contradições dialéticas, o furor e antagonismo das posições ideológicas presidem, por conseguinte, à elaboração das novas Declarações, fazem-lhe polémico o conteúdo, embargam dificultam ou retardam sua “normatização”. Tornam-se elas assim obscuras, equívocas, contraditórias. A incongruência, a heterogeneidade, a hibridez são traços que nessa fase as caracterizam. Expressam, de princípio, um estado de indefinição, transitoriedade e compromisso. O consenso em consentir na divergência talvez seja a única virtude dessas Declarações, mas não será nunca alicerce para um começo de construção.¹²

Não obstante as críticas ao texto weimarista, suas virtudes também são marcantes, como de fato é a própria constituição apontada como marco histórico da constitucionalização social, merecendo um exame dos seus principais pontos.

O texto da Constituição de Weimar de estrutura em 165 artigos divididos em dois livros, sendo o Livro I dedicado à "Estrutura e Fins da República", o qual se subdivide em sete capítulos, a saber: Capítulo I, A República e os estados; Capítulo II, O Parlamento; Capítulo III, O Presidente da República e o Governo Federal; Capítulo IV, O Conselho da República; Capítulo V, A Legislação da República; Capítulo VI, A Administração de República e Capítulo VII, A Administração da Justiça.

Já o Livro II cuida dos “Direitos e Deveres Fundamentais do Cidadão Alemão”, estando repartida em cinco capítulos, assim dispostos: Capítulo I, A pessoa individual; Capítulo II, A vida social; Capítulo III, Religião e agrupamentos religiosos; Capítulo IV, Educação e escola e Capítulo V, A vida econômica.

A respeito desta estrutura, esclarece Comparato:

A estrutura da Constituição de Weimar é claramente dualista: a primeira parte tem por objeto a organização do estado, enquanto a segunda parte apresenta a declaração dos direitos e deveres fundamentais, acrescentando às clássicas liberdades individuais os novos direitos de conteúdo social.¹³

O Livro II contém, entre os artigos 109 e 165 um rol sistematizado de direitos voltados tanto a garantir as liberdades públicas, mas também as prerrogativas de índole social,

¹² BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 205-206.

¹³ COMPARATO, Fábio Konder. Ob. cit. p. 193

inovação esta que imprimiu o principal caráter pioneiro e relevante da Constituição de Weimar, como constata Fábio Konder Comparato:

Essa estrutura dualista não teria minimamente chocado os juristas de formação conservadora, caso a segunda parte da Constituição de Weimar se tivesse limitado à clássica declaração de direitos e garantias individuais. Estes, com efeito, são instrumentos de defesa contra o Estado, delimitações do campo bem demarcado da liberdade individual, que os Poderes Públicos não estavam autorizados a invadir. Os direitos sociais, ao contrário, têm por objeto não uma abstenção, mas uma atividade positiva do Estado, pois o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à previdência social e outros do mesmo gênero só se realizam por meio de políticas públicas, isto é, programas de ação governamental. Aqui, são grupos sociais inteiros, e não apenas indivíduos, que passam a exigir dos Poderes Públicos uma orientação determinada na política de investimentos e de distribuição de bens; o que implica uma intervenção estatal no livre jogo do mercado e uma redistribuição de renda pela via tributária.¹⁴

Assim, é possível reconhecer na Constituição de Weimar um extenso rol de direitos fundamentais de primeira geração, alguns já “tradicionais” em outras declarações de direito de índole liberal, dentre os quais merecem destaque o direito à igualdade (art. 109), a igualdade cívica entre homens e mulheres (art. 109, § 1º), a liberdade de circulação no território e para fora dele (arts. 111 e 112), o direito das minorias de língua estrangeira (art.113), a inviolabilidade de domicílio (art. 115), a irretroatividade da lei penal (art. 116), o sigilo de correspondência e de dados telegráficos ou telefônicos (art. 117), a liberdade de manifestação do pensamento (art. 118), a vedação à censura, exceto para proteger a juventude e para combater a pornografia e a obscenidade (art. 118, § 1º), a proteção ao matrimônio e à família (art. 119), a igualdade jurídica entre os cônjuges (art. 119), a igualdade entre filhos havidos na constância ou fora do matrimônio (art. 121), a liberdade de reunião (art. 123) e de de associação (art. 124), o direito ao voto secreto (art. 125), a liberdade de consciência e crença religiosa (art. 135) e a liberdade de sindicalização (art. 159).

E, de outra parte, foi estabelecida também uma série de direitos de segunda dimensão – os quais conferem o caráter social à Constituição de Weimar – merecendo menção a proteção e assistência à maternidade (arts. 119, § 2º e 161), o direito à educação da prole (art. 120), a proteção moral, espiritual e corporal à juventude (art. 122), o direito à pensão para família em caso de falecimento e direito à aposentadoria, em tema de servidor público (art. 129), o direito ao ensino de arte e ciência (art. 142), o ensino obrigatório, público e gratuito (art. 145), a função social da propriedade; desapropriação de terras, mediante indenização, para satisfação do bem comum (art. 153, § 1º), o direito a uma habitação sadia (art. 155), o

¹⁴ Ob. cit. p. 193-194

direito ao trabalho (arts. 157 e art.162), a proteção à maternidade, à velhice, às debilidades e aos acasos da vida, mediante sistema de seguros, com a direta colaboração dos segurados (Art. 161), o direito da classe operária a "um mínimo geral de direitos sociais" (art. 162) e o direito à participação, mediante Conselhos – Conselhos Operários e Conselhos Econômicos –, no ajuste das condições de trabalho e do salário e no total desenvolvimento econômico das forças produtivas, inclusive mediante apresentação de projeto de lei (art. 165).

Assim, merece destaque no texto weimarista, sobretudo, a referência expressa aos direitos sociais, em grande parte sem par nas constituições até então promulgadas, razão pela qual, ao lado da Constituição Mexicana de 1917, a Constituição Alemã de 1919 é apontada como marco inaugural do constitucionalismo social.

5 UMA ANÁLISE CRÍTICA E COMPARADA DOS TEXTOS CONSTITUCIONAIS MEXICANO E ALEMÃO NO ÂMBITO TEMPORAL E ESPACIAL

Conforme já sinalizado alhures, os textos das constituições mexicana de 1917 e alemã de 1919 contêm imperfeições diversas, notadamente se examinadas praticamente um século após a edição delas, após um longo e rico caminhar do constitucionalismo. Fácil, pois, apontar hoje as imperfeições no que toca à estrutura destas constituições, aos defeitos de redação, à ausência de normatividade de seus artigos.

Mais correto, porém, é extrair das constituições em exame, a partir da comparação, as principais virtudes e avanços trazidos, mais marcantes ainda levando-se também em consideração o quase século percorrido desde o surgimento delas.

Em primeiro lugar, então, cabe apontar as semelhanças entre as duas constituições, sendo o primeiro ponto a merecer destaque a proximidade entre o sistema de direitos de ambas, conjugando os clássicos direitos de liberdade com o acolhimento às demandas das classes trabalhadoras, como destaca José Adércio Leite Sampaio:

O exame do texto mexicano e weimarista mostra uma visão aproximada sobre o sistema de direitos, tanto ao reafirmarem os direitos clássicos de liberdade quanto ao mostrarem sensibilidade com a igualdade substantiva pela ênfase que destacam às demandas das classes trabalhadoras, à funcionalização da propriedade e ao caráter prestacional do Estado, sobretudo em matéria de educação.¹⁵

De fato, a partir da indicação feita acima dos principais direitos assegurados nas duas constituições, é possível verificar a coincidência de previsões acerca dos direitos de liberdade

¹⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. Direitos fundamentais. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 203.

e sociais, sobretudo dos primeiros, conforme apurado cotejo realizado por José Adércio Leite Sampaio:

Direitos clássicos – liberdade de trabalho e profissão (Alemanha – art. 151.3; México – art. 5), de expressão do pensamento (Alemanha – art. 118; México – art. 6), de imprensa (Alemanha – art. 118; México – art. 7), religiosa (Alemanha – art. 135; México – art. 24), ambulatória (Alemanha – art. 111; México – art. 11), direito de petição (Alemanha – art. 126; México – art. 8), igualdade (Alemanha – art. 109; México – art. 12); (...) a inviolabilidade da casa (Alemanha – art. 115; México – art. 16), (...); garantias de legalidade penal (Alemanha – art. 116; México – art. 14.3), de irretroatividade da lei (Alemanha – art. 116; México – art. 14.1); (...)¹⁶

Sob o aspecto das liberdades individuais, embora tenham mais pontos que as aproximam do que distanciam, é de merecer registro a ausência de previsão, na Constituição de Weimar, de disposições atinentes às garantias processuais, tais como devido processo legal, contraditório, persecução pública e privilégio contra a auto-incriminação, todas estas devidamente previstas na carta mexicana (respectivamente nos artigos 14.2; 20.5, 7 e 10; 21 e 20.2).

Além disso, cabe apontar com destaque o tratamento destinado ao direito de propriedade nas duas constituições, o qual é assegurado contra qualquer espécie de confisco, mas não mantém seu caráter sagrado previsto nas cartas liberais, uma vez que tanto o texto mexicano quanto o alemão passam a conceber a propriedade de forma funcionalizada, de maneira que deve se constituir em instrumento de desenvolvimento econômico e social. No particular, tornou-se célebre o texto weimarista ao estabelecer, para a perplexidade de muitos, que a propriedade obriga.

Aliás, este tratamento dispensado ao direito de propriedade já revela exatamente o viés social das constituições em exame, demonstrando que a propriedade, antes considerada apenas sob o enfoque privatista e na condição de direito individual, passa a merecer também a influência do social e econômico.

Nessa seara, inclusive, embora patente a preocupação das duas constituições com os temas, é evidente a existência de focos distintos, o que se explica muito pelo contexto sócio-histórico particular de cada um dos países. Neste sentido, Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro esclarece:

Já no que se refere aos direitos de segunda dimensão, pode-se perceber uma nítida diferenciação entre os dois textos, no que se refere aos temas sociais prioritários, eleitos pelos diplomas Constitucionais para os fins de outorgar-se especial proteção.

¹⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 203.

Com efeito, pode-se observar que a Constituição Mexicana – apesar de ter reconhecido outros direitos, como o direito à educação (art. 3º), à saúde (art. 4º, § 2º) e o direito à moradia (art. 4º, § 3º) – concentrou-se, de maneira sensível – e até mesmo em razão de sua origem –, na solução das questões agrárias (art. 27) e dos direitos trabalhistas (art. 123).

Os direitos sociais fulcrais no ordenamento jurídico mexicano são o reconhecimento da função social da propriedade e da possibilidade de esta ser distribuída através de desapropriação, de um lado, e a outorga de especial proteção ao trabalhador, inclusive mediante a instalação de um regime de previdência social, de outro.

Na realidade, uma análise dos textos constantes dos arts. 27 e 123 revelam que todos os demais direitos ali elencados decorrem, materialmente, do direito de proteção ao trabalho, de um lado, e da função social da propriedade, de outro.¹⁷

De fato, é inovador no texto mexicano o detalhamento de direitos assegurados aos trabalhadores – de forma diversa do que aconteceu em Weimar, que se restringiu a pontuar que o contrato de trabalho não deve atentar contra as liberdades, além de assegurar a liberdade de associação sindical e direitos previdenciários e securitários. Na verdade, a opção da constituição de Weimar se explica pela decorrência lógica dos direitos trabalhistas em espécie das garantias mestras estabelecidas no texto, além do que, como já ocorria em outros países europeus, direitos trabalhistas estavam sendo assegurados por legislação infra-constitucional.

Não obstante, é de merecer destaque o rol de direitos trabalhistas constantes da Constituição do México de 1917 – o qual contempla, dentre outros, o direito à jornada de trabalho de oito horas (art. 1º), salário mínimo (art. 6º), participação nos lucros (art. 9º), direito de greve (arts. 17 e 18), sendo que tal modelo fez escola inclusive no Brasil, consoante se verifica do notório artigo 7º da Constituição Federal de 1988.

Noutro giro, é possível apontar outras diferenças entre os textos constitucionais em comparação. Inicialmente, quanto a estrutura, como sinaliza Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro¹⁸, a Constituição de Weimar tem como marca a organização e sistematização de seus preceitos (ao contrário do que se verifica na Constituição Mexicana), o que não impede que as diversas espécies de direitos fundamentais encontrem-se dispersas no corpo do texto constitucional, carecendo, para identificá-las, proceder a um exame de cada um dos 165 artigos da referida Carta Política.

Também na perspectiva dos direitos sociais, é digna de nota a preocupação externada tanto pelos constituintes mexicanos quanto pelos alemães com o direito à educação, conforme sintetiza com a costumeira clareza José Adércio Leite Sampaio:

¹⁷ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social, à luz da Constituição mexicana de 1917.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1192, 6 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9014>>. Acesso em: 19 nov. 2011.

¹⁸ Ob. cit.

Direito à educação – de acordo com o artigo 3º da Constituição mexicana, a educação, prestada pelo Estado, deveria “desenvolver harmonicamente todas as faculdades do ser humano e fomentar o amor à pátria e à consciência de solidariedade internacional, na independência e na justiça”. Teria ainda por base os resultados do progresso científico, a luta contra a ignorância e seus efeitos, as servidões, os fanatismos e os preconceitos, havendo de ser democrática, considerando a democracia não apenas como uma estrutura jurídica e um regime político, mas como um sistema de vida fundado no constante aperfeiçoamento econômico, social e cultural do povo” (art. 3.1.1). Para os alemães, a educação dos filhos era “dever supremo e direito natural dos pais, velando por seu cumprimento a comunidade política” (art. 120). A finalidade era a da formação moral e cívica, bem como o aperfeiçoamento pessoal e profissional, de acordo com o “espírito de sentimento patriótico de reconciliação entre os povos” (art. 148). A educação pública era gratuita e obrigatório o ensino primário ou básico. A prestação do serviço pela iniciativa privada estaria sujeita à autorização e controle pelo poder público (Alemanha – arts. 144, 145, 146, 147; México – art. 3º, 1, 2, 3 a 7).¹⁹

Ainda no plano dos direitos sociais, identifica-se com clareza no texto weimarista – e não no mexicano – disposições referentes aos chamados direitos assistenciais, destacando Sampaio²⁰ que era dedicada “especial atenção à família, prescrevendo a assistência compensatória às de prole numerosa (art. 119), tratamento igualitário entre filhos legítimos e ilegítimos (art. 121), proteção contra exploração, abandono moral, espiritual ou corporal dos jovens (art.122)”, disposições sem par à época e que ainda demoraram muito tempo a ser incorporadas no ordenamento jurídico de muitos países ocidentais.

Diante das disposições de ambas as constituições, relevando-se pontuais diferenças na estrutura e no conteúdo, é certo que representaram verdadeira revolução, ao elevarem, de forma pioneira, os direitos sociais à categoria de normas constitucionais. Quanto à importância das duas constituições, Daniel Sarmento destaca:

Surge então, na virada para o século XX, o Estado do Bem-Estar Social, e com ele a consagração constitucional de uma nova constelação de direitos, que demandam prestações estatais destinadas à garantia de condições mínimas de vida para a população (direito à saúde, à previdência, à educação etc.). Estes novos direitos penetram nas constituições a partir da Carta mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919.²¹

É certo, porém, que o papel da Constituição de Weimar sem dúvida é mais destacado, sobretudo pela doutrina européia, sendo ela lembrada como grande marco do constitucionalismo social, embora editada depois da constituição mexicana. A respeito, vale recorrer novamente a Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro, que explicita alguns dos motivos para a valorização do texto weimarista em detrimento do mexicano:

¹⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 205-206.

²⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 206.

²¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 33.

Utilizando-se de expressão constante do texto de Loewenstein, pode-se afirmar que a Constituição Mexicana, apesar de cronologicamente pioneira, culminou por não assumir a condição de "equipamento-padrão", inspirador e conformador dos textos constitucionais posteriores.

A questão dos direitos trabalhistas, de grande relevância na época, não era nova nos países Europeus (não obstante tais prescrições não contivessem, tão detalhadamente, de textos constitucionais). Também o tratamento dado à questão agrária mexicana, por peculiar, não poderia ser estendido, de maneira irrestrita, às futuras Constituições.

Adicione-se a isso, ainda, a existência, à época, de poucos doutrinadores mexicanos que, ao analisarem a Constituição de 1917, difundissem, por suas obras, as conquistas sociais alcançadas em continente americano. Como resultado, tem-se a pouca repercussão, fora daquele país, do texto constitucional mexicano.

Ao contrário disso tudo, a Constituição de Weimar, que nascia dois anos após, previa, ao lado dos direitos dos trabalhadores e do estabelecimento da função social da propriedade, um rol sistematizado de outros direitos, do qual se destacam, por exemplo, o avançado sistema de educação pública, obrigatória e gratuita, que previa, inclusive, a gratuidade do material escolar e a subvenção de famílias carentes para que seus filhos possam ir à escola (arts. 145 e 146). O sistema de previdência social, por sua vez, foi estabelecido de maneira mais organizada e explícita, com previsão de participação do segurado (art. 161), sendo, ainda, dividido em regime de previdência do setor público – para funcionários públicos (art. 129) – e regime geral de previdência (art. 161). Estabeleceu-se, também, como meio de incentivo à pesquisa, o direito à proteção autoral do inventor e do artista (art. 158).

O Capítulo V da Constituição de Weimar, por sua vez, ao tratar sobre "A vida econômica", estabeleceu, ao lado de prescrições como a pertinente à função social da propriedade (art. 153) e à criação de um regime previdenciário (art. 161), um sistema de participação de empregados ("de todos os grupos profissionais importantes") na condução das políticas de "desenvolvimento econômico das forças produtivas". (art. 165).²²

E, mesmo aqueles que como Bonavides apresentam críticas às normas contidas na Constituição de Weimar, não deixam de reverenciá-la por sua importância como representante máxima de um novo paradigma:

Um deles, abalizado constitucionalista, diz que ela [*constituição belga de 1832*] representou para o século passado aquilo que a Constituição de Weimar representou para o século XX. A comparação é de todo o ponto justa se quisermos assinalar tão-somente a importância que tiveram, como espelho para as Constituições subseqüentes, consubstanciando um período inteiro de evolução constitucional.

Mas ao nosso ver o cotejo teria sido mais feliz se houvesse tomado por termo de analogia as Constituições revolucionárias do século XVIII, e não a Constituição belga, porquanto os dois modelos – o oitocentista e o weimariano – guardam este traço comum: ambos enunciam de maneira programática os princípios fundamentais de uma nova ordem constitucional; o do século XVIII, o Estado liberal, vitorioso pelos caminhos da Revolução; o de Weimar, o Estado social, em gestação, que aspirava também ao triunfo, mas pelas vias do compromisso.²³

²² PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social, à luz da Constituição mexicana de 1917.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1192, 6 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9014>>. Acesso em: 19 nov. 2011.

²³ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 204-205

No mesmo sentido, Comparato também destaca relevância da Constituição Alemã de 1919, sem perder de vista o importante passo inicial que também representou a Constituição mexicana de 1917, as quais serviram de inspiração para a democracia social, a qual representou a melhor defesa da dignidade humana:

Apesar das fraquezas e ambigüidades assinaladas, e malgrado a sua breve vigência, a Constituição de Weimar exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o Ocidente. O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-facista e a Segunda Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos – que o sistema comunista negava – com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo. De certa forma, os dois grandes Pactos internacionais de direitos humanos, votados pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1966, foram o desfecho do processo de institucionalização da democracia social, iniciado por aquelas duas Constituições do início do século.²⁴

Finalmente, mesmo sendo certo que o grande destaque das constituições ora comparadas reside na abordagem da temática dos direitos sociais, não se pode deixar de mencionar, que é possível vislumbrar no texto delas a presença de direitos fundamentais ditos de terceira geração, mormente na Constituição de Weimar, a qual contempla, em seu artigo 150, a proteção de monumentos de arte, históricos e naturais, bem como a paisagem, evidenciando, assim, a proteção ao meio ambiente, em diversas formas.

6 A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS SOCIAIS E A ARGUIÇÃO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 45

Como visto alhures, os direitos sociais surgem nas constituições evidenciando a superação do individualismo liberal e como fruto das transformações econômicas e sociais do final do século XIX e início do século XX, notadamente a mobilização das classes trabalhadoras. Não obstante a inserção de tais direitos nos textos constitucionais mexicano e weimarista na qualidade de direitos fundamentais e a nítida influência de referidas cartas no constitucionalismo ocidental do século passado, não é pacífica a admissão dos direitos sociais como humanos ou fundamentais, havendo sistemática crítica a esta condição, conforme apurada síntese de José Adércio Leite Sampaio:

Em síntese, elas nos dizem que direitos submetidos a condicionamentos fáticos, especialmente de natureza econômico-financeira, não podem ser chamados de

²⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Ob. cit. p. 192-193

direitos (“objeção deontológica”), já que não são passíveis de questionamentos judiciais ou, pelo menos, não podem ser postulados perante o Judiciário (“objeção institucional”). Ou que, mesmo admitindo-se sua natureza jurídica, não podem ser ditos fundamentais, constitucionais ou humanos, de um lado, por se referirem mais a aspectos negociais ou de transações dependentes de contextos específicos (“objeção particularista”), estando, por via de consequência, submetidos às decisões da maioria política, apta democraticamente a aferir o equilíbrio de forças e de disponibilidade de recursos em cada momento (“objeção majoritária” ou “democrática”); e, ademais íntima esta, induzindo complexidades analíticas – de finanças, de controle e de decisões fiscais ótimas – que acabariam embaciando o processo deliberativo e fiscalizatório, reduzindo a um só tempo a normatividade dos direitos e a legitimidade política (“objeção contratual e de controle”). Findando-se com o teste de complementaridade que tanto põe de relevo a incompatibilidade entre os direitos sociais e os civis ou faz daqueles um mero suplemento *alimentar* destes (“objeção funcional”), seu efeito de rebote ou de tiro saído pela culatra, por tornar desamparado quem visava proteger (“objeção pragmática”) e com argumentos retirados do sistema constitucional brasileiro que denota um *status* inferior aos direitos da segunda geração (“objeção formal-postivista”).²⁵:

De grande relevo é a crítica atinente à efetivação das normas constitucionais assecuratórias de direitos sociais, haja vista que, ao contrário dos direitos civis ou liberdades públicas, exigem para a efetivação não mera abstenção estatal, mas verdadeiro comportamento ativo, positivo, sem o qual não restarão concretizados os ditos direitos. Ainda que se reconheçam exceções a esta dicotomia, uma vez que é possível tanto direitos individuais que se efetivem somente com a atuação estatal e direitos sociais que independam de prestação positiva do Estado para seu exercício, é indiscutível sua verificação via de regra.

No contexto brasileiro, duas principais vertentes se apresentam, a primeira reclamando máxima eficácia para as normas constitucionais assecuratórias de direitos sociais e outra que já não considera a questão de forma tão objetiva, uma vez que para a efetivação dos direitos de índole social – marcadamente positivos – evidencia-se a necessidade de atuação estatal que por sua vez exige desde a observância de regras orçamentárias até existência de estrutura de ordem material. Exemplo fornecido por Gustavo Amaral ilustra bem a questão:

Sem qualquer dúvida, o direito à saúde é um direito social, uma prestação positiva reclamável perante o Estado e, como tal, exigível. Agora, até que ponto é possível falar em “máxima eficácia”?

A Administração Pública é, por definição, a gestão de meios escassos para atender a necessidades ilimitadas. Há nela, intrinsecamente, uma constante escolha. Ora, suponha-se que em uma dada ocasião o Poder Público se veja ante um dilema: dispõe de um volume de recursos suficientes para tratar milhares de doentes vítimas de doenças comuns à pobreza ou para tratar pequeno número de doentes terminais de doenças raras ou de cura improvável. Nessa situação, não seria possível deslocar a apreciação para o Judiciário, pois a legitimidade da pretensão das duas categorias de doentes é igualmente legítima, mas não faticamente excludentes.

²⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 245-246.

Ora, posições ditas “progressistas”, de exigibilidade direta das prestações positivas, independentemente de mediação legal e orçamentária, levam a um impasse em situações como esta. A resposta comum é, na verdade uma evasiva: trata-se de problema do executivo.²⁶

Em decisão monocrática proferida em sede de medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 45 MC/DF), o Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Celso de Melo trouxe à baila o debate acerca da efetividade das normas constitucionais assecuratórias direito sociais.

No caso específico, a ação foi promovida contra veto do Presidente da República a um dispositivo de projeto de lei aprovado pelo legislativo, importando o referido veto, no dizer do autor da ação, em desrespeito a preceito fundamental decorrente de emenda à Constituição que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

O exame da arguição restou prejudicado uma vez que o dispositivo vetado e que materializaria o descumprimento de preceito fundamental foi, antes do julgamento, introduzido em outra lei, a qual foi sancionada e entrou em vigor, perdendo assim o seu objeto a ação proposta. Não obstante tais circunstâncias processuais que retiraram qualquer eficácia jurisdicional da decisão, o Ministro Celso de Melo abordou a questão de fundo, para reconhecer a medida judicial proposta como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas quando previstas na Constituição Federal.

Ademais, a decisão monocrática proferida no âmbito da ADPF 45 reconheceu, ainda que em bases excepcionais, a atribuição do Poder Judiciário de formular e de implementar políticas públicas se e quando os Poderes Executivo e Legislativo descumprirem os encargos político-jurídicos que lhe competem, comprometendo assim a eficácia e a integridade de direitos individuais e coletivos de estatura constitucional, sem que isso comprometa o princípio da separação de poderes:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas

²⁶ AMARAL, Gustavo. Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes. In TORRES, Ricardo Lobo (org). Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 99-120.

necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.²⁷

Muito embora a decisão proferida na ADPF 45 possa ser apontada como um marco no que tange ao reconhecimento da atividade do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais de índole constitucional, ela não é imune a críticas, consoante se infere de eloquente posicionamento de Silvia Faber Torres:

Por derradeiro, traga-se o despacho monocrático do Ministro Celso Melo na ADPF n.º 45, que, em típico caso de decisão maximalista e sem qualquer eficácia jurisdicional, eis que mesmo julgando prejudicada arguição quis por em evidência a dimensão política da jurisdição constitucional conferida àquela Corte, deixou sem parâmetro a interferência do Judiciário na questão da efetividade dos direitos sociais. A referida decisão, embora tenha se referido a temas até então ausentes das considerações jurisdicionais, como o mínimo existencial e a reserva do possível, assimilando-a, porém, à disponibilidade financeira, perpetuou, em realidade, a confusão entre a exequibilidade autônoma do direito prestacional e o aperfeiçoamento do estado social, conservando, em suma, a falta de nitidez dos limites da justicialidade dos direitos sociais, confundidos com os fundamentais.²⁸

De fato, sem embargo do notável avanço da decisão em exame, é inegável que ela não trouxe critérios nítidos que permitam conduzir a uma precisa percepção do cabimento da intervenção do Poder Judiciário, ainda que pela Corte Suprema e em sede de ADPF, no mister de fazer efetivas prestações estatais derivadas dos direitos sociais assegurados constitucionalmente.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As constituições mexicana de 1917 e alemã de 1919 são apontadas, de forma unânime, como precursoras do constitucionalismo social, sendo certo que tanto a natureza jurídica das normas, a estrutura do texto e, sobretudo, o conteúdo deste influenciaram de

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. **ADPF 45 MC / DF - DISTRITO FEDERAL**. Partido da Social Democracia Brasileira versus Presidente da República. Relator: Min. Celso de Melo. Decisão Monocrática de 29 de abril de 2004. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADPFMC.SCLA.+E+45.NUME.+E+20040429.JULG.&base=baseMonocraticas>. Acesso em 31 de mar. 2012.

²⁸ TORRES, Silvia Faber. Direitos Prestacionais, Reserva do Possível e Ponderação: Breves Considerações e Críticas. In SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 769-792.

forma marcante as constituições ocidentais promulgadas no entreguerras e mesmo após a segunda grande guerra.

Embora sejam apontadas notas de diferença entre as duas cartas, merece ser lembrada convergência dos propósitos de ambas na tutela dos direitos sociais, mormente porque tais diferenças são fruto, sobretudo, das particularidades do contexto sócio-histórico em cada país quando da elaboração das respectivas constituições.

Não obstante, pelos motivos assinalados acima, é inegável que a Constituição de Weimar ocupa lugar de maior destaque na história e no estudo do constitucionalismo ocidental, creditando-se a ela o mérito de inaugurar a democracia social ou socialismo democrático, o qual, longe de se constituir em um modelo perfeito, foi o que mais próximo esteve de assegurar, ao longo do século XX, da defesa da dignidade humana.

O mérito flagrante das referidas cartas constitucionais, contudo, ainda se encontra limitado pelo dilema relativo à efetivação dos direitos sociais pioneiramente introduzidos por elas, sendo certo que não obstante pontuais críticas, a decisão proferida na ADPF 45 sinalizou de forma inequívoca um a caminho a ser percorrido na busca da efetividade dos direitos sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Gustavo. **Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes**. In TORRES, Ricardo Lobo (org). Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 99-120.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. **ADPF 45 MC / DF - DISTRITO FEDERAL**. Partido da Social Democracia Brasileira versus Presidente da República. Relator: Min. Celso de Melo. Decisão Monocrática de 29 de abril de 2004. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADPF-MC.SCLA.+E+45.NUME.+E+20040429.JULG.&base=baseMonocraticas>. Acesso em 31 de mar. 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007.

HERREIRA, Carlos Miguel. Estado, constituição e direitos sociais. In SOUSA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9014>>. Acesso em: 04 de set. de 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SAMPAIO, José Adércio; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TORRES, Silvia Faber. Direitos Prestacionais, Reserva do Possível e Ponderação: Breves Considerações e Críticas. In SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). **Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 769-792.

VAZ DA SILVA, Floriano Corrêa. **Direito Constitucional do Trabalho**, São Paulo, LTR, 1977.