

REVISTA
DIÁLOGO
JURÍDICO

© **Centro Universitário Farias Brito**
Distribuição: Curso de Direito
Organização: Coordenação Editorial da RDJ
Endereço: R. Castro Monte, 1364 – 2º andar, Fortaleza-CE
CEP: 60175-230
Fones: (85) 3486.9106 e 3486.9090
e-mail: revistadialogojuridico@fbuni.edu.br
Capa: FB Ideias
Tiragem: Exclusivamente eletrônica
Bibliotecária Responsável: Waleska Lima



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

340.05 Revista Diálogo Jurídico / Vol. 18, n. 1 (Jan./Jul. 2019) – Fortaleza: FB
R449 Editora, 2019

Volume anual, número semestral

Publicação impressa de 2002 a 2017. Publicação eletrônica e impressa de 2017 a 2019. Publicação exclusivamente eletrônica a partir de 2019.

<http://dialogojuridico.fbuni.edu.br/index.php/dialogo-juridico/index>

e-ISSN: 2674-7812

ISSN-L: 1677-2601

1. Direito – Periódicos. I. Centro Universitário Farias Brito. II. Título.

Elaborado por Ana Waleska Ferreira de Lima – CRB3/715

REVISTA DIÁLOGO JURÍDICO

Vol. 18 – Nº 1 – 2019

CONSELHO EDITORIAL

- Adriana Fasolo Pilati Scheleder** -
Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC
- Alfonso de Julios Campuzano** -
Universidad de Sevilla
- André Araújo Molina** -
Escola Superior da Magistratura TRT 23ª Região
- André Augusto Malcher Meira** -
Universidade da Amazônia - UNAMA
- Antônio Duarte Fernandes Távora** -
Universidade Federal do Ceará - UFC
- Eduardo Pragmácio de Lavor Telles Filho** -
Centro Universitário Farias Brito - FBUni
- Eduardo Vera-Cruz Pinto** -
Universidade de Lisboa
- Elisabeth Linhares Catunda** -
Universidade da Integração Internacional da Lusofonia
Afro-Brasileira - UNILAB
- Hugo de Brito Machado Segundo** -
Universidade Federal do Ceará - UFC
- José Helano Matos Nogueira** -
Universidade de Liverpool
- Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha** -
Universidade Cândido Mendes
- Raimundo Nonato Chaves Neto** -
Universidade Europeia de Lisboa
- Ricardo Hasson Sayeg** -
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
- Thiago Lopes Matsushita** -
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
- Willis Santiago Guerra Filho** -
Universidade Federal do Rio de Janeiro

REVISORES DESTA EDIÇÃO

- Alessandra Rodrigues Miranda** -
Universidade Federal Fluminense - UFF
- Ana Paula Araújo Holanda** -
Universidade de Fortaleza - UNIFOR
- Biltis Diniz Paiano** -
Universidade de Coimbra
- Carlos Eduardo Barbosa Paz** -
Consultor Autônomo de Periódicos
- Cassius Guimarães Chai** -
Universidade Federal do Maranhão - UFM
- Thiago Carvalho Borges** -
Faculdade Baiana de Direito - FBD
- Rostônio Uchôa Lima Oliveira** -
Instituto de Ciências Jurídicas Camillo Filho

PROJETO GRÁFICO

Daniel Paiva

LAYOUT E DIAGRAMAÇÃO

Eriberto Neto e Raul Matos

EDITORIAÇÃO

Cleano Martins

SUPERVISÃO GRÁFICA

Rafael Craveiro

REVISÃO DE TEXTO

Jarina Araújo e Sarah Bastos

COORDENAÇÃO GRÁFICA

Sebastião Pereira e Felipe Marques

A Revista Diálogo Jurídico é uma publicação do Curso de Direito, do Centro Universitário Farias Brito, com tiragem exclusivamente eletrônica, de acesso aberto e gratuito. Tem circulação internacional e publica artigos inéditos de colaboradores, preferencialmente vinculados a programas de PGD's *stricto sensu*, das cinco regiões do país e do exterior, que atendam aos dossiês temáticos relacionados ao constitucionalismo, democracia, políticas públicas, teoria e efetivação dos direitos fundamentais, prestação da tutela jurisdicional, relações entre Direito, empresa e tecnologia e novos atores e conflitos sociais. Circula com um volume anual dividido em dois números semestrais (jan/jul e jul/dez). Adota o sistema de avaliação *double blind peer review*.

REVISTA DIÁLOGO JURÍDICO

Centro Universitário Farias Brito, Curso de Direito
Rua Castro Monte, 1364, gabinete docente do 2º Andar.
CEP: 60175-230 – Fortaleza, Ceará

Fones: 55 + 85 + 34869106 e 55 + 85 + 34869090

E-mail: revistadialogojuridico@fbuni.edu.br

<http://dialogojuridico.fbuni.edu.br/index.php/dialogo-juridico/index>

APRESENTAÇÃO

O volume 18, número 1, da Revista Diálogo Jurídico, referente ao primeiro semestre de 2019, inaugura nova fase do periódico do Curso de Direito, do Centro Universitário Farias Brito, por ser o primeiro em formato exclusivamente eletrônico, após a emissão do e-ISSN nº 2674-7812. Composto de sete artigos de fôlego, que atenderam aos termos do dossiê temático especial, sobre os centenários da Organização Internacional do Trabalho-OIT e da Constituição de Weimar, a edição se afirma no seu intuito de evoluir na estratificação QUALIS/CAPES, ao contribuir com a comunidade acadêmica na divulgação de pesquisas inéditas, de elevada performance.

O primeiro trabalho, **Análise do Auxílio-Reclusão e o Impacto Financeiro na Previdência Social do Brasil**, de autoria das colaboradoras **Auricélia do Nascimento Melo e Lorena Batista Pires Ferreira** aborda o impacto do auxílio-reclusão, dos dependentes do segurado recluso, no âmbito financeiro da previdência social do Brasil, tendo como referencial teórico a análise de dados fornecidos pelo Anuário Estatístico da Previdência Social – AEPS, referentes aos anos de 2013, 2014 e 2015 sob o enfoque dos princípios da dignidade humana. O texto é muito propício à reflexão acadêmica, sobretudo, em tempos de reforma da Previdência Social. Temática transversal, com *keyword* **Auxílio-reclusão**. **Finalidade**. **Previdência Social**. **Requisitos**.

A segunda colaboração, de **José Evamberto Moreira Neto e Lídia Valesca Pimentel**, intitulada **A Ascensão dos Direitos Sociais: Percurso Histórico do Estado Liberal ao Constitucionalismo Social**, revela a pesquisa sobre a influência dos acontecimentos eclodidos durante o Estado Liberal burguês, na mudança de perspectiva do Estado, sobre a opressão vivida pelas classes sociais menos favorecidas. Investigar se o ente estatal percebeu que, para atender as demandas sociais deveria abrir mão de sua postura omissa e negativa, para assumir uma conduta mais ativa e cogente no que tange ao cumprimento do texto constitucional, é a pergunta de partida deste trabalho, que se utilizou como referencial teórico das constituições Mexicana, de 1917, e alemã (Weimar) de 1919. Utiliza as *tags* **Liberalismo**. **Constitucionalismo Social**. **Constituição de Weimar**. **Constituição Mexicana de 1917**.

O terceiro texto, intitulado **A Constituição de Weimar e as Mutações Constitucionais: Contribuições Para Compreensão das Modificações Informais da Constituição**, de autoria de **Matheus Casimiro Gomes Serafim**, analisa as contribuições dos estudos desenvolvidos sobre as mutações constitucionais, sob a égide da Constituição de Weimar. O autor investiga se os processos informais de modificação do texto constitucional têm sido fundamentais para o constitucionalismo, nos países que adotam modelos rígidos de constituição. Palavras-chave adotadas: **Mutação Constitucional**; **Constituição de Weimar**; **Modificações informais da Constituição**.

O quarto artigo, de autoria de **Otávio Morato de Andrade**, intitulado **A Carta de Weimar e o Constitucionalismo Social** faz uma síntese histórica dos acontecimentos políticos que precederam a Constituição de Weimar, e a positivação de garantias fundamentais de natureza social insculpidas naquela carta, que acabaram por gerar o fenômeno do “constitucionalismo social”, repercutido em diversos textos constitucionais ao redor do mundo, inclusive no Brasil. O autor utiliza as *tags* **Constituição de Weimar**; **constitucionalismo social**, **direitos sociais**; **Estado assistencialista**; **social-democracia**.

A colaboração de **Carlos Airton Uchoa Sales Gomes e Manuel da Silva Caetano Júnior**, intitulada **Corrupção no Poder Público** analisa os crimes da corrupção na administração pública no Brasil, sua origem e evolução histórica, bem como, os fracassos nas tentativas de combate ao longo dos tempos. Investiga se a herança deixada pelo processo colonizatório europeu pode ser enfrentada através de uma reforma transformista, que provoque a mudança de mentalidade dos gestores públicos e permita mais transparência na administração com controle e fiscalização exercidos pela sociedade. O trabalho traz uma interessante perspectiva estrangeira sobre o problema, por ser fruto da pesquisa realizada na Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira-UNILAB, sendo o co-autor, Manuel da Silva Caetano Júnior, cidadão de Guiné-Bissal. O trabalho utiliza as palavras-chave: Administração Pública; Corrupção; Reformas Administrativas.

Não menos interessante é a abordagem de **Caio Rodrigues Gonçalves**, para o tema do centenário da constituição de Weimar, que revela sua pesquisa no assunto através do trabalho intitulado **Hermenêutica Constitucional Pós-Weimar: Críticas ao Exercício do Controle Incidental de Constitucionalidade nos Tribunais Brasileiros**. De prospecção mais filosófica, a abordagem do autor é no sentido de investigar como se dá a hermenêutica constitucional diante da exacerbada principiologia típica das constituições dirigentes, analisando os limites da atividade interpretativa na materialidade e objetividade da norma posta. Investiga se existe importância das normas finalísticas para uma estruturação argumentativa na hermenêutico-constitucional atual. E na verificação do controle de constitucionalidade, indaga se a ideia de *self-restraint* ainda se faz mais evidente diante da normatização específica para os incidentes de inconstitucionalidade. O trabalho utiliza *keyword* Constituição de Weimar. Principiologia constitucional. Controle de constitucionalidade. Conservadorismo interpretativo.

Completando o número, o sétimo artigo, de autoria das colaboradoras **Alessandra Almeida Barbosa e Larisse Leite Albuquerque**, intitulado **O Constitucionalismo no Mundo Pós Constituição de Weimar**, pontua o constitucionalismo como um movimento importante para a efetivação dos direitos humanos. Afirmam, as autoras, que serviu para limitar o poder do Estado e evitar abusos da gestão. Inquietam-se na constatação de que o constitucionalismo deixou de ser eficaz, na medida em que muitas vezes as leis passaram a ser criadas, apenas, para satisfazerem vontades do próprio legislador, quando surge, então, a constituição alemã, de 1919, conhecida como a constituição de Weimar. Mais programática e sustentando valores sociais, foi capaz de influenciar as normas legais surgidas posteriormente. Nesta perspectiva, o artigo concentra-se nas normas trabalhistas e o surgimento da Organização Internacional do Trabalho – OIT, para fazer um paralelo entre o constitucionalismo e os valores sociais do trabalho. Palavras-chave utilizadas: Constitucionalismo; Constituição de Weimar, Organização Internacional do Trabalho.

Sendo estas as colaborações do número, a coordenação editorial se sente brindada com sua qualidade e sua densidade acadêmica, e deseja a todos ótimas leituras e reflexões.

Prof. Ms. Glauco Cidrack do Vale Menezes
Coordenador Editorial

SUMÁRIO

ANÁLISE DO AUXÍLIO-RECLUSÃO E O IMPACTO FINANCEIRO NA PREVIDÊNCIA SOCIAL DO BRASIL	9
Auricélia do Nascimento Melo	
Lorena Batista Pires Ferreira	
A ASCENSÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: O PERCURSO HISTÓRICO DO ESTADO LIBERAL AO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL.....	25
José Evamberto Moreira Neto	
Lídia Valesca Bonfim Pimentel Rodrigues	
A CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR E AS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS: CONTRIBUIÇÕES PARA A COMPREENSÃO DAS MODIFICAÇÕES INFORMAIS DA CONSTITUIÇÃO	39
Matheus Casimiro Gomes Serafim	
A CARTA DE WEIMAR E O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL.....	51
Otávio Morato de Andrade	
CORRUPÇÃO NO PODER PÚBLICO	59
Carlos Airton Uchoa Sales Gomes	
Manuel da Silva Caetano Júnior	
HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL PÓS-WEIMAR: CRÍTICAS AO EXERCÍCIO DO CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS.....	77
Caio Rodrigues Gonçalves	
O CONSTITUCIONALISMO NO MUNDO PÓS CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR	87
Alessandra Almeida Barbosa	
Larisse Leite Albuquerque	

ANÁLISE DO AUXÍLIO-RECLUSÃO E O IMPACTO FINANCEIRO NA PREVIDÊNCIA SOCIAL DO BRASIL

ANALYSIS OF RECLUSION AID AND THE FINANCIAL IMPACT ON BRAZIL'S SOCIAL SECURITY

AURICÉLIA DO NASCIMENTO MELO¹
LORENA BATISTA PIRES FERREIRA²

RESUMO

O trabalho analisou o auxílio-reclusão no âmbito financeiro da previdência social do Brasil. Com isso, foi necessário fazer um levantamento teórico a respeito do benefício que ganhou destaque nesse momento de crise na política brasileira. Diante desse contexto, foi de suma importância conhecer todo o histórico do auxílio-reclusão no Brasil, desde seu surgimento até os dias atuais. Fez-se também necessário analisar a influência do princípio da dignidade humana para a existência do benefício. Como se trata de um benefício que visa a proteção dos dependentes do segurado recluso, foram examinados o significado do enunciado dependentes e a relação taxativa daqueles que fazem jus ao auxílio, assim como as exceções existentes. A partir daí, buscou-se dar andamento ao projeto procurando responder a problemática proposta pelo tema em análise. Possuindo esse conhecimento teórico e fazendo uma análise de dados fornecidos pelo Anuário Estatístico da Previdência Social – AEPS referentes aos anos de 2013, 2014 e 2015 chegou-se à conclusão que dentre todos os benefícios previdenciários existentes atualmente, ele está entre aqueles que menos têm impacto financeiro no orçamento da previdência social do Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Auxílio-reclusão. Finalidade. Previdência Social. Requisitos.

ABSTRACT

The paper analyzed the confinement-aid in the financial scope of the Brazilian social security. With this, it was necessary to make a theoretical survey regarding the benefit that gained prominence at this time of crisis in Brazilian politics. In view of this context, it was extremely important to know the history of the confinement-assistance in Brazil, from its inception to the present day. It was also necessary to analyze the influence of the principle of human dignity on the existence of the benefit. As it is a benefit aimed at the protection of dependents of the insured insured, the meaning of the dependent statement and the exhaustive relationship of those who are entitled to the aid, as well as the existing exceptions, were examined. From then on, the project was tried to respond to the problematic proposed by the subject under analysis. Having this theoretical knowledge and analyzing data provided by the Statistical Yearbook of Social Security (AEPS) for the years 2013, 2014 and 2015, it was concluded that among all the existing social security benefits, it is among those that have less impact in the social security budget of Brazil.

KEYWORDS: Seclusion-aid. Goal. Social security. Requirements.

1 Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professora Adjunta da Universidade Estadual do Piauí (UESPI), e Centro Universitário Uninovafapi. Professora das Disciplinas de Direito Previdenciário e Constitucional.

2 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Uninovafapi e Administradora pelo Instituto Camilo Filho.

1 INTRODUÇÃO

Na realização do trabalho, busca-se esclarecer a verdadeira finalidade do auxílio reclusão, bem como as consequências de sua concessão com relação ao aspecto financeiro do Instituto Nacional do Seguro Social do Brasil (INSS). Pois atualmente existe uma discussão doutrinária a respeito da concessão desse benefício, tendo em vista a repercussão do crescente número de pessoas detidas ou recolhidas no Sistema Penitenciário Nacional. Pode-se também destacar aqui, como fator motivacional desse tema, a calorosa repercussão que vem sendo destacada na mídia sobre a reforma previdenciária, que tem como destaque a situação financeira orçamentária da Instituição.

Diante disso, o trabalho se inicia a partir de uma descrição do histórico do auxílio reclusão no Brasil, visando traçar todo o contexto de evolução da concessão desse benefício. Seguindo uma linha de raciocínio lógica aborda-se a dignidade da pessoa humana como um princípio norteador do benefício em estudo, já que este princípio é de suma importância para a fundamentação da resposta do objetivo a que se pretende atingir.

A metodologia utilizada na realização do trabalho, foi a análise da doutrina específica, bem como artigos científicos, análise da legislação pertinente e o sítio da previdência social.

Será abordado de maneira específica a importância social da concessão desse benefício, tendo em vista que é uma ação atípica, pois ampara os dependentes do segurado. Logo em seguida, serão descritos os requisitos para a concessão do auxílio reclusão, dando destaque à real finalidade a que se destina. No Brasil, existe uma propagação de notícias inverídicas, a respeito deste benefício, visto que a maioria absoluta da população desconhece a real condição do auxílio reclusão.

Então, será buscado através dos números demonstrar também que o que está sendo veiculado não é o que concretamente existe. Inclusive, a elaboração do presente artigo se baseia nos dispositivos constantes da Constituição Federal, bem como nas legislações existentes a esse respeito. Além disso, utilizar-se-á os documentos mais atuais disponíveis pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), Anuário Estatístico da Previdência Social (AEPS) referentes aos anos de 2013, 2014 e 2015. Será demonstrado através de uma análise de dados que o auxílio reclusão é um dos benefícios que tem menos impacto no orçamento do INSS.

2 HISTÓRICO DO AUXÍLIO-RECLUSÃO NO BRASIL

Esse auxílio surgiu no ordenamento jurídico em 29 de junho de 1933 através do Decreto nº 22.872, artigo 63, que dispunha sobre o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos, o qual estabelecia:

Art. 63. O associado que não tendo família houver sido demitido do serviço da empresa, por falta grave, ou condenado por sentença definitiva que resulte perda do emprego, e preencher todas as condições exigidas neste decreto para a aposentadoria, poderá requerê-la, mas esta só lhe será concedida com metade das vantagens pecuniárias a que teria direito se não houvesse incorrido em penalidade.

Parágrafo Único. Caso o associado esteja cumprindo pena de prisão, e tiver família sob sua exclusiva dependência econômica, a importância da aposentadoria a que se refere este artigo será paga ao representante legal de sua família, enquanto perdurar a situação de encarcerado (BRASIL, 1933).

Nesse momento o contexto histórico do benefício era restrito aos empregados de empresa marítima. No entanto, no ano seguinte, buscando aprimorar o instituto, o legislador editou o Decreto de nº 54, de 12 de setembro de 1934 que regulamentava o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários. E trazia em seu art. 67:

Caso o associado esteja preso, por motivo de processo ou cumprimento de pena, e tenha beneficiário sob sua exclusiva dependência econômica, achando-se seus vencimentos suspensos, será concedida aos seus beneficiários, enquanto perdurar essa situação, pensão correspondente à metade da aposentadoria por invalidez a que teria direito, na ocasião da prisão (BRASIL, 1934).

Nessa época houve a Revolução Constitucionalista de 1932 que trouxe como consequência a promulgação da Constituição de 1934, que tinha como objetivo melhorar as condições de vida dos brasileiros. Além disso, fez a primeira menção expressa aos Direitos Previdenciários. Em seu art. 121, parágrafo 1º alínea “h”, que previa o custeio tripartite entre trabalhadores, empregadores e Estado, vinculação obrigatória ao sistema com gestão estatal.

Diante do exposto, observa-se que o auxílio-reclusão era tratado como “pensão” e que somente em 26 de junho de 1960 com a edição da Lei Orgânica da Previdência Social nº 3.807/60 é que surgiu o atual termo auxílio-reclusão. Esta foi um marco histórico, pois foi nesse momento que o benefício se aproximou ao que atualmente existe na legislação brasileira. Tem-se como exemplo o que reza o artigo 43 da referida lei em comentário *in verbis*:

Art. 43. Aos beneficiários do segurado, detento ou recluso, que não perceba qualquer espécie de remuneração da empresa, e que houver realizado no mínimo 12 (doze) contribuições mensais, a previdência social prestará auxílio-reclusão na forma dos artigos 37, 38, 39 e 40, desta lei.

§ 1.º O processo de auxílio-reclusão será instruído com certidão do despacho da prisão preventiva ou sentença condenatória.

§ 2.º O pagamento da pensão será mantido enquanto durar a reclusão ou detenção do segurado o que será comprovado por meio de atestados trimestrais firmados por autoridade competente (BRASIL, 1960).

Porém, a década de 60 foi um período politicamente conturbado, pois houve a eleição presidencial de Jânio Quadros, em sequência, sua renúncia, que tem como consequência a sucessão para João Goulart, que foi colocado através de um plebiscito em 1963 em que se elegeram o regime do presidencialismo. Assim, Jango, como era conhecido, anunciou uma série de reformas de base, e com medo de que elas fossem comunistas, os militares brasileiros realizaram um Golpe Militar em 1964. Após isso, o Brasil viveu um período ditatorial que compreendeu de 1964 a 1985, marcado por perseguições políticas.

A partir do período citado acima até a década de 80 o país passou por um processo de redemocratização, que teve início no governo do general João Baptista Figueredo com a anistia aos acusados por crimes políticos. E foi em 1988 que aconteceu a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, com o intuito de devolver ao povo todos os direitos que haviam sido retirados deles durante o processo ditatorial.

A Constituição Federal de 1988 também trouxe em seu artigo 201, inciso IV a concessão do benefício aos dependentes do segurado recluso e em 15 de dezembro de 1998, foi alterado pela Emenda Constitucional-EC nº 20, conforme segue:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Martins (2007, p.394) faz o seguinte comentário acerca dessa alteração:

A atual redação do art. 201 da Constituição, conforme a Emenda Constitucional nº 20/98, não mais previu a reclusão como contingência a ser amparada pela Previdência Social. Entretanto, é preciso ser feita a interpretação sistemática com o inciso IV do art. 201 da Constituição, quando prevê o auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda. O art. 13 da Emenda Constitucional nº 20 mostra que a renda é do segurado e não de sua família ou dos dependentes.

Nesse sentido, percebe-se que essa alteração limitou o acesso a esse direito, pois antes da EC nº 20/98, o fator determinante da concessão do benefício era apenas a reclusão do segurado do convívio de seus dependentes provocada pela aplicação de sanção penal de reclusão, ou seja, qualquer um que comprovasse esse fator seria beneficiado. Porém, após a edição da EC nº 20 a concessão só passou a ser permitida para os dependentes do segurado de baixa renda. Correia (2008, p.302) faz uma crítica em relação a essa modificação:

Os direitos sociais devem ser tidos, na realidade, como fundamentais, com todas as consequências daí oriundas, isto é, até mesmo para efeitos da impossibilidade de sua supressão (ou da mera ameaça à supressão) por meio de Emenda Constitucional. (...) a imposição do limite em debate traduz não mera ameaça, mas a própria supressão de direito fundamental previdenciário à obtenção do benefício (auxílio-reclusão).

Outro autor que não concordou com a EC nº 20 foi Ibrahim (2008, p.598), que fez o seguinte comentário:

A alteração constitucional foi de extrema infelicidade, pois exclui a proteção de diversos dependentes, cujos segurados estão fora do limite de baixa renda. Esta distinção, para o auxílio-reclusão, não tem razão de ser, pois tais dependentes poderão enfrentar situação difícil, com a perda da remuneração do segurado. [...] Pessoalmente, considero a citada alteração como inconstitucional, pois contraria regra geral de Lei Maior que prevê a impossibilidade da pena ultrapassar o condenado (art. 5º, XLV, CRFB/88).

Contudo, é importante dizer que essa alteração tem fundamento em um dos princípios constitucionais basilares da seguridade social que está expressamente previsto no artigo 194, parágrafo único, inciso II, que é a seletividade e a distributividade na prestação dos benefícios e serviços. Este primeiro princípio consiste em eleger um critério distinto para a escolha das previdências disponibilizadas e já o segundo, elege as necessidades mais eminentes que deverão ser satisfeitas prioritariamente.

Martins (2002, p.403) diz que “a seleção (escolha) das prestações vai ser feita de acordo com as possibilidades econômico-financeiro do sistema da seguridade social”. Diante disso, percebe-se que a EC nº 20 surgiu como uma materialização desses princípios norteadores da previdência social.

3 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental que garante um direito individual e que está expresso na Constituição Federal de 1988, Título I, Dos Princípios Fundamentais, artigo 1º, III – a dignidade da pessoa humana. Buscou-se com isso preservar ao cidadão que o Estado lhe garantisse um mínimo de direitos que lhe proporcionem ter uma vida saudável em vários requisitos, como saúde, educação, segurança, lazer, etc. Considerando-se os valores concedidos pelo auxílio e a exigência de baixa renda do segurado pode-se dizer que o auxílio-reclusão é assegurador do mínimo existencial aos dependentes, tendo em vista que suprirá a ausência financeira do segurado privado de liberdade.

Sendo assim, tendo como referência a obra de Barroso (2009, p.252), que diz que o referido princípio “representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar”. Ou seja, este princípio pretende uniformizar o acesso aos direitos fundamentais para todo e qualquer cidadão, pois para que se faça democracia é necessário a materialização desse princípio.

Nesse contexto, Sarlet (2011, p.73) fortalece este pensamento conceituando o princípio da dignidade da pessoa humana com propriedade. Qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Com isso, pode-se dizer que é através do princípio da dignidade da pessoa humana que o indivíduo passa a ter uma posição de destaque no ordenamento jurídico e se torna destinatário de direitos e garantias fundamentais. E é isso que se pretende fazer com o preso e seus dependentes, pois ninguém deve ter sua dignidade restrita e nem os direitos dela provenientes. O detento cumprirá a pena prevista para o referido crime que cometeu, por isso terá garantido todos os direitos previsto para ele, a começar pelos sociais, como a Previdência Social.

O auxílio-reclusão está diretamente ligado a este princípio, que é destinado aos dependentes da pessoa presa, para que mantenham a condição de vida e dignidade na ausência do provedor da família. Observa-se que dentre as várias finalidades do princípio, a proteção da família, erradicação da pobreza e a garantia de que a pena não passará da pessoa reclusa. Entendendo-se que a ausência de condições materiais de sustento é também uma punição aos dependentes.

4 AUXÍLIO-RECLUSÃO E SUA FINALIDADE

De acordo com o Instituto Nacional de Previdência Social - INSS, “o auxílio-reclusão é um benefício devido apenas aos dependentes do segurado (ou seja, que contribuiu regularmente) preso em regime fechado ou semiaberto, durante o período de reclusão ou detenção. O segurado não pode estar recebendo salário da empresa ou nenhum benefício do INSS. E para que os dependentes tenham

direito, é necessário que o último salário recebido pelo segurado esteja dentro do limite previsto pela legislação (atualmente R\$ 1.292,43)³. Caso o último salário recebido pelo segurado esteja acima deste valor, não há direito ao benefício”.

O auxílio-reclusão é um benefício previdenciário pago aos dependentes do segurado de baixa renda recolhido à prisão e que não receba remuneração da empresa nem esteja em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono permanência em serviço.

O ilustre escritor Alencar (2009, p.541) diz tratar-se de benefício: “Criado com o intuito de garantir a subsistência da família do segurado detento ou recluso, durante o período no qual a família se ressentia da perda temporária de uma fonte de subsistência”.

Ou seja, não há concessão de auxílio-reclusão aos dependentes do segurado que esteja em livramento condicional ou que cumpra pena em regime aberto. Pois esse programa é para amparar os dependentes na ausência do provedor.

Já o jurista Russomano (1983, p.294-5) contribuiu para a conceituação do termo, da seguinte maneira:

O detento ou recluso, por árdua que seja sua posição pessoal, está ao abrigo das necessidades fundamentais e vive às expensas do Estado. Seus dependentes, não. Estes se vêem, de um momento para o outro, sem o arrimo que os mantinha e, não raro, sem perspectiva de subsistência.

Dessa maneira, entende-se que o auxílio-reclusão tem também o objetivo de cumprir o que determina o artigo 201 da Constituição Federal, no que se refere ao amparo social. Ainda nesse contexto, vale ressaltar que o auxílio-reclusão foi previsto, pela primeira vez, na Carta Magna de 1988, da seguinte forma:

Art. 201. Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte, incluídos os resultantes de acidentes do trabalho, velhice e reclusão;

II - ajuda à manutenção dos dependentes dos segurados de baixa renda; [...](BRASIL,1988).

Percebe-se nesse momento que mesmo antes da alteração feita através da EC nº 20/98, a Constituição já mencionava o critério baixa renda para a concessão do benefício.

4.1 DA IMPORTÂNCIA SOCIAL DO AUXÍLIO-RECLUSÃO E OS SEUS REQUISITOS DE CONCESSÃO

Inicialmente, é mister informar que o instituto em estudo atende ao comando descrito no artigo 226 da Constituição Federal de 1988, o qual prevê “especial proteção” à família por parte do Estado.

Diante disso, e especificamente na seara previdenciária, a instituição família é protegida através dos benefícios de pensão por morte e auxílio-reclusão. Pois, percebe-se que em ambos o risco social atendido é a perda da fonte de subsistência de um dos membros familiar, na pensão por morte, devido ao óbito do segurado, já no auxílio-reclusão é prestação pecuniária, de caráter substitutivo, destinado assim a suprir ou minimizar, a ausência do provedor as necessidades econômicas dos dependentes.

³ Esse valor está previsto para o ano de 2017, segundo a Portaria MF nº 8, de 13 de janeiro de 2017.

Tendo em vista o referido dispositivo constitucional, entende-se que cabe ao Estado juntamente com a sociedade, proteger, a família desamparada contra eventuais infortúnios. O auxílio-reclusão possui natureza alimentar e tem como objetivo a subsistência dos membros daquela família que ficaram desamparadas. Esse benefício é destinado exclusivamente aos dependentes, e não ao recluso, dessa forma, se não houver dependente não há que se falar em auxílio-reclusão.

Percebe-se que há uma divergência ideológica com relação à concessão desse benefício. Podendo ser interpretado como um prêmio oferecido ao preso e conseqüentemente um incentivo à prática de crimes ou entendido apenas e simplesmente como uma ação do Estado em amparar essa família, garantindo o mínimo indispensável para a dignidade da pessoa humana, tendo em vista um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Nesse último entendimento, deve-se lembrar do requisito mais importante, que é a qualidade de segurado do preso.

Sendo assim, destaca-se a importância desse benefício que visa evitar futuros crimes, por parte dos familiares, que com o mínimo garantido terão a oportunidade de não cometer atos ilícitos como forma de conseguir sua sobrevivência.

A lei 8.213 de 24 de junho de 1991 que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, traz em seu artigo 80 o referido benefício:

art. 80. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço. Parágrafo único. O requerimento do auxílio-reclusão deverá ser instruído com certidão do efetivo recolhimento à prisão, sendo obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação de declaração de permanência na condição de presidiário (BRASIL, 1991).

A legislação em vigor (lei 8.213/91) enumera os dependentes de segurado do INSS em ordem de prioridade conforme as 3 classes a seguir: o cônjuge, a companheira(o) e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; os pais; o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente.

É importante destacar que nos requerimentos de benefício do INSS, a existência de um único dependente de qualquer das 3 classes automaticamente excluirá o direito de serem considerados dependentes aqueles que pertencerem às classes seguintes. Outra observação importante é que ainda que, o filho, o enteado ou o irmão inválido seja maior de 21 anos somente serão considerados dependentes do cidadão se ficar comprovado pela avaliação médico-pericial do INSS que: a incapacidade para o trabalho é total e permanente; a invalidez é anterior à eventual causa de emancipação civil ou anterior à data em que completou 21 anos; a invalidez manteve-se de forma ininterrupta até o preenchimento de todos os requisitos de elegibilidade ao benefício; a invalidez seja anterior ou simultânea ao óbito do segurado.

Os principais requisitos com relação ao segurado recluso são: possuir qualidade de segurado na data da prisão (aquele que se encontra na condição de empregado, trabalhador avulso, empregado

doméstico, contribuinte individual, segurado especial ou facultativo); estar recluso em regime fechado ou semiaberto (desde que a execução da pena seja em colônia agrícola, industrial ou similar); possuir o último salário de contribuição abaixo do valor previsto na legislação, conforme a época da prisão, hoje, de acordo com a Portaria nº 8 de 13/01/2017 o valor do salário de contribuição tomado em seu valor mensal é de R\$ 1.292,43 (um mil duzentos e noventa e dois reais e quarenta e três centavos).

E o que seria salário de contribuição? É um referencial utilizado no direito previdenciário em que se incide um percentual de alíquota de contribuição previdenciária dos segurados do Regime Geral de Previdência Social. O artigo 214 do Decreto 3.048 de 1999 define o salário contribuição como:

Art. 214. Entende-se por salário-de-contribuição: I - para o empregado e o trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa;

II - para o empregado doméstico: a remuneração registrada na Carteira Profissional e/ou na Carteira de Trabalho e Previdência Social, observados os limites mínimo e máximo previstos nos §§ 3º e 5º;

III - para o trabalhador autônomo ou a este equiparado, empresário e segurado facultativo: o salário-base, observado o disposto no art. 215;

III - para o contribuinte individual: a remuneração auferida em uma ou mais empresas ou pelo exercício de sua atividade por conta própria, durante o mês, observados os limites a que se referem os §§ 3º e 5º; (Redação dada pelo Decreto nº 3.265, de 1999)

IV - para o dirigente sindical na qualidade de empregado: a remuneração paga, devida ou creditada pela entidade sindical, pela empresa ou por ambas; e

V - para o dirigente sindical na qualidade de trabalhador avulso: a remuneração paga, devida ou creditada pela entidade sindical.

VI - para o segurado facultativo: o valor por ele declarado, observados os limites a que se referem os §§ 3º e 5º; (Incluído pelo Decreto nº 3.265, de 1999).

E já com relação aos dependentes os principais requisitos são: para o cônjuge ou companheira – comprovar casamento ou união estável na data em que o segurado foi preso; para o filho, pessoa a ele equiparada ou irmão (desde que comprove a dependência), de ambos os sexos – possuir menos de 21 anos de idade, salvo se for inválido ou com deficiência.

Após preenchimento dos requisitos acima mencionados, deve-se observar os documentos necessários para requerer o benefício: declaração expedida pela autoridade carcerária, informando a data da prisão e o regime carcerário do segurado recluso; documento de identificação do requerente (o documento deve ser válido, oficial, legível e com foto); documento de identificação do segurado recluso (o documento deve ser válido, oficial, legível e com foto); número do Cadastro de Pessoa Física - CPF do requerente.

Deve-se ficar atento aos requisitos, pois o dependente poderá em algumas situações perder sua condição de dependente e conseqüentemente perder o direito ao benefício. A perda poderá se dar da seguinte maneira: para o cônjuge - pela separação judicial ou o divórcio, desde que não receba pensão alimentícia; pela anulação do casamento; pelo óbito ou por sentença judicial transitada em julgado. Para a companheira ou o companheiro inclusive do mesmo sexo, pela cessação da união estável com o segurado ou segurada, desde que não receba pensão alimentícia.

Para o filho, a pessoa a ele equiparada, ou o irmão, de qualquer condição ao completarem 21 (vinte e um) anos de idade, exceto se tiverem deficiência intelectual ou mental que os tornem absoluta ou relativamente incapazes, assim declarados judicialmente, ou inválidos, desde que a invalidez ou a deficiência intelectual ou mental tenha ocorrido antes: de completarem 21 (vinte e um) anos de idade; do casamento; do início do exercício de emprego público efetivo; da constituição de estabelecimento civil ou comercial ou da existência de relação de emprego.

Desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria; ou da concessão de emancipação, pelos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos.

Pela adoção para o filho adotado que receba pensão por morte dos pais biológicos, observando que a adoção produz efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença que a concede.

No entanto, esta regra não será aplicada quando o cônjuge ou companheiro adota o filho do outro. Para os dependentes em geral pela cessação da invalidez; ou pelo falecimento.

4.2 DO REQUISITO BAIXA RENDA

Baixa renda é um critério obrigatório a ser seguido quando da concessão do auxílio-reclusão. Trata-se de uma alteração realizada através da Emenda Constitucional 20/98. De acordo com a nova redação do artigo 201, inciso IV da Constituição Federal, a concessão desse auxílio é restrita aos dependentes do segurado de baixa renda.

O Supremo Tribunal Federal em recurso especial nº587.365 sedimentou posicionamento favorável ao entendimento do INSS de que a baixa renda deve ser ter como parâmetro a renda do segurado e não a de seus dependentes

Segundo Ibrahim (2008, p.598) “assim como o salário-família, o auxílio-reclusão é exclusivo dos segurados de baixa renda. Portanto, somente o segurado que se enquadre como de baixa renda dará direito à sua família de obter o benefício”.

Entende-se como baixa-renda aquele segurado que possui renda mensal bruta ao tempo do efetivo recolhimento à prisão o valor não superior a R\$ 1.292,43 (atualizado através da Portaria nº8, de 13/01/2017). Pois, foi o artigo 13 da Emenda Constitucional 20/98 que estabeleceu esse critério como uma norma para a concessão do benefício. Diante disso, o benefício somente será concedido aos dependentes daquele que estiver de acordo com o referido teto remuneratório. Porém, caso o preso não tenha remuneração fixa ou receba apenas comissões, o salário contribuição será considerado como o valor auferido no mês de sua prisão.

Outra excepcionalidade, é no caso em que o segurado esteja desempregado ao tempo da prisão. Ele terá sim direito ao auxílio, desde que, a prisão aconteça durante o período de graça. O que está previsto no artigo 15, inciso II da Lei 8.213/91:

Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições: [...]

II – até doze meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração; (BRASIL, 1991).

Nessa situação específica, a referida lei no artigo 15, parágrafo 2º, diz que somente terá direito ao benefício se comprovar a situação de desempregado através do registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social. E o último salário de contribuição será a base para se verificar a condição de baixa renda.

4.3 DA DURAÇÃO, CESSAÇÃO E SUSPENSÃO DO AUXÍLIO RECLUSÃO.

Levando-se em consideração a Lei Nº 13.135 de 17 de junho de 2015, que dispõe que o auxílio-reclusão será devido nas mesmas condições da pensão por morte, passou-se a ter caráter temporária ou vitalício a duração do benefício para cônjuges e companheiros(as) no Regime Geral de Previdência Social a depender da expectativa de sobrevida do dependente aferida no momento do óbito do instituidor segurado. Pois, estendeu-se essa norma ao auxílio-reclusão. Diante do exposto, é importante lembrar que o auxílio-reclusão tem duração variável de acordo com a idade dos dependentes ao tempo da prisão.

Para o(a) cônjuge, o(a) companheiro(a), o(a) cônjuge divorciado(a) ou separado(a) judicialmente ou de fato que recebia pensão alimentícia: duração de 4 meses a contar da data da prisão do segurado - se a reclusão ocorrer sem que o segurado tenha realizado 18 contribuições mensais à Previdência ou; se o casamento ou união estável se iniciar em menos de 2 anos antes do recolhimento do segurado à prisão.

Duração variável conforme a tabela abaixo: (se a prisão ocorrer depois de vertidas 18 contribuições mensais pelo segurado e pelo menos 2 anos após o início do casamento ou da união estável):

Idade do dependente na data da prisão	Duração máxima do benefício ou cota
menos de 21 (vinte e um) anos	3 (três) anos
entre 21 (vinte e um) e 26 (vinte e seis) anos	6 (seis) anos
entre 27 (vinte e sete) e 29 (vinte e nove) anos	10 (dez) anos
entre 30 (trinta) anos e 40 (quarenta) anos	15 (quinze) anos
entre 41 (quarenta e um) e 43 (quarenta e três) anos	20 (vinte) anos
a partir de 44 (quarenta e quatro) anos	Vitalício

Quadro 1: Duração de recebimento do auxílio-reclusão

Fonte: <http://www.previdencia.gov.br/servicos-ao-cidadao/todos-os-servicos/auxilio-reclusao/>.

Já para o cônjuge inválido ou com deficiência: o benefício será devido enquanto durar a deficiência ou invalidez, respeitando-se os prazos mínimos descritos na tabela acima. E para os filhos, equiparados ou irmãos do segurado recluso (desde que comprovem o direito): o benefício é devido até os 21 (vinte e um) anos de idade, salvo em caso de invalidez ou deficiência.

Apesar de bem determinadas as regras de cessação e suspensão do benefício, buscou-se aqui elenca-las de forma bem objetiva.

Primeiramente, umas das formas de extinção do auxílio-reclusão é quando do óbito do segurado. Conforme descreve o artigo 118 do Decreto 3.048/99: □Falecendo o segurado detido ou recluso, o auxílio-reclusão que estiver sendo pago será automaticamente convertido em pensão por morte.□

Concluindo, as hipóteses de extinção são as seguintes:

- a) a extinção da última cota individual (não se transferindo à classe seguinte);
- b) o recebimento de aposentadoria por parte do segurado;
- c) óbito do segurado ou beneficiário;
- d) soltura do segurado;
- e) emancipação do dependente ou quando completar 21 anos de idade, salvo se inválido, no caso de filho, equiparado a irmão, de ambos os sexos;
- f) se dependente inválido, a cessação da invalidez.

Já com relação à suspensão do auxílio-reclusão, destacam-se:

- a) fuga do segurado;
- b) recebimento do auxílio-doença do segurado;
- c) falta de apresentação trimestral de estado que comprove a permanência do segurado na prisão;
- d) concessão de livramento condicional ou progressão para o regime aberto.

Percebe-se que a manutenção das prestações são realizadas conforme determina a Lei Orgânica da Previdência Social de 1960, consoante descreve:

Art. 43 Aos beneficiários do segurado detento ou recluso que não perceba qualquer espécie de remuneração da empresa e que houver realizado no mínimo 12 (doze) contribuições mensais, a previdência social prestará auxílio-reclusão, na forma dos arts. 37, 38, 39 e 40, desta lei.

§ 1º O processo de auxílio-reclusão será instruído com certidão do despacho da prisão preventiva ou sentença condenatória.

§ 2º O pagamento da pensão será mantido enquanto durar a reclusão ou detenção do segurado, o que será comprovado por meio de atestados trimestrais firmados por autoridade competente.

Nesse contexto, e diante de uma nova ordem constitucional, a comprovação do recolhimento permanece inalterada, e no que se refere ao mínimo de 12 contribuições é levado em consideração apenas para caracterizar a manutenção do beneficiário como segurado.

5 IMPACTO FINANCEIRO DO AUXÍLIO RECLUSÃO NA PREVIDENCIA SOCIAL DO BRASIL NOS ANOS DE 2013 A 2015.

Diante da eminente crise do sistema penitenciário nacional e recente crise da previdência social do Brasil surgiu a necessidade de analisar os números no que se refere ao financiamento do auxílio reclusão para se chegar a uma conclusão crítica a respeito desse polêmico tema.

Através do levantamento de dados abaixo, realizado com base no Anuário Estatístico da Previdência Social – AEPS dos anos de 2013, 2014 e 2015, constatou-se que o auxílio-reclusão está dentre aqueles que tem menor representatividade dentro do total de benefícios previdenciários

GRUPOS DE ESPÉCIES		2013	2014	2015
Previdenciários		4.513.432	4.554.542	3.843.040
Aposentadorias		1.162.345	1.150.880	1.058.151
Auxílios	Doença	2.273.074	2.328.151	1.828.337
	Reclusão	25.211	24.074	19.851
	Acidente	9.716	10.504	9.987
Pensão por morte		414.675	409.245	365.262
Salário maternidade		628.409	631.687	561.451

Quadro 2: Quantidade de benefícios concedidos por clientela

Fonte: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2015/08/AEPS-2015-FINAL.pdf>.

Fazendo uma análise no Anuário Estatístico da Previdência Social – AEPS dos anos de 2013, 2014 e 2015 percebeu-se que de um total de 5.207.629 de benefícios concedidos durante o ano de **2013** apenas 25.211 foi de auxílio reclusão, o que representa **0,48%** do total, já no ano de **2014** foram 5.211.030 benefícios concedidos e 24.074 auxílio reclusão, representando **0,46%** do total e em **2015** foram 4.344.701 benefícios concedidos, desse total apenas 19.851 auxílios reclusão, sendo então, **0,45%**. Diante disso, observa-se no gráfico abaixo a pequena representatividade da concessão do auxílio-reclusão:

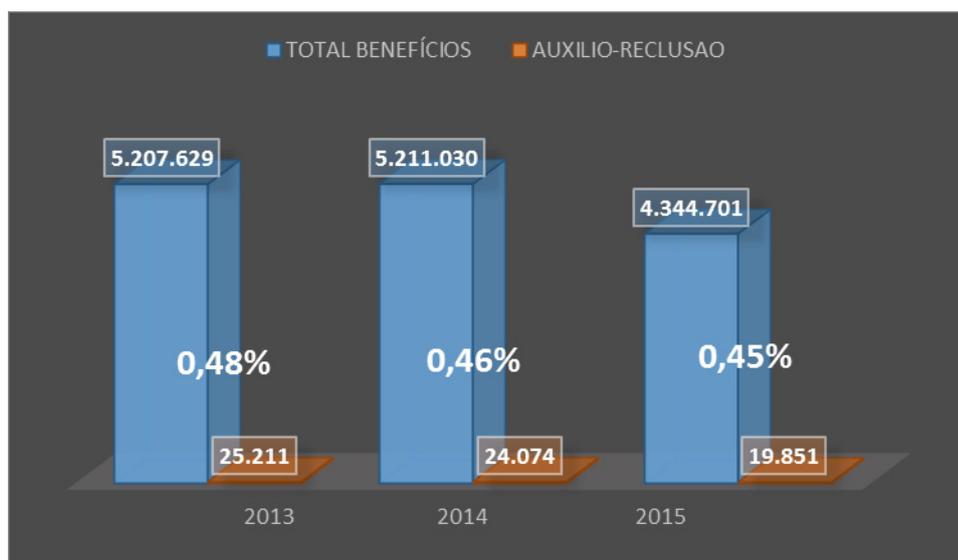


Gráfico 1: Total de benefícios concedidos X total de auxílios-reclusão concedidos

Fonte: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2015/08/AEPS-2015-FINAL.pdf>.

De acordo com o levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN – Dezembro 2014, a população carcerária em 2013 era de 581.507 presos e de 622.202 presos em 2014, ou seja, essa realidade só fortalece a ideia de que a concessão de auxílio-reclusão não atende nem a 10% da população carcerária. Sendo assim, não há que se falar que esse benefício incentiva ou contribui para o aumento da criminalidade, como é divulgado na mídia.

Já com relação aos valores monetários, foram R\$ 5.142.737 total de benefício concedidos em **2013** com R\$ 20.810 de auxílio-reclusão, em **2014** o total de benefícios foram R\$ 5.485.224 tendo

sendo concedido **R\$ 21.075** de auxílio-reclusão e em **2015** o total foi de R\$ 5.038.458 com **R\$ 19.273** auxílios-reclusão concedidos.

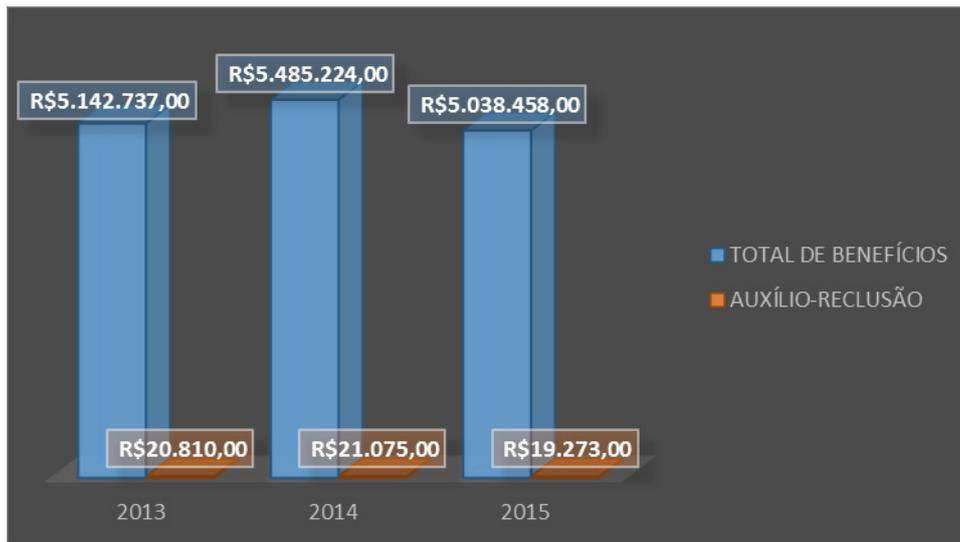


Gráfico 2: Total de benefícios concedidos X total de auxílios-reclusão concedidos (valores monetários)

Fonte: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2015/08/AEPS-2015-FINAL.pdf>.

Diante disso, faz-se uma crítica com relação ao posicionamento do Vereador Diogo Fernandes, representante do partido Social Democrático – PSD, que em audiência pública ocorrida em 18 de maio de 2017 na Câmara Municipal de Palmas, defendeu o fim do auxílio-reclusão alegando ser um dos benefícios que tem mais representatividade na Previdência Social do Brasil e que seu fim seria de suma importância para a recuperação econômica do sistema previdenciário brasileiro.

Ainda fazendo uma análise dos dados, ressalta-se um aspecto que chamou bastante atenção, foi aquele com relação ao sexo, no ano de **2013** do total de 25.211 auxílios-reclusão **10.314** foram destinados a pessoas **do sexo masculino** e **14.897** para o sexo **feminino**. Em **2014** daqueles 24.074 foram **9.887** para masculino e **14.187** para feminino e já em **2015**, daqueles 19.851 tiveram **8.413** para os homens e **11.438** para as mulheres. Desmistificando a ideia de que a maioria desse benefício seria destinado aos dependentes dos presos do sexo feminino, pois aqui demonstra quase que um equilíbrio na concessão do benefício por sexo do segurado.

O AEPS destaca também a quantidade de auxílio-reclusão concedidos por grupos de idade. E percebeu-se que a grande maioria se concentra entre os jovens que tem **até 19 anos** de idade representados por **19.878** em **2013**, **19.199** em **2014** e **16.125** em **2015**. Para as idades de **20 a 24 anos** foram os seguintes números, **922** em **2013**, **842** em **2014** e **573** em **2015**. E assim como vai aumentando a referência de idade vai diminuindo proporcionalmente o número de auxílios-reclusão concedidos. Observando-se dessa maneira, que esse é mais um fator que comprova a não ligação do auxílio-reclusão com a criminalidade.

Porém, há quem acredite nessa ligação. É o caso da Deputada Federal Antônia Lúcia, representante do Partido Social Cristão no Acre, que é autora de uma Proposta de Emenda à Constituição – PEC 304/2013 no qual visa alterar o inciso IV do artigo 201 e acrescentar o inciso VI ao artigo 203 da Constituição Federal de 1988, para extinguir o auxílio-reclusão e criar benefício para a vítima do crime.

Se extinto ou reduzido este benefício previdenciário pela baixa-renda, correrá um retrocesso social, o auxílio-reclusão é uma prestação previdenciária de fundamental importância nas relações sociais, pois sua concessão faz com que evite um caos tanto para a família do segurado quanto ao país, pois se suprimido esse importante benefício, muitos dependentes teriam que partir, seja de qual forma for, legal ou ilegal, para trazer o que comer, e sabemos que a hipótese mais provável é, infelizmente, o aumento da criminalidade pelo fato da genitora ter que trabalhar e os menores ficarem sem a devida base educacional, ficando à mercê do mundo. (ALVES, 2007, p.118)

Há que se lembrar também do que rege o princípio do direito Penal que os efeitos de uma condenação não devem se estender para além da pessoa do criminoso e a existência desse benefício dialoga diretamente com esse raciocínio ao garantir que a família de um cidadão, que antes de ser condenado, contribuía com a Previdência, esteja protegida da ausência do provedor. Portanto, não há que se falar em incentivo ao crime.

6 CONCLUSÃO

Então, após realização da pesquisa, observou-se que o Estado literalmente não está gastando muito dinheiro com esse benefício especificamente e que os beneficiários desse programa são pessoas que contribuíram com a Previdência social, até porque não é a condição de presa que lhe dá o direito dessa ação.

Constatou-se que a finalidade do benefício não está diretamente ligada ao segurado, mas sim aos seus dependentes, encontrando amparo no princípio da dignidade da pessoa humana, na proteção a família, na individualização da pena, solidariedade social e erradicação da pobreza. Pois ao preso, apenas será assistido pelo Estado nas suas necessidades básicas, não tendo direito de desfrutar desse benefício.

Buscou-se assim, despertar os leitores para a importância social e econômica da matéria em estudo, evitando-se uma interpretação errônea a respeito do tema. Nesse contexto é importante concluir que o auxílio-reclusão é um benefício que tem sim sua importante contribuição social e que não é ele o grande problema causador da crise no sistema previdenciário brasileiro.

REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Hermes Arrais. **Benefícios previdenciários**. 4. ed. rev. e atual. com obediência às leis especiais e gerais. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2009.
- ALVES, Hélio Gustavo. **Auxílio reclusão-direito dos presos e seus familiares**. São Paulo: LTR, 2007.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 de set. de 2016.
- _____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 06 de set. de 2016.
- _____. **Decreto 54, de setembro de 1934**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1934. Disponível em: <<http://www2>

camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-54-12-setembro-1934-498226-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 06 de set. de 2016.

_____. **Decreto 22.872, de junho de 1933.** Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1933. Disponível em:<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22872-29-junho-1933-503513-norma-pe.html>>. Acesso em: 06 de set. de 2016.

_____. **Decreto 3048, de maio de 1999.** Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1999. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 18 de out. de 2016.

_____. **Lei nº 8213/91.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1991. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 18 de out. de 2016.

_____. **Lei nº 3807/60.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1960. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3807.htm>. Acesso em: 18 de out. de 2016.

_____. **Lei nº 13.135/15.** Altera as Leis nº8.213, de 24 de julho de 1991, nº10.876, de junho de 2004, nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e nº10.666, de 8 de maio de 2003, e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13135.htm>. Acesso em: 22 de mai. de 2017.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de direito da seguridade social.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário.** Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social.** 24. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Direito da Seguridade Social.** 17. ed. Editora Atlas, 2016.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal no tocante aos direitos sociais e ao desenvolvimento econômico.** In. *Direito Constitucional nas Relações Econômicas: entre o crescimento econômico e o desenvolvimento humano.* Organizadores: POMPEU, Gina Marcílio.

CARDUCCI, Michele. SÁNCHEZ, Miguel Revenga. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de previdência social.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

THOMPSON, Lawrence. *Older & Wiser: The economics of public pensions.* The urban Institute: 1998.

THOMPSON, Lawrence. *Older & Wiser: The economics of public pensions.* Tradução de Celso Barroso Leite. Coleção Previdência Social, Série Debates, Brasília: 2000.

concedidos.

A ASCENSÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: O PERCURSO HISTÓRICO DO ESTADO LIBERAL AO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

THE RISE OF THE SOCIAL RIGHTS: A HISTORIC ROUTE BETWEEN LIBERAL STATE AND SOCIAL CONSTITUTIONALISM

JOSÉ EVAMBERTO MOREIRA NETO⁴
LÍDIA VALESCA BONFIM PIMENTEL RODRIGUES⁵

RESUMO

Propomos como objeto deste estudo, a análise da influência dos acontecimentos eclodidos durante o Estado Liberal burguês, que foram essenciais para a mudança de perspectiva do Estado sobre a opressão vivida pelas classes sociais menos favorecidas. Essa alteração de mentalidade no tratamento de seus tutelados, se deu quando o ente estatal percebeu que, para atender as demandas sociais deveria abrir mão de sua postura omissa e negativa, para assumir uma conduta mais ativa e cogente no que tange ao cumprimento do texto constitucional. Para isso, enveredamos o nosso estudo a partir das tipologias exploratória e qualitativa, nos valem da análise bibliográfica e do estudo de viés histórico das Constituições Mexicana de 1917 e Alemã de 1919, Cartas vanguardistas nas tratativas dos direitos sociais, trabalhistas e de bem-estar coletivo.

PALAVRAS-CHAVE: Liberalismo. Constitucionalismo Social. Constituição de Weimar. Constituição Mexicana de 1917.

ABSTRACT

This article proposes to analyze the influence of the Liberal State, that changed the perspective of the State on the oppression experienced by hyposufficient social classes. We noticed that the State changed the treatment of the protected ones when realized that, it was necessary to give up of its negative posture to take an active conduct, in favor of the social demands. For that, we used exploratory and qualitative researches and we approached the Mexican Constitution of 1917 and the Constitution of Weimar as the first ones to regiment the social, labor and collective welfare rights.

KEYWORDS: Liberalism. Social Constitutionalism. Weimar Constitution. Mexican Constitution of 1917.

INTRODUÇÃO

A partir de uma exposição histórica, o presente estudo pretende construir o percurso das conquistas constitucionais desde a ascensão do liberalismo, chegando ao Estado Social, expressa na Constituição do México e na Constituição de Weimar, buscando traçar âmbito constitucional,

4 Advogado. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Farias Brito (FBUNI). Pós-graduando em Direito Administrativo pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS). Telefone para contato: (88) 99623-3179. E-mail: moreiranetoadv@gmail.com

5 Doutora em Sociologia pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professora do Centro Universitário Farias Brito (FBUNI). Pesquisadora do Programa de Pesquisa Jurídica – FBUNI. E-mail: lidia.valesca@fbuni.edu.br

a influência dessas experiências no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente na Constituição Federal de 1988, que promoveu a cidadania, a inclusão e a diminuição das desigualdades, através da atuação positiva do Estado na concretização dos direitos sociais. Para isso, surgiu a necessidade do cultivo de meios para a promoção da isonomia e da salvaguarda dos direitos humanos individuais e coletivos no desenvolvimento das relações sociais.

A história nos mostra que houve um processo de modificação da mentalidade estatal, que passou do Poder do Estado concentrado nas mãos de um único governante, com o Absolutismo, percorreu depois outro caminho com a mínima intervenção estatal nas relações sociais, com o Liberalismo, até chegar à consolidação do Estado Social, que prevê a presente atuação estatal na concretização do bem-estar social. Tal processo de modificação foi gradual e contou com a influência das duas Cartas Magnas pioneiras das tratativas sociais, as Constituições Mexicana de 1917 e a Alemã de 1919.

Inicialmente, destacamos o Estado Absolutista, que definia o poder do Monarca como ilimitado, a sua figura era a personificação do divino e todos a população devia submeter-se aos seus mandos e desmandos. O rei e o Estado não possuíam quaisquer distinções, sendo considerados como instituições análogas, ou como proclamava Louis XIV, *l'État c'est moi* (o Estado sou eu).

Como se tratava de um sistema extremamente desigual, onde a abusividade do Rei prejudicava a burguesia e a população menos abastada, fizeram-se necessários movimentos que pregassem a desvinculação entre Estado e Religião e a diminuição do poder do Monarca. Neste momento, eclodiram na Europa, as Revoluções Inglesa e Francesa, que foram responsáveis por instaurar um novo sistema, o Estado Liberal.

O Estado Liberal teve como principais marcos, as Constituições americana de 1787 e a francesa de 1791, que foram responsáveis por estabelecer o Constitucionalismo Moderno. Estas Cartas tinham por objetivo limitar institucionalmente o poder do governante e estabelecer um Estado mínimo, a partir da atuação negativa do mesmo. A partir dessa visão, o Estado Liberal consagrou os direitos fundamentais de primeira dimensão, que estavam relacionados às liberdades individuais em face do Estado.

Mesmo com as previsões de direitos à liberdade, os mesmos não eram democráticos, ou seja, atingiam apenas a um contingente pequeno de indivíduos, sempre os mais abastados, o que culminou em um forte sentimento de desigualdade social.

Ante o exposto, a realidade fática deixava nítida a necessidade da população por modelo estatal capaz de abrir mão de sua postura negativa, e que fosse capaz de assumir uma conduta positiva em âmbito social, com o objetivo de consagrar a isonomia e de dirimir os conflitos e a desigualdade social, originando assim, o Estado Social de Direito.

A partir da ideia de Estado Social, foi implementado o modelo de Constituições Sociais para determinar a ação do Poder Público em promover a igualdade e o bem-estar a toda coletividade perante a lei, bem como a interferência estatal sempre que necessária para estabelecer uma vida social mais justa e harmônica.

Assim, surgiu uma segunda dimensão de Direitos Fundamentais, que retrata os Direitos Sociais, que não anulam os da primeira geração, e sim os complementam. Como principais expoentes do Estado

Social, citamos as Cartas Políticas que foram pioneiras em tais tratativas, as Constituições Mexicana, de 1917, e a de Weimar, de 1919.

A partir desse modelo de Constitucionalismo, foi possível moldar uma estrutura social menos desigual e mais acessível às camadas hipossuficientes da população, pois houve a elaboração de normas pertinentes aos direitos do trabalho, previdenciário e assistencial, bem como uma maior ênfase à proteção da entidade familiar, da maternidade e da infância e adolescência.

Por fim, abordamos a influências das Cartas Alemã e Mexicana no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, a partir de uma análise dos dispositivos constitucionais da Carta Magna do Brasil de 1988. Se valendo do seu caráter garantista e de direitos humanos, além de basear-se nos textos constitucionais desses países, o legislador brasileiro se valeu de estudos da realidade fática do nosso país para elaborar uma Constituição que fosse capaz de atender às demandas sociais que aqui existem. Logo, promoveu assim, a integração da sociedade nacional com base da institucionalização dos direitos sociais.

1. O CONTEXTO HISTÓRICO DOS CONFLITOS DOS INDIVÍDUOS COM O ESTADO: DO ABSOLUTISMO AO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Para entendermos o que impulsionou a luta pelo reconhecimento normativo dos Direitos Sociais, precisamos traçar um panorama histórico sobre a evolução do Estado. Guiamos o nosso estudo inicialmente pela formação do Estado Absolutista, implementado durante a Idade Média, percorrendo posteriormente pelo Estado Liberal, formado pelas Revoluções Inglesa e Francesa, até chegar ao Estado Social, que se consolidou pelas Constituições Sociais.

Começamos nossa reflexão trazendo a Idade Média como cenário de nosso estudo. Durante esse período, contamos com um Estado Absolutista, onde as figuras do Monarca e do Estado não possuíam quaisquer dissociações. Ou seja, o Poder do Rei proibia quaisquer intervenções dos segmentos sociais nos assuntos que diziam respeito ao funcionamento estatal, bem como, vedava limitações ao seu Poder, que lhe fora concedido por entidades divinas (NOVELINO, 2019, pp. 51-54).

No entanto, os indivíduos da época, insatisfeitos com a opressão do governante, começaram a perceber que se faziam necessários mecanismos que tivessem por finalidade a limitação do poder do governante, em proveito dos direitos individuais. A partir daí, eclodiram na Europa, a Revolução Inglesa e a Revolução Francesa.

A Revolução Inglesa ocorreu em 1688, de forma bem mais pacífica que a eclodida na França. Segundo Marcelo Novelino (2019, p. 52), a subordinação do Monarca ao direito só foi possível por conta da independência dos juízes ao Poder Político, e também, “pela particularidade do direito inglês de considerar, ao lado das normas legislativas emanadas do Parlamento, os precedentes judiciais e os princípios gerais do direito contidos no *common law*” (NOVELINO, 2019, p. 52), que determina que os magistrados devem salvaguardar e manter este sistema de direito.

No século XVIII, mais precisamente no ano de 1789, ocorreu a Revolução Francesa, marcada pela “ascensão da burguesia, opondo-se ao absolutismo” (NUNES JÚNIOR, p. 88). Este período fora marcado pelos desejos de eliminar os privilégios do Rei, da nobreza e do clero, e também de ascender

socialmente a burguesia. Teve como principais marcos a *Petition of Rights* (1628) e o *Bill of Rights* (1689), que reconheceu a supremacia do Parlamento e o império legal (RAMOS, 2015, p. 42).

As Constituições americana de 1787 e a francesa de 1791 foram responsáveis por estabelecer o Constitucionalismo Moderno, na figura do Estado Liberal, que buscava estabelecer uma Carta Política que tivesse por objetivo limitar formalmente o poder do Estado, para que o mesmo tenha uma ação negativa. Surgem então, os primeiros esboços do princípio da Supremacia da Constituição, bem como o a instauração da noção acerca dos direitos fundamentais.

Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro (2006, p. 103) tece interessantes observações sobre o início do Estado Liberal:

Com efeito, o início da ideia de direitos fundamentais – repita-se, de direitos e valores reconhecidos em sede constitucional remonta ao advento do Estado e das teorias contratualistas dos séculos XVII e XVIII, que, com o objetivo específico de justificar e legitimar a criação da figura estatal, acentuavam que o soberano deveria exercer sua autoridade com submissão aos direitos de cada homem, o que simbolizava o advento da importantíssima ideia de supremacia do indivíduo sobre o Estado (PINHEIRO, 2006, p. 103).

Ou seja, as principais características desse momento se expressam das seguintes formas: o advento de Constituições escritas, rígidas e dotadas de supremacia, que será exercida pelo Poder Judiciário; a instituição do controle de constitucionalidade; a ascensão da forma federativa de Estado e a separação dos Poderes.

Com isso, podemos afirmar que houve o surgimento dos direitos fundamentais de primeira dimensão, ou direitos civis e políticos, isto é, “são direitos individuais vinculados à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança e à resistência às diversas formas de opressão” (WOLKMER, 2010, p. 15). Ou seja, eles representam as prerrogativas de liberdade de agir do indivíduo em face do Estado, sendo especificamente direitos de caráter negativo, pois exigem a abstenção do ente estatal.

Apesar do rompimento com o Estado Absolutista e a ação ilimitada do governante, inúmeras injustiças foram ocorrendo pela falta de um ente capaz de conter os abusos praticados às pessoas hipossuficientes e aos trabalhadores, tendo em vista que o que se pregava pelo Liberalismo era a igualdade formal, sem distinções, entre toda a população.

Tal fato não levava em consideração as peculiaridades de cada segmento minoritário da população, fazendo com que inúmeras injustiças sociais e abusos aos trabalhadores fossem cometidos. Percebeu-se então, que o Estado com conduta negativa não mais servia para a completa inserção do indivíduo ao seio social.

Mesmo que as Constituições Liberais previssem direitos à liberdade e à liberdade pública, tais prerrogativas somente eram exercidas por um pequeno contingente de indivíduos, já que, para os membros mais desfavorecidos da sociedade faltavam mecanismos que fossem suficientes para alcançar o acesso a esses direitos (PINHEIRO, 2006, p. 103).

Ricardo Quartim de Moraes (2014, pp. 271-273) tece importantes comentários sobre a ótica contratualista deste momento:

A nova ordem inaugurada pelo Estado Liberal tem como aspecto central um mercado natural no qual a pauta de atuação de todos os participantes é a realização de seus interesses individuais sem amarras, em substituição a um mercado artificial, prenhe de restrições sobre a produção (corporações de ofício) e calcado pela insegurança gerada pelo poder incontrastável do soberano (MORAES, 2014, p. 271-273, *apud* MOREIRA, 1973, p. 74).

Além disso, podemos perceber que o princípio da Supremacia da Constituição foi deturpado pelo poder legiferante, que estabelecia em seu escopo normativo normas que segregavam indivíduos e que davam ensejo ao empregador a desenvolver uma relação desigual com seus empregados, impondo condições indignas de trabalho.

A partir do maior desenvolvimento industrial, as empresas se expandiram, graças a novos processos de manufatura, com um trabalho feito de forma mais rápida, mecânica e produtiva, fazendo com que haja a substituição do trabalho braçal pela máquina, o que resultou num grande fluxo de desemprego. Mesmo assim, persiste a necessidade do trabalho humano para operar a máquina, surgindo assim o trabalho assalariado. Bem como a substituição do trabalho do homem adulto pelo labor feminino e menor de idade, em razão do pouco custo e maior facilidade em controlá-los. O Estado Liberal favoreceu a lei do mercado, onde o patrão era responsável por determinar as regras de conduta e jornadas excessivas e insalubres de trabalho, enquanto o empregado deveria se submeter, sem ter, assim, a tutela estatal para coibir os abusos praticados (BOMFIM, 2016, p. 15).

Não só a ausência da isonomia entre empregador e trabalhador que resultou na impotência e na insustentabilidade do Modelo Liberal perante às demandas sociais que abalaram o século XIX e início do século XX (NOVELINO, 2019, p. 56) a Primeira Guerra Mundial também serviu para mostrar que era de grande necessidade, o surgimento de um novo tipo de constitucionalismo, que seja capaz de suprir as demandas que foram desatendidas pelo modelo clássico (PINHEIRO, 2006, p. 103).

Sobre a inevitabilidade de um novo modelo de Constituição, Marcelo Novelino (2019, p. 56) elucida:

As profundas transformações operadas na estrutura dos direitos fundamentais e do Estado de direito foram determinantes para o surgimento, pouco antes do fim da Primeira Guerra Mundial (1918), de um novo modelo de constituição. A igualdade formal conferida a patrões e empregados em suas relações contratuais, com total liberdade para estipular as condições de trabalho, resultou no empobrecimento brutal das classes operárias. O agravamento das desigualdades sociais provocou a indignação dos trabalhadores assalariados, dos camponeses e das classes menos favorecidas que passaram a exigir dos poderes públicos não só o reconhecimento das liberdades individuais, mas também a garantia de direitos relacionados às relações de trabalho, à educação e, posteriormente, à assistência dos hipossuficientes (NOVELINO, 2019, p. 56).

Para ser capaz de atender às reivindicações dos seus tutelados, o Estado teve que abdicar a sua postura passiva e negativa e “assumir um papel positivo, ativo, a fim de que a igualdade jurídico-formal apreçada nos textos constitucionais fosse, de fato, concretizada” (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 88).

Com isso, surge o Estado Social, que com a adoção do modelo de Constituições Sociais e da conduta positiva, determinava que o Poder Público, além de promover a paz, a segurança, a liberdade e a igualdade de todos perante a lei, deveria interferir no seio social para promover o princípio da isonomia, para que todas tenham livre acesso às mesmas oportunidades que o texto constitucional disciplina e que possam usufruir de seus direitos e garantias.

Com o surgimento do Constitucionalismo Social, nasceram também os direitos fundamentais de segunda dimensão, ou direitos sociais, que possuem caráter prestacional, exigindo uma conduta positiva do Estado e da sociedade para dirimir conflitos e desigualdades sociais que ofendem à dignidade humana (RAMOS, 2015, p. 64).

Partilhamos do mesmo entendimento de Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro (2006, pp. 106-107), que defende que os direitos fundamentais de segunda dimensão não anulam os de primeira dimensão, devendo sempre existir uma relação de coexistência e reciprocidade, para que “o entendimento de cada um dos direitos fundamentais seja sempre interpretado (ou reinterpretado) em conformidade com o contexto global da totalidade das dimensões de direitos já reconhecidas”.

Ademais, insta mencionarmos que o Estado Social se faz representado na figura das primeiras constituições que trataram acerca da necessidade de haver um Estado prestador de serviços para fomentar uma maior isonomia nas relações sociais, econômicas e laborais. São estas, a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de 1919, mais conhecida como Constituição de Weimar, ou *Weimarer Verfassung*.

2. O SURGIMENTO DO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL COMO RESPOSTA ÀS DEMANDAS POR DIREITOS SOCIAIS

A reivindicação pelos direitos sociais surgem nos suspiros finais da Primeira Guerra Mundial e o seu período de grande recessão econômica, e consistiu na demanda por uma postura mais ativa do ente estatal, que até então tinha limitada atuação na esfera individual, para que assim as Constituições pioneiras do Estado Social, a Mexicana e a Alemã, fossem capazes de prever direitos aos trabalhadores, assim como coibir abusos à dignidade dos mesmos e a instituição de políticas públicas de proteção aos menos favorecidos a partir da assistência social e da saúde pública.

2.1. CONSTITUIÇÃO MEXICANA DE 1917

A Constituição do México de 1917, ou *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la del 5 de febrero de 1857*, surgiu para reconhecer e legitimar constitucionalmente as reivindicações propostas pelas forças revolucionárias da Revolução Mexicana (1910-1920), que tinha como objetivo inicial acabar com a injustiça social perpetrada pela ditadura de Porfirio Díaz.

Tendo em vista o modelo liberal de política e economia de que era adepto, o ex-presidente Porfirio Díaz prezou pelo modelo de modernização de agricultura em larga escala e pela abolição de *ejidos*⁶, vindo a privilegiar quatro classes de indivíduos: o exército, a Igreja Católica, as grandes empresas privadas e os grandes proprietários de terra (PINHEIRO, 2006, p. 108).

A adoção da predileção pela classe mais abastada dos grandes latifundiários acabou por favorecer um forte antagonismo de interesses entre a grande elite rural, que queria expandir cada vez mais as suas propriedades e as suas riquezas, e os camponeses e indígenas, que se encontravam em estado de vulnerabilidade, pois eram veladamente explorados pela minoria opressora.

⁶ Segundo Victor M. Toledo (2010, pp. 40-41) os *ejidos*, ou terras comunais indígenas, são núcleos familiares camponeses que fazem uso coletivo da terra e dos recursos dela.

A submissão da população menos favorecida aos ditames dos grandes fazendeiros era percebida nas políticas públicas liberais implementadas por Porfirio Díaz. As mesmas favoreciam a concentração econômica, através da elaboração de leis que designavam o projeto produtivo de exploração dos grandes latifúndios, bem como o compromisso de expansão comercial através do investimento em capital estrangeiro. A partir desse modelo de governo, os grupos revolucionários manifestaram seu descontentamento, pois todos os privilégios e vantagens eram concedidos apenas aos grandes fazendeiros e às grandes empresas estrangeiros dos setores de serviços e do comércio (FIGUEIROA DÍAZ, 2010, p. 401).

Logo, o caráter autoritário do Porfiriato tornou-se insuportável, o que culminou nos primeiros passos em prol de estabelecer direitos sociais em território mexicano. Sobre o contexto de lutas e os principais objetivos da Revolução, Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro (2006, p. 108) assevera brilhantemente:

Torna-se claro perceber, portanto, que as principais reivindicações revolucionárias consistiam na proibição da reeleição do Presidente da República, no retorno dos *ejidos* e devolução das respectivas terras às comunidades indígenas, na nacionalização das grandes empresas e bancos, na consolidação de direitos trabalhistas à classe emergente e na separação radical entre Igreja e o Estado (PINHEIRO, 2006, p. 108).

Logo, ressaltamos que os fatores que impuseram o fim da Ditadura de Porfirio Díaz consistiam em inúmeras contradições econômicas, políticas, econômicas e sociais. Além disso, o ambiente internacional culminou em inúmeros eventos externos que forneceram arcabouço ideológico às forças revolucionárias de 1910. Tais momentos são elencados por Adonia Antunes Prado (2003, p. 145): a Revolução Russa de 1905; a crise mundial do capitalismo em 1907; as revoluções populares em Portugal, na Turquia e na China; os preparativos para a Primeira Grande Guerra; e o crescimento do sindicalismo mundial (PRADO, 2003, p. 145 *apud* GILLY, 2005, p. 55).

Influenciada e impulsionada pela doutrina anarcossindicalista e pelo desejo da população camponesa na reparação dos danos sofridos durante décadas dos excessos do Estado Liberal (ZÚÑIGA ALEGRÍA; CASTILLO LÓPEZ, 2010, p. 498), a Constituição foi promulgada por Venustiano Carranza em 1917, era composta por 136 artigos fracionados em nove títulos e as disposições transitórias:

A Assembleia Constituinte foi formalmente instalada em 1º de dezembro de 1916, e a nova Constituição foi publicada em 5 de fevereiro de 1917. Ao contrário da sua antecessora, que, tomando como modelo o modelo francês e americano, incluía apenas uma orgânica e dogmática, a nova Carta Magna apresenta a originalidade de estabelecer o que viria a ser chamado de garantias sociais; isto é, direitos fundamentais em favor dos trabalhadores (artigo 123) e camponeses (artigo 27) (ZÚÑIGA ALEGRÍA; CASTILLO LÓPEZ, 2010, p. 505, **tradução nossa**⁷).

7 El Congreso Constituyente quedó formalmente instalado el primero de diciembre de 1916 y la nueva Constitución fue expedida el 5 de febrero de 1917. A diferencia de su predecesora, que tomando como modelo a la Constitución francesa y a la estadounidense, sólo incluía una parte orgánica y una dogmática, la nueva Carta Magna presenta la originalidad de establecer las que después serían llamadas garantías sociales; es decir, derechos fundamentales en favor de los trabajadores (artículo 123) y de los campesinos (artículo 27) (ALEGRÍA; LÓPEZ, 2010, p. 505).

Ante o exposto, a Carta Magna é exaltada pelo pioneirismo nas tratativas dos direitos fundamentais de segunda dimensão e na ascensão do modelo de Constitucionalismo Social, pois visava consagrar os direitos fundamentais sociais na seara constitucional, em contraposição ao modelo anterior de Constituições Liberais clássicas, que só se preocupavam em organizar formalmente o Estado e conceder direitos políticos aos cidadãos, nada prevendo sobre direitos sociais.

Apesar de não haver supressão dos direitos fundamentais de primeira dimensão, verificamos também a profunda mudança perceptível do Estado Liberal ao Social em mecanismos dispersos do texto constitucional, que abrangem principalmente os artigos 27, 28 e 123 da Carta Política.

O artigo 27 engloba a propriedade das terras e águas compreendidas dentro dos limites do território nacional, que correspondem originariamente à Nação mexicana, que obteve o direito de transmitir o domínio aos particulares, constituindo assim a propriedade a propriedade privada. O referido dispositivo determina que a função social da propriedade, que a expropriação só pode se dar em razão do interesse público e mediante indenização prévia e justa e a proteção da pequena propriedade.

Citamos o artigo 28 da Carta, que trata acerca dos direitos econômicos e de proteção à livre concorrência. Tendo em vista a necessidade de rompimento com o fomento da Ditadura de Porfirio Díaz à prevalência da pequena parcela poderosa de fazendeiros, o conteúdo da Carta de 1917 prevê a vedação aos monopólios na atividade econômica, já que anteriormente o mercado estrangeiro dominava a maior parte das grandes companhias que estavam instaladas no México. A partir desta percepção, percebemos a ascensão do modelo interventor estatal e a renúncia do modelo adotado pelo liberalismo, que pregava que o ente estatal deveria ter apenas mera função administrativa. Sobre a intervenção do ente estatal na vida econômica e social, Jorge Carpizo (2012, p. 20) destaca:

Na Declaração de 1917 se vislumbra que o Estado tem que interferir na economia na vida social para salvaguardar o reconhecimento e o cumprimento dos direitos sociais. Por exemplo, a propriedade privada é protegida, mas encontra-se sujeita ao interesse público da sua função social (CARPIZO, 2012, p. 20, **tradução nossa**⁸).

Outrossim, mesmo com a consagração dos direitos fundamentais de segunda dimensão, não foi vislumbrada a anulação dos direitos individuais, civis e políticos, uma vez que a Constituição continua a disciplinar sobre o respeito à propriedade privada, conforme prega a ideologia liberal, mas passa a prever a fiscalização do Estado para averiguar se a função social está sendo respeitada, com o intuito de combater propriedades improdutivas.

Por fim, destacamos que a Constituição é considerada por muitas, a Carta Política inauguradora do Direito Constitucional do Trabalho (PINHEIRO, 2006, p. 111), pois apresenta em seu artigo 123 que é direito de todos trabalho digno e socialmente útil, que serão promovidos através da criação de empregos e da organização social do trabalho, conforme disposto em lei.

Entre as principais determinações do artigo 123 encontram-se: duração máxima da jornada de trabalho de oito horas diárias; proibição dos labores insalubres e perigosos e o trabalho noturno aos

8 En la declaración de 1917 se vislumbra que el Estado tiene que intervenir en la economía y en la vida social para asegurar que los derechos sociales que se reconocen sean una realidad, para que se cumplan (CARPIZO, 2012, p. 20).

menores de dezesseis anos; menores de quinze anos não podem laborar, e os que possuem entre 15 e 17 anos não podem trabalhar mais que seis horas diárias; um dia de descanso semanal; direitos às gestantes e lactantes; salário mínimo digno; vedação de discriminações de gênero e nacionalidade na aferição do salário; capacitação para o trabalho, ofertada pela empresa; responsabilização do empregador em casos de acidentes de trabalho e enfermidades profissionais, sofridas em razão do exercício da profissão; respeito à higiene e segurança nas instalações do estabelecimento e prevenção aos acidentes; formação de sindicatos e associações, por trabalhadores e empregadores; direito de greve; direito de indenização ao trabalhador demitido sem justa causa e o reconhecimento da utilidade pública da Lei do Seguro Social, que compreenderá seguros de invalidez, de vida, cessação involuntária do trabalho, de enfermidades e acidentes e demais serviços importantes aos trabalhadores camponeses.

2.2. CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR

A Constituição de Weimar, ou *Weimarer Verfassung*, surgiu após um momento histórico deveras conturbado para a sociedade alemã, que vinha enfraquecida após a derrota na Primeira Guerra Mundial, de forma que buscava a reconstrução do país e de suas instituições, mas tinham como obstáculos, os diversos compromissos impostos pelos Beligerantes da Trílice Entente (AUAD, 2008, p. 337).

Promulgada em 1919, após o advento do Partido Social-Democrata da Alemanha e baseada na ideologia da socialdemocracia, a Carta Política foi simultaneamente, a segunda Constituição de natureza Social e a primeira a abordar os direitos sociais assistenciais em seu bojo, tendo como premissa a defesa dos mesmos não como uma caridade, e sim como prerrogativas comuns a todos os cidadãos alemães.

De acordo com Denise Auad (2008, pp. 338-339), o texto da Constituição está dividido em duas partes: a primeira aborda a estrutura administrativa do *Reich* e dos Poderes do Estado, e a segunda aborda os direitos e obrigações comuns aos alemães, como o acesso à educação, à saúde, a proteção da infância e da maternidade e a dignidade nas relações laborais. A jurista complementa que o diferencial desta Carta Política se encontra na responsabilidade constitucional atribuída ao Estado Alemão em garantir os Direitos Sociais aos seus tutelados.

Os 165 artigos do texto constitucional de Weimar eram divididos em dois Livros, e ainda contava com disposições transitórias. O Primeiro Livro dispunha acerca da organização e das finalidades da República, a “estruturação de seus órgãos e dos limites de atuação dos *Länder* em face do *Reich* e de cada um dos Poderes Políticos em relação aos demais” (PINHEIRO, 2006, p. 115). Já o Segundo Livro tratava sobre os direitos e obrigações fundamentais comuns aos cidadãos alemães, “dentre os quais os de natureza social, como, por exemplo, a educação, a saúde, a proteção à infância e à maternidade e a dignidade da relação trabalhista” (AUAD, 2008, p. 339).

Sobre os direitos individuais, o artigo 109 determina que todos os alemães são iguais perante a lei, sem distinção de gênero nos direitos e obrigações. Veda privilégios ou desvantagens legais baseadas no nascimento ou classe social. O artigo seguinte trata acerca do direito à nacionalidade, quando determina que a nacionalidade no *Reich* e nos Estados é adquirida e perdida conforme as especificações da Lei do *Reich*. Os artigos 111 e 112 trazem disposições sobre a circulação no território e a emigração dos nacionais para países não-germânicos.

Sobre o direito das minorias, a Constituição de Weimar prevê, em seu artigo 113, a proteção das minorias de línguas estrangeiras. Determina que as comunidades falantes de línguas estrangeiras não devem ser proibidas de expressar sua cultura identitária na educação, na administração local e na jurisdição.

No capítulo referente à vida em comunidade, o texto inicia com importantes preceitos em matéria familista, entre os artigos 119 e 121, quando determina que o instituto do casamento é a base da família, e que goza de especial proteção do Estado e da Constituição. Determina também a igualdade entre os cônjuges, a salvaguarda da maternidade e o auxílio social para famílias grandes. Posteriormente, afirma a obrigação dos pais em fornecer uma criação adequada aos seus filhos, com a supervisão do Governo. Também assevera a igualdade entre os filhos nascidos durante ou fora do matrimônio, inexistindo a classificação da prole entre legítima e espúria.

Após o abordado sobre os direitos de primeira dimensão, insta fazermos considerações acerca dos direitos sociais que conferiram o caráter de Constituição Social à Carta Magna de 1919. O texto constitucional trata de garantias para maternidade, educação pública, direitos assistenciais, função social da propriedade, desapropriação de terras, mediante indenização, habitação, direito ao trabalho e o seguro desemprego.

Apesar da saúde e assistência social serem garantidas pelo Estado desde 1881, não havia positividade para isso. De modo que, a Constituição de Weimar se responsabilizou por consagrar esses direitos em âmbito constitucional, através da ação positiva estatal.

Para a proteção da maternidade, da velhice e das eventuais debilidades, foi instituído pelo artigo 161, um sistema abrangente de seguridade social, através da direta colaboração dos segurados. Através do dispositivo, a Constituição de Weimar se destaca pelo pioneirismo ao consagrar os princípios dos direitos sociais assistenciais e de saúde, para a proteção dos indivíduos menos favorecidos. O texto constitucional passou a tratar tais programas assistencialistas como prerrogativas dos cidadãos em necessidade, e não como caridade (LÓPEZ OLIVA, 2010, p. 169).

A Carta também foi propulsora de uma forma de auxílio-doença, que de acordo com José López Oliva (2010, p. 170) obrigava os empregadores a assegurar prestações aos dependentes e também os responsabilizava em casos de acidentes de trabalho. O texto constitucional impôs a criação de um fundo para cobrir os riscos à saúde que os empregados eventualmente poderiam sofrer. No artigo 129, houve a regulamentação legal das pensões aos dependentes e o direito à aposentadoria do servidor público.

No que tange ao direito à educação, existia a obrigação dos primeiro oito anos da escola, para os alunos que possuíam entre 6 e 14 anos de idade, sendo direito comum às crianças alemãs uma educação pública, gratuita, de qualidade e de caráter nacional, provida pelo Estado. Bem como, o material escolar também era fornecido pelo ente estatal, tanto nas escolas nacionais, quanto nas escolas complementares.

Quanto ao direito à propriedade, a mesma era resguardada pelo texto constitucional no artigo 153, deve ser utilizada conforme o interesse público, cabendo edição de leis que tipifiquem seu conteúdo e limites. Determina que a expropriação só poderá ser decretada com base em leis válidas, desde que seja para atender a finalidade pública e com prévia indenização apropriada.

Por fim, quanto ao direito ao trabalho, de acordo com o artigo 7º, o Reich ficava responsável pela elaboração da legislação trabalhista, dos seguros e da proteção dos trabalhadores. O artigo 139 determinava que o domingo e os feriados estavam designados como dias de descanso do trabalho, protegidos pela lei. O artigo 162 defendia uma colaboração entre o Reich e organismos internacionais para salvaguarda de uma proteção mínima de direitos sociais para a classe trabalhadora.

Após vislumbrarmos o que fora tratado sobre a segunda parte do texto constitucional, que disciplinava a proteção dos direitos e obrigações do povo alemão na sua natureza social, compartilhamos do pensamento de Auad (2008, p. 339), que assevera que a Constituição de Weimar seria um importante caminho de transição para a construção de um Estado Social, onde seria possível a inserção social de camadas excluídas da população.

No entanto, essas normas pouco tinham aplicabilidade prática, uma vez que a visão conservadora do Estado Nazista não contribuiu para a consagração de um modelo inclusivo às minorias sociais da época. Sobre essa inaplicabilidade prática da Constituição perante o sistema totalitário que estava se instalando na Alemanha, Auad (2008, p. 340) afirma:

O diálogo em prol integração social e fortalecimento da democracia foram substituídos por um Estado Totalitarista que se instalou no poder com a promessa da integração nacional baseada na ideologia da segregação racial, e que dotou o partido nazista de poderes até mesmo mais amplos que o Estado. A consequência dessa política totalitária e segregatória foi nefasta para a humanidade e levou a um dos maiores massacres da História, o qual ficou conhecido por holocausto (AUAD, 2008, p. 340).

3. A INFLUÊNCIA DAS CONSTITUIÇÕES SOCIAIS PIONEIRAS NA CONSAGRAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como aderiu ao conceito de Estado Social, o ordenamento jurídico brasileiro conquistou caráter garantista e de proteção aos direitos fundamentais com a Constituição Federal de 1988, tendo como função, a promoção e a integração da sociedade nacional (BERCOVICI; MASSONETTO, 2004, p. 526).

Além de reproduzir alguns dispositivos positivados nas Cartas Alemã e Mexicana, o legislador brasileiro também adaptou seu texto constitucional conforme as particularidades da nossa realidade e implementou novos direitos aos tutelados, que serão satisfeitos pela atuação positiva e garantista da nossa Democracia.

Constituem o rol exemplificativo de direitos sociais, conforme o artigo 6º da Constituição de 1988, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência e a assistência social, a proteção à maternidade e à infância, que deverão ser usufruídos por todos os cidadãos, os titulares de tais direitos fundamentais.

A partir das noções de hipossuficiência e vulnerabilidade que o trabalhador sofre em detrimento ao seu empregador, a Constituição elencou um rol exemplificativo de prerrogativas, em seu artigo 7º, no sentido de melhorar a condição social e econômica daqueles que estão em situação de desigualdade. Dentre os quais, podemos citar: a proteção do trabalhador contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, com a possibilidade de fixação de indenização compensatória; seguro-desemprego; fundo de garantia de tempo de serviço (FGTS); salário mínimo capaz de atender as necessidades básicas do trabalhador e de seus dependentes; irredutibilidade do salário, salvo disposição em acordo ou convenção coletiva

de trabalho; salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda; jornada de trabalho de até oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais; repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; férias anuais remuneradas; licença-maternidade; aposentadoria; seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador; proibição de distinção de salário, exercício de funções e critério de admissão baseados em gênero, idade, raça ou estado civil; vedação de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis, salvo na condição de aprendiz, a partir dos catorze anos.

Baseado nas diretrizes do Estado Social consolidado pela ação positiva estatal em prol de seus tutelados, a Constituição de 1988 prevê em seu artigo 203, normas sobre a assistência social, que será prestada aos mais necessitados, independente de contribuição, objetivando a proteção da família, da maternidade, da infância, da adolescência e da velhice, o amparo aos menores de idade carentes, a promoção da integração ao mercado de trabalho, a garantia de um salário mínimo de benefício mensal aos indivíduos que atestem não possuir meios de prover à própria subsistência.

□□□□ Quanto à educação, a Constituição preza, no artigo 205, pelo acesso democrático de todos ao ensino gratuito, que será provido pelo Estado, em colaboração com a família e a sociedade, com finalidade de desenvolver plenamente as capacidades do ser humano, bem como prepará-la para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho. Já o artigo 208, determina que o Estado deve promover a educação, que será efetivada através da educação básica obrigatória e gratuito dos quatro aos dezessete anos, mas também pode assegurar às pessoas que não tiveram acesso na idade própria; □ atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático e escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

Como o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo, garantido expressamente pelo texto constitucional, caso o Poder Público não o ofereça ou o ofereça com irregularidades, a autoridade competente responderá por isso. Além disso, as autoridades competentes do Estado devem atuar para garantir a frequência escolar dos estudantes, juntamente com a participação dos pais ou responsáveis.

A partir da noção de intervenção do Estado nas relações familiares, a Constituição Federal de 1988 determina a família como base da sociedade e do desenvolvimento do ser humano, e que também apresenta especial proteção, desde o artigo 226 até o artigo 230. Assim, o Estado deve prestar assistência familiar a cada integrante, para assim criar mecanismos efetivos para evitar a violência doméstica e familiar.

O Poder Público, juntamente com a sociedade e a família, deve compreender a vulnerabilidade da criança, do adolescente e do jovem, e deve assegurar-lhes o direito à vida, ao alimento, à educação, à cultura, à profissionalização, ao respeito e à liberdade, de modo a protegê-los de quaisquer formas de negligência, estigma, exploração, violência e opressão. □□□□

Para concluir, insta destacarmos os direitos da ordem econômica e financeira, que englobam a propriedade e o cumprimento de sua função social, que também encontravam previsão nas Constituições de Weimar e Mexicana de 1917. A Constituição Federal de 1988 entende que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende o exposto nas exigências de ordenação da cidade expressas

no plano diretor; já a propriedade rural atende sua função social, quando prevê seu aproveitamento racional e adequado, quando utiliza adequadamente dos recursos naturais disponíveis e promove a preservação do meio ambiente, quando observa as disposições que regulam as relações trabalhistas e quando sua exploração favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores, sem onerar demasiadamente o meio ambiente.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A noção de garantia de direitos é fruto de um percurso histórico, que tem nas lutas pelos direitos sua repercussão na ação do Estado Constitucional. Desse modo, ao entendermos que o Estado Democrático de Direito prevê o estabelecimento de um amplo acesso da população à satisfação de suas demandas, podemos verificar que a sistemática que prega a pouca interferência do Poder Público nas relações coletivas e econômicas podem gerar instabilidade do sistema político e um grande impacto negativo para a concretização dos direitos sociais.

Para a efetiva concretização dos direitos e garantias fundamentais de segunda geração, se faz necessário a existência da institucionalização de prerrogativas de cunho social em sede constitucional. A partir dessa problemática surgem as Constituições Mexicana e Alemã, que inovaram ao conferir status constitucional aos direitos sociais e ao conscientizar que o mínimo existencial deve ser obrigatoriamente conferido pelo ente estatal.

Outrossim, entendemos que as práticas estatais devem estar em consonância com a posição teórica contida na Constituição. Ou seja, devem ser implementadas ações positivas pelos órgãos e autoridades responsáveis no sentido de reduzir as desigualdades e aumentar o acesso aos direitos e garantias fundamentais.

A ausência do posicionamento prático estatal pode sinalizar um caminho inverso ao desejado pelas Cartas Sociais. Como bem aponta Auad (2008, p. 352), pode haver o aumento do estigma social e da concentração de riqueza, pela desorganização social, “a qual, na prática, visa muito mais ao lucro, à competição, ao consumo desenfreado do que ao bem-estar humano. Daí porque os discursos de defesa dos direitos sociais incomodam tanto quando há a possibilidade de se tornarem reais” (AUAD, 2008, p. 352).

REFERÊNCIAS

AUAD, Denise. **Os Direitos Sociais na Constituição de Weimar como paradigma do modelo de proteção social da atual Constituição Federal Brasileira**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 103, pp. 337-355, jan./dez. 2008.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. **Os Direitos Sociais e as Constituições Democráticas Brasileiras: Breve Ensaio Histórico**. In: David Sánchez Rúbio; Joaquín Herrera Flores; Salo de Carvalho. (Org.). *Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 510-528.

BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho** – 12ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

CARPIZO, Jorge. **El Estado de los derechos de la justicia social**. Revista Latinoamericana de Derecho

Social, núm. 14, enero-junio, 2012, pp. 3-42.

FIGUEIROA DÍAZ, Luis. **La Revolución mexicana de 1910 y el origen de las bases del régimen económico.** Revista Alegatos, núm. 75, vol. 24, 2010, pp. 399-416.

LÓPEZ OLIVA, José O. **La Constitución de Weimar y los derechos sociales: la influencia en el contexto constitucional y legal colombiano a la luz de los derechos sociales asistenciales a la seguridad social en salud.** Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política, [S.l.], v. 4, n. 1, p. 167-180, ene. 2010. ISSN 2500-8692.

MORAES, Ricardo Quartim de. **A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente.** Revista de Informação Legislativa: Brasília, v. 51, n. 204, out.-dez. 2014, pp. 269-285.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional.** 14. ed., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional.** 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

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.** Revista de Informação Legislativa: Brasília, a. 43, n. 169, pp. 101-126.

PRADO, Adonia Antunes. **O Zapatismo na Revolução Mexicana: uma leitura da Revolução Agrária do Sul.** Estudos Sociedade e Agricultura (UFRJ), Rio de Janeiro, ano 11, n. 20, 2003, pp. 144-174.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

TOLEDO, Victor M. **As experiências agroecológicas do México: uma visão geopolítica.** Revista Agriculturas: experiências em agroecologias, v. 7, n. 1, pp. 40-45.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Novos Pressupostos para a Temática dos Direitos Humanos.** In: RÚBIO, David Sanchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Clássica. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2010. pp. 13-29.

ZÚÑIGA ALEGRÍA, José Guadalupe; CASTILLO LÓPEZ, Juan Antonio. **La Revolución de 1910 y el mito del ejido mexicano.** Revista Alegatos, núm. 75, vol. 24, 2010, pp. 497-522.

A CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR E AS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS: CONTRIBUIÇÕES PARA A COMPREENSÃO DAS MODIFICAÇÕES INFORMAIS DA CONSTITUIÇÃO

THE CONSTITUTION OF WEIMAR AND THE CONSTITUTIONAL MUTATIONS: CONTRIBUTIONS TO THE COMPREHENSION OF THE INFORMAL CHANGES TO THE CONSTITUTION

MATHEUS CASIMIRO GOMES SERAFIM⁹

RESUMO:

o presente trabalho analisa as contribuições dos estudos desenvolvidos sobre as mutações constitucionais sob a égide da Constituição de Weimar. Os processos informais de modificação do texto constitucional têm sido fundamentais para o constitucionalismo, em especial para os países que adotam Constituições rígidas. Assim, compreender a origem desse instituto auxilia na sua melhor utilização hodierna. Para isso, analisa-se o pensamento dos três autores que realizaram pesquisas mais profundadas e relevantes sobre o tema durante a República de Weimar: Rudolf Smend, Hermann Heller e Hsü Dau-Lin. Os dois primeiros foram fundamentais para apontar a indissociabilidade entre a dinâmica estatal e as mutações constitucionais, ressaltando a sua importância, enquanto o último foi pioneiro na sistematização do tema, suscitando a importância de se fixar limites para a realização das modificações informais, para que o seu resultado esteja conforme o Direito.

Palavras-chave: Mutação Constitucional; Constituição de Weimar; Modificações informais da Constituição.

ABSTRACT:

the present work analyzes the contributions of the studies developed on the constitutional mutations under the aegis of the Constitution of Weimar. Informal changes to the the constitutional text have been fundamental for constitutionalism, especially for countries that adopt rigid Constitutions. Thus, to understand the origin of this institute will help in its best current use. For this, the study analyzes the thinking of the three authors who carried out more in-depth and relevant research on the subject during the Weimar Republic: Rudolf Smend, Herman Heller and Hsu Dau-Lin. The first two were fundamental to point out the indissociability between the state dynamics and the constitutional changes, emphasizing their importance, while the latter was a pioneer in systematizing the problem, raising the importance of setting limits for the accomplishment of informal modifications, so that the its result is in accordance with the Law.

Keywords: Constitutional Mutation; Weimar Constitution; Informal changes to the Constitution.

9 Advogado (OAB-CE). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Pós-graduando *lato sensu* em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Mestrando em Direito Constitucional e Ordem Jurídica pela UFC. Endereço profissional: Rua Meton de Alencar, S/n, Centro, Fortaleza (CE). E-mail: mcgserafim@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

As Constituições escritas, elaboradas primeiramente na segunda metade do século XVIII, surgem com a finalidade de estruturar o Estado e resguardar as liberdades individuais em face da atuação estatal. Os constituintes originários, cientes da relevância de sua obra, estabeleceram processos diferenciados e complexos de alteração do texto constitucional, com a pretensão de resguardá-lo de alterações arbitrárias de uma maioria circunstancial.

A rigidez constitucional, no entanto, permitiu um descompasso entre normatividade e facticidade. Na medida em que a realidade social se altera, com o surgimento de novos valores e expectativas sociais, a Constituição precisa acompanhar esse fluxo evolutivo, ou restará fragilizada, perdendo a sua força normativa. Além disso, tendo em vista o procedimento diferenciado para a alteração da obra do constituinte, nem sempre será possível realizar a atualização constitucional por meios formais.

Diante dessa realidade, importantes juristas alemães do século XIX iniciaram os estudos sobre um fenômeno fundamental para a durabilidade das Constituições: as mutações constitucionais, também chamadas de processos informais de modificação do texto constitucional.

O presente trabalho visa compreender as contribuições dos constitucionalistas da República de Weimar para a compreensão do tema, tendo em vista que nesse período as mutações foram amplamente estudadas e se iniciou a sua sistematização. As doutrinas desenvolvidas à época continuam a influenciar a realização das modificações informais, razão pela qual é necessário conhecer o pensamento dos principais autores que trataram sobre o tema.

Para realizar esse objetivo, utiliza-se o estudo bibliográfico, com o intuito de compreender o contexto histórico no qual as pesquisas sobre as mutações constitucionais foram desenvolvidas, bem como para esclarecer o pensamento dos principais autores que trataram do tema. Dos constitucionalistas de Weimar, o trabalho foca a sua análise nos três autores que, à época, deram a maior contribuição para o estudo das modificações informais: Rudolf Smend, Hermann Heller e Hsü Dau-Lin. Por fim, busca-se conhecer o legado desses juristas para o constitucionalismo no que tange às mutações constitucionais.

2. AS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS COMO CONEXÃO ENTRE O PASSADO E O PRESENTE

Uma das principais características do constitucionalismo desde a sua origem, na segunda metade do século XVIII, é a pretensão de estabilidade (BERCOVICI, 2008). As Constituições, além de fundarem uma nova ordem jurídica, consagram direitos fundamentais que em dado momento histórico são vistos como basilares em uma comunidade política, bem como estabelecem diretrizes para o desenvolvimento da sociedade e do Estado.

À vista disso, o constituinte, com o intuito de resguardar a sua obra de maiorias políticas ocasionais, costuma estabelecer um procedimento diferenciado para a alteração do texto constitucional, dando origem às constituições rígidas. Por conseguinte, apenas o órgão legislativo que detiver o poder constituinte derivado reformador pode modificar formalmente a Constituição.

A pretensão de durabilidade, entretanto, encontra no tempo o seu principal adversário. Enquanto os textos constitucionais almejam a constância e a segurança, o tempo segue produzindo mudanças (TEIXEIRA, NASCIMENTO, 2017). Em virtude dessa tensão entre passado e presente exsurtem as mutações constitucionais. Ao adotarem procedimentos especiais para a sua alteração, as Constituições podem acabar defasadas, sendo ultrapassadas pela realidade social que pretendem regular.

Conseqüentemente, em paralelo à modificação formal, faz-se necessário um meio informal de alteração do texto constitucional, também chamado de mutação constitucional, a qual é basilar para conformar a obra do constituinte às novas realidades sociais e assegurar a sua força normativa (FERRAZ, 2015).

As mutações constitucionais costumam ocorrer em razão de dois principais fatores: a primeira possibilidade é a alteração significativa da realidade política, econômica e social que a Constituição visa conformar, de tal forma que é necessário promover uma atualização do seu sentido para assegurar a sua normatividade; a segunda hipótese é uma modificação na base axiológica da sociedade, ou seja, alteram-se os valores ou os juízos de valor a respeito de fatos e normas. Em face de uma dessas possibilidades, para viabilizar a adequação do texto às novas realidades, atribui-se novo sentido aos dispositivos constitucionais.

O fenômeno das modificações informais foi estudado primeiramente na Alemanha, ainda na vigência da Constituição de 1871. Nesse contexto, a Escola Alemã de Direito Público, percebendo um crescente distanciamento entre o texto constitucional e a realidade social subjacente, preocupou-se em promover uma aproximação entre fato e norma (SANTOS, 2015).

À vista disso, importantes teóricos integrantes da Escola se preocuparam em estudar as mutações constitucionais, destacando-se Paul Laband e Georg Jellinek. Enquanto Laband afirmava que o Estado seria capaz de alterar a Constituição por processos informais (BULOS, 1997), Jellinek, com base em sua teoria do fato consumado, afirmava que fatos consolidados no tempo viabilizam a atribuição de novos sentidos ao texto constitucional, tendo em vista a insuficiência destes para atender às novas demandas da realidade (SANTOS, 2015).

Os referidos juristas, no entanto, não se preocuparam com um ponto fundamental: estabelecer limites para as modificações informais do texto constitucional. Nesse sentido, de grande relevância é a obra de Hesse, que estudou seriamente a questão. Assim, afirma o autor que:

Se as modificações da realidade social só devem considerar-se relevantes para o conteúdo da norma enquanto fazem parte do âmbito normativo, se o “programa normativo” resulta determinante a esse respeito e se para este último resulta fundamental o texto da norma, então o conteúdo da norma constitucional só poderá modificar-se no interior do marco traçado pelo texto (2013, p.168).

Dessa forma, a primeira limitação às mutações são as possibilidades de sentido gramaticalmente admitidas, ou seja, a modificação deve ocorrer dentro da moldura semântica do texto, de tal forma que não é possível sacrificá-lo em prol de uma atualização da Constituição, visto que isso a tornaria completamente submissa à facticidade. Por isso, Hesse afirma que “a finalidade (*Telos*) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação” (HESSE, 1991, p.23).

Ademais, a doutrina estabelece um segundo limite para o fenômeno. Segundo Morais (2016), além da limitação semântica, a modificação deve ocorrer de forma coerente com o sistema constitucional, respeitando-se as decisões fundamentais do constituinte e buscando garantir a unidade de sentido da Constituição, cuja identidade deve ser preservada.

Em razão dos referidos limites, Ferraz (2015) define mutação constitucional como um processo de modificação dos sentidos atribuídos ao texto, ocorrendo, entretanto, dentro das possibilidades semânticas por ele admitidas e de forma coerente com o sistema constitucional em questão. Quando um desses limites não é observado, trata-se de mutação inconstitucional.

No constitucionalismo moderno, o fenômeno das mutações constitucionais tem sido fundamental para preservar a força normativa da Constituição, existindo uma relação diretamente proporcional à rigidez constitucional: quanto mais complexo o processo de alteração formal do texto constitucional, mais relevantes são as modificações informais. Exemplo disso é a Constituição dos Estados Unidos, chamada por alguns autores de *living constitution*, tendo em vista a capacidade da Suprema Corte Americana em amoldá-la às novas circunstâncias, promovendo a sua durabilidade (VIEIRA, DUTRA, 2013).

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem reconhecido importantes casos de mutações, principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais. Alguns exemplos são: o reconhecimento das uniões homoafetivas; a fidelidade partidária no sistema eleitoral proporcional; e a constitucionalidade das cotas raciais.

Ainda assim, o Tribunal utiliza o instituto de forma atécnica em vários julgados. Segundo Barata (2012), o STF já utilizou a expressão mutação constitucional tanto no sentido de alteração fática que enseja a mudança de interpretação do texto, coadunada com o que prega a doutrina sobre o tema, quanto no sentido de alteração formal da Constituição. Essa confusão conceitual contribuiu para a ocorrência de mutações inconstitucionais, razão pela qual é importante conhecer as contribuições dos teóricos que estudaram o fenômeno à época da Constituição de Weimar, visto que a doutrina por eles desenvolvida foi fundamental para o estudo do instituto e segue norteando a sua utilização atualmente.

3. A CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR E A TEORIA MATERIAL DA CONSTITUIÇÃO

Os estudos alemães sobre a mutação constitucional encontraram o ambiente mais propício para o seu desenvolvimento com a instauração de uma nova ordem jurídica pela Constituição de Weimar, em 1919. Seguindo o exemplo da Constituição Mexicana de 1917, o novo texto constitucional alemão estruturou um Estado social, tratando de várias questões que não eram compreendidas como materialmente constitucionais.

À época, a Alemanha estava desestabilizada em virtude da sua participação na I Guerra Mundial e das inúmeras obrigações impostas pelos países vitoriosos com a assinatura do Tratado de Versalhes, o qual intentava enfraquecê-la militar e economicamente, para impedir o seu restabelecimento como potência europeia (AUAD, 2008). Em meio à profunda crise político-econômica, fortaleceu-se a exigência de uma maior intervenção estatal na sociedade, para tentar superar os problemas enfrentados.

Nesse contexto, a sociedade alemã encontrava-se pulverizada em grupos de interesses contrapostos, o que contribuía para o enfraquecimento do Estado e interferia diretamente na fundação de uma nova ordem constitucional (AUAD, 2008). Convocada a Assembleia Nacional Constituinte, que seria sediada em Weimar, foi possível constatar a absoluta fragmentação política da sociedade alemã e a ausência de uma maioria efetiva no parlamento, reflexo das diversas demandas sociais existentes naquele momento (PINHEIRO, 2006).

Dessa forma, a obra do constituinte de Weimar foi uma constituição social e analítica, a qual consagrou não só direitos individuais, mas também vários direitos de caráter social. Segundo Souza Neto e Sarmiento (2014), as constituições programáticas, além de resguardarem as liberdades individuais e fixarem a estrutura organizacional do Estado, estabelecem objetivos para a sociedade, regulamentando áreas que não eram contempladas pelo constitucionalismo liberal clássico e estatuidando direitos fundamentais que exigem prestações estatais positivas.

As referidas características estavam presentes na obra do constituinte de Weimar, como é possível constatar na análise do Livro II do texto constitucional. Nessa parte da Constituição, a qual compreendia os arts. 109 a 165, encontravam-se cinco capítulos temáticos que refletiam o seu caráter programático: a pessoa individual; a vida social; religião e agrupamentos religiosos; educação e escola; e a vida econômica (PINHEIRO, 2006).

Analisando o caráter social da Constituição de Weimar, Cynara Mariano (2010) observa que boa parte dos debates sobre o seu teor centravam-se em torno do alcance e das possibilidades da segunda parte do texto constitucional, que tratava justamente dos limites dos direitos individuais em prol da coletividade. Segundo a autora, ao assegurar os direitos sociais em um momento de profunda crise econômica, a Constituição teve sua legitimidade política abalada porque os grupos menos progressistas retratavam-na como um texto repleto de compromissos constitucionais, sem que tivesse estabelecido condições efetivas para o cumprimento dessas obrigações.

Tendo em vista a abertura da Constituição às demandas sociais e sua pretensão de proteger e conformar áreas como educação, economia e religião, fez-se necessária uma nova hermenêutica constitucional, que não estivesse dominada por um excessivo formalismo. Nesse contexto, as teorias materiais da Constituição, fundamentais para o fenômeno da mutação constitucional, foram fortalecidas na República de Weimar.

Segundo Bonavides (2016), as teorias formais da constituição, em um primeiro momento, apresentam-se como as maiores defensoras de sua juridicidade. Ainda assim, o excessivo apego aos elementos formais e a desconsideração das circunstâncias fáticas que devem ser reguladas pelo texto acabavam por fragilizá-lo. Isso porque a realidade social subjacente era alterada e a distância entre fato e norma comprometia a força normativa da Constituição. Por conseguinte, os formalistas colaboravam com o enfraquecimento da normatividade constitucional, ainda que suas intenções fossem direcionadas ao seu fortalecimento.

Diversamente, as teorias materiais, para o autor, levam em consideração elementos sociais, econômicos e axiológicos para interpretar os dispositivos constitucionais, promovendo uma conexão essencial entre fato e norma. É justamente essa abertura à força normativa do fático que viabiliza as modificações informais, permitindo uma atualização do seu sentido às novas exigências sociais, mesmo que não sejam feitas alterações redacionais.

Ademais, importante ressaltar que as mutações constitucionais foram relevantes na República de Weimar não só pelo caráter social e programático do texto constitucional, mas também pela sua excessiva rigidez. Conforme assinala Bercovici (2008), não era possível alterar facilmente a Constituição, o que poderia comprometer as pretensões do constituinte.

Em meio à fragmentação política e social existente à época, a dificuldade para alterar o texto comprometia a identificação do povo alemão com a sua Constituição. Assim, as mutações constitucionais seriam uma solução possível para atualizar a obra do constituinte às demandas sociais, promovendo também a unidade política da Alemanha. Foi nesse contexto que os estudos sobre as teorias materiais da Constituição, bem como sobre seus processos informais de modificação, foram significativamente ampliados.

4. AS CONTRIBUIÇÕES DOS TEÓRICOS DE WEIMAR PARA AS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS

Os problemas enfrentados pela sociedade alemã na República de Weimar chamaram a atenção de importante juristas antiformalista, como Schmitt, Heller, Kaufmann, Smend e Hsü Dau-Lin, que procuraram respostas às questões político-sociais até então ignorados pelos positivistas.

O presente trabalho centro a sua análise na obra dos três juristas que contribuíram de forma mais substancial com o aperfeiçoamento do conceito de modificação informal da Constituição, de tal forma que as suas ideias continuam norteando a realização de mutações constitucionais. São eles: Rudolf Smend, Hermann Heller e Hsü Dau-Lin.

Segundo Vecchi (2006), as doutrinas desenvolvidas por esses autores constituíram uma reação em face dos postulados da Escola Alemã de Direito Público. Enquanto Smend e Heller convertem o conceito de mutação desenvolvido por Laband e Jellinek em um elemento da teoria constitucional, Dau-Lin busca sistematizar o fenômeno. Portanto, compreendendo os pensamentos desses autores, é possível melhor utilizar a mutação constitucional atualmente, superando equívocos conceituais básicos ainda cometidos por tribunais constitucionais, inclusive o STF (PEDRON, 2011).

4.1. O MÉTODO CIENTÍFICO-ESPIRITUAL DE RUDOLF SMEND

Sem dúvidas, Smend foi uma das principais vozes contra o formalismo constitucional na República de Weimar. Para o autor, o Estado é uma realidade espiritual, e não um fenômeno natural. Assim, sendo uma realização cultural, necessita de uma contínua renovação, configurando uma realidade dinâmica.

Dessa forma, o Estado não é estático, está incluso na realidade espiritual coletiva da sociedade, sendo determinado pelo contínuo processo de configuração social. Portanto, o Estado existe e se desenvolve em um contínuo processo de renovação, denominado por Smend de integração, o qual depende das mudanças ocorridas na sociedade (BONAVIDES, 2016)

Ademais, complementando esse pensamento, o autor compreende a Constituição como a ordenação jurídica do Estado, meio pelo qual se desenvolve o seu processo contínuo de integração. Segundo Vecchi (2006), Smend compreende a Constituição não só como norma, mas também como

realidade. Em sua concepção, o texto constitucional reflete um sistema cultural específico, existente no momento de sua elaboração. Assim, há uma ordem de valores e uma realidade sociocultural subjacentes, as quais devem manter estreita conexão com a interpretação dos dispositivos constitucionais.

Conseqüentemente, o intérprete da Constituição não deve considerar apenas os elementos formais para fixar o sentido e o alcance de um dispositivo constitucional, mas olhar para a ordem de valores presentes na sociedade e ser guiado por ela. Na medida em que a dinâmica social muda, surgem novas demandas e valores, que devem ser refletidos pelo texto constitucional. Segundo Bonavides (2016), o pensamento de Smend exige que o hermenêuta se atente à concretude da existência, contribuição fundamental para um constitucionalismo que verdadeiramente se proponha a preservar e promover a força normativa da Constituição.

À vista disso, o melhor significado a ser atribuído a um dispositivo constitucional é aquele que der maior privilégio aos valores do povo e, na medida em que eles se modificam, cabe ao operador do Direito conferir elasticidade ao texto constitucional, promovendo o processo de integração.

Ademais, Bonavides (2016) aponta a preocupação de Smend em garantir uma unidade de sentido à Constituição. Por isso, defendia que uma norma constitucional não deve ser compreendida isoladamente, sendo fundamental analisar a conexão de um dispositivo constitucional com a universalidade expressa pelo texto constitucional.

Ainda que não tenha suscitado expressamente o problema dos limites da reforma constitucional, Smend examinou como as Constituições mudam para viabilizar o processo integrativo. Além disso, chamou atenção para as forças extraconstitucionais que influenciam as mudanças interpretativas, transformando o conceito de mutação constitucional em um elemento da Teoria da Constituição.

Analisando o método científico-espiritual, Magalhães (2011) aponta como contribuições de Smend para a Nova Hermenêutica Constitucional o princípio da unidade da Constituição e do efeito integrador. O primeiro princípio preconiza que a Constituição é uma unidade de sentido, devendo o intérprete sanar eventuais contradições internas, buscando realizar, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, todos os valores acolhidos pelo constituinte. Já o segundo princípio preconiza que a melhor interpretação é aquela que promove a unidade política do povo, a sua integração.

4.2. A CONSTITUIÇÃO COMO TOTALIDADE E AS CONTRIBUIÇÕES DE HERMANN HELLER

Assim como Lassale, Heller também identifica uma Constituição material, a qual consiste na soma dos fatores reais de poder, contudo, essas relações de poder estão em uma dinâmica constante, gerando a Constituição e a unidade do Estado (VECCHI, 2006). Dessa forma, a Constituição formal não pode ignorar a realidade político-social, razão pela qual o autor a concebe como uma totalidade, na qual se encontram em relação dialética a normalidade e a normatividade.

Em verdade, Heller concebe o objeto da ciência do Direito como essencialmente dinâmico. Para ele, a durabilidade do texto constitucional depende da sua conformidade com a realidade social subjacente e com as expectativas sociais, de tal forma que as condutas por ela previstas e reguladas sejam prováveis de se repetir no futuro.

Segundo Buzanello (1996), isso nada mais é do que a adequação formal da Constituição com a vida real da sociedade. Por conseguinte, a normatividade da Constituição depende da normalidade das ações humanas por ela reguladas. Nas palavras de Heller:

Uma Constituição política só se pode conceber como um ser a que dão forma as normas. Como situação política existencial, como forme e ordenação concretas, a Constituição só é possível porque os partícipes consideram essa ordenação e essa forma já realizadas ou por realizar-se no futuro, como algo que deve ser e o atualizam [...]. (HELLER, p. 296, 1968)

Nesse sentido, analisando as concepções do autor, Cynara Monteiro (2010) afirma que Heller, apesar de ser positivista, acreditava que a legitimidade do Estado não provinha apenas da legislação, carecendo a atuação estatal de uma justificação referenciada a valores. Portanto, há um conteúdo ético no Direito, o qual deve estar aberto às realidades sociais subjacentes. Comentando essa reaproximação entre fato e norma, a autora afirma que:

Entendendo que a lógica normativa sem Estado de Kelsen e o decisionismo sem normas de Schmitt eliminaram o substrato social do Estado, Heller buscou a afirmação dessa função social e do conteúdo ético do direito. Ele assim o fez por meio da defesa de princípios jurídicos suprapositivos, que limitam o conteúdo do direito positivo, e da superação da tese positivista que estabelece a distinção entre ser e dever-ser, ou seja, da superação de uma concepção de Estado e de direito meramente abstrata por uma visão da Teoria do Estado como ciência da realidade (MARIANO, 2010, p. 53)

O pensamento do autor fica ainda mais claro quando ele analisa os elementos que compõem a Constituição total: a mera normalidade; e a normalidade normada jurídica e extrajudicialmente (VECCHI, 2006).

A Constituição não normada, ou mera normalidade, pode ser compreendida como o conjunto de comportamentos que os grupos humanos praticam de forma ordinária, sem sequer refletirem sobre a sua motivação (HELLER, 1968). Agem de forma automática, partindo de pressupostos estabelecidos pela sua cultura e realidade histórica, seguem uma regra empírica de previsão. Sem essas normalidades, é impossível qualquer convivência (VECCHI, 2006).

Já a Constituição normada, em seu duplo sentido jurídico e extrajudicial, baseia-se na compreensão de que a Constituição é baseada na norma, a qual tem tanto caráter jurídico quanto extrajudicial (HELLER, 1968). Há uma relação de complementariedade entre ser e dever-ser, de tal forma que a normalidade cria a normatividade e a normatividade cria a normalidade.

Consequentemente, as condutas reiteradamente praticadas no âmbito social podem produzir uma normatividade, bem como os dispositivos constitucionais, os quais estabelecem uma normatividade, também podem produzir uma normalidade na conduta (HELLER, 1968). Nesse sentido, como explicam Souza Neto e Sarmiento:

A Constituição, além de ser norma, é também realidade social; é um padrão seguido normalmente em determinada sociedade. Porém, o reconhecimento de que a Constituição é também realidade constitucional não resulta na negação de que as normas integram a Constituição. Para Heller, o elemento real, por ele chamado de “normalidade”, e o elemento normativo são dois componentes indissociáveis da estrutura constitucional. (2014, p. 191-192)

Nesse contexto, Vecchio (2006) destaca que no sistema conceitual de Heller uma das principais formas de transformação da norma constitucional é a mutação constitucional. Para o autor alemão, esse fenômeno ocorre quando os elementos normados são superados pela normalidade, ou seja, as condutas praticadas habitualmente na sociedade não são mais conforme às previsões constitucionais, de tal forma que é necessário alterar o sentido atribuído aos dispositivos constitucionais, com o intuito de promover a identidade entre normalidade e normatividade (HELLER, 1968).

Em resumo, para Heller, a força normativa da Constituição formal depende da íntima conexão entre as previsões normativas e as ações rotineiras praticadas na sociedade, ou seja, uma relação entre normatividade e normalidade. Os membros da comunidade política precisam acreditar que as disposições constitucionais devem ser observadas (HELLER, 1968). Quando normatividade e normalidade são apartadas, faz-se necessária modificar a norma constitucional, seja formalmente, seja por meio das mutações constitucionais.

Interessante observar a proximidade do pensamento de Heller dos conceitos apresentados por Hesse (1991), o qual afirma que a vontade de Constituição de um povo é fundamental para assegurar a força normativa do texto constitucional. Assim, é preciso que a sociedade não seja apenas submissa à Constituição, mas queira efetivá-la.

Diante do exposto, constata-se que a grande contribuição de Heller para a mutação constitucional foi encará-la como conceito fundamental da Teoria da Constituição, responsável por reconciliar a Constituição formal com a realidade social. Ao compreender a Constituição como uma totalidade que engloba não apenas as disposições normativas, mas também as práticas e fatos sociais, o autor ressalta a inadequação de uma hermenêutica formalista, fechada aos elementos materiais que também possuem força normativa. A pretensão de eficácia da Constituição só pode ser realizada se ela for concebida como um documento jurídico-político que engloba a normatividade e a normalidade. Caso esses dois elementos sejam separados, as normas constitucionais precisam ser modificadas, seja por uma modificação formal, seja por mutação constitucional.

4.3. AS CONTRIBUIÇÕES DE HSÜ DAU-LIN PARA O ESTUDO DAS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS

Ainda que os estudos sobre as mutações constitucionais tenham iniciado na Alemanha, na segunda metade do século XIX, o primeiro estudo aprofundado a sistematizar os conceitos atinentes ao tema foi desenvolvido pelo chinês Hsü Dau-Lin, e publicado em 1932, no contexto das produções teóricas que tratavam sobre a Constituição de Weimar. Nesse sentido, Urrutia (2000) afirma que a grande contribuição do autor foi a sua preocupação em estudar especificamente as mutações constitucionais, visto que outros autores como Smend, Laband, Jellinek e Heller trataram do tema apenas como uma parte de suas teorias constitucionais.

Para Dau-Lin, as modificações informais da Constituição resultam de uma contraposição entre as previsões do texto constitucional e as circunstâncias jurídicas reais. Dessa forma, há uma incongruência entre normatividade e facticidade, afirmando o autor que nesses casos “*Reina una tensión entre la Constitución escrita y la situación real constitucional*” (DAU-LIN, 1998).

À vista disso, Dau-Lin (1998) classifica as modificações informais da Constituição em quatro categorias: mutações mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição; mutação em razão da impossibilidade de exercer determinados direitos constitucionalmente estabelecidos; mutações mediante uma prática estatal contraditória à Constituição; e mutação mediante a interpretação constitucional. Aqui, percebe-se mais uma contribuição do autor para os estudos sobre as mutações, tendo em vista o seu alerta de que é um grave erro considerar a interpretação constitucional como o único meio para a ocorrência de modificações informais da Constituição (VECCHIO, 2006).

Ademais, Dau-Lin também constatou que os juristas alemães e americanos que tratavam da questão restringiam-se a manifestar seu espanto em face das mutações, ressaltando a sua relevância para a manutenção da força normativa da Constituição. O autor chinês, entretanto, observou que esses juristas não analisavam a adequação das mutações constitucionais ao Direito (DAU-LIN, 1998), levando a problemática dos limites das modificações informais. Assim, afirma que:

Ninguém tem querido afirmar, sequer aproximadamente, que a interpretação constitucional com suas doutrinas da “*loose construction*” e dos “*implied powers*” é uma infração da Constituição, tal como se afirma na doutrina alemã, onde se impugna, em geral, a juridicidade deste modo de interpretar. (DAU-LIN, 1998, p. 101)

Por fim, cumpre ressaltar o alerta de Dau-Lin sobre a essência das mutações constitucionais: o seu fundamento último reside na natureza do Estado como realidade vital (DAU-LIN, 1998), não sendo possível compreender a sua ocorrência com os conceitos formais tradicionais. Aqui, o autor se aproxima de Smend, compreendendo a constituição como ordenadora do processo de renovação estatal. A natureza do Estado é dinâmica, e a sua atuação conduz à mudança de sentido dos dispositivos constitucionais, para que estes sejam mais adequados à realidade social.

Portanto, ou a Constituição acompanha o processo de renovação contínuo do Estado, ou vai perecer. Como a atualização constitucional deve ocorrer de alguma maneira, caso a Constituição seja rígida, surge a necessidade de se realizarem as mutações constitucionais. Prova disso, para o autor, é que onde as modificações formais da Constituição ocorrem com pouca frequência, verifica-se maior número de mutações constitucionais, a exemplo dos Estados Unidos da América (DAU-LIN, 1998)

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, conclui-se que os processos de modificações informais da Constituição, na forma como foram historicamente construídos pela doutrina constitucional alemã, são fundamentais para assegurar a força normativa do texto constitucional. No embate entre tempo e Direito, o primeiro sempre irá prevalecer, sendo imperioso que as ordens jurídicas busquem uma maior adequação às novas realidades sociais.

Constatou-se que o contexto histórico da República de Weimar foi propício para o aprofundamento dos estudos sobre as mutações constitucionais, tendo em vista o fortalecimento das teorias materiais da Constituição à época.

Assim, com a crescente preocupação doutrinária em conectar fato e norma, bem como promover a identificação entre o povo e o seu texto constitucional, tornou-se necessário explorar o

conceito de modificação informal da Constituição. Nesse sentido, analisou-se o pensamento dos juristas que deram maior contribuição para o desenvolvimento do conceito de mutação constitucional: Rudolph Smend, Hermann Heller e Hsu Dau-Lin.

Conclui-se que o método científico-espiritual de Smend contribuiu para demonstrar a conexão entre a realidade dinâmica estatal e a Constituição: na medida em que esta é a ordenação do Estado, deve acompanhar as suas transformações, sendo imprescindível interpretar os seus dispositivos à luz dos novos fatos e valores sociais.

A partir da teoria da Constituição total, de Heller, observa-se que a sua maior contribuição é a conexão fundamental entre normatividade e normalidade. A Constituição não é só um texto, mas uma totalidade integrada pelas disposições normativas e pelas ações que ordinariamente são práticas na ambiência social. A durabilidade do texto constitucional depende da sua capacidade em se adaptar às novas circunstâncias, ou seja, normalidade e normatividade devem estar integradas.

Enquanto os autores anteriores demonstraram a importância de o interprete se atentar à concretude da existência, Hsü Dau-Lin foi o pioneiro na sistematização das mutações constitucionais, sendo essa a sua maior contribuição. Além disso, constata-se que o autor se preocupou em salientar a necessidade de se observar os limites das modificações informais. A Constituição deve ser atualizada às novas circunstâncias, todavia, o resultado desse processo deve estar conforme o Direito.

Por fim, conclui-se que os estudos desenvolvidos pelos referidos juristas são fundamentais no constitucionalismo atual, preocupado em fortalecer a força normativa da Constituição sem sacrificar a sua juridicidade. Para isso, é necessário compreender as origens históricas do seu conceito, a sua importância e, principalmente, a necessidade de se observar os limites de sua utilização. Afinal, as mutações constitucionais surgem da necessidade de manter viva a Constituição, e não de sacrificá-la, o que ocorre quando os tribunais constitucionais, desconhecendo os elementos anteriormente mencionados, acabam por produzir mutações inconstitucionais.

REFERÊNCIAS

- AUAD, Denise. Os direitos sociais na Constituição de Weimar como paradigma do modelo de proteção social da atual Constituição Federal Brasileira. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 103, p. 337-355, 2008.
- BARATA, Rodrigo Sarmiento. A Mutação Constitucional e o STF: sua utilização e algumas perspectivas. In: Adriana Vojvodic; Henrique Motta Pinto; Paula Gorzoni; Rodrigo Pagani de Souza (Orgs.). **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo, SP: Malheiros, 2012.
- BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do Constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BUZANELLO, José Carlos. Constituição Política em Hermann Heller. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 129, p. 259-265, 1996.
- DAU-LIN, Hsu. **Mutación de la Constitución**. Trad. Christian Forster Oñati. IVAP – Instituto Vasco de Administración Pública Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea, 1998.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. 2. ed. Osasco: EDIFIEO, 2015.

- HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Trad. Lycurgo Gomes da Matta, São Paulo: Mestre Jou, 1968.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- _____. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo, SP: Saraiva, 2013.
- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- MARIANO, Cynara Monteiro. **Legitimidade do direito e do poder judiciário: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente?**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- MORAIS, C. B. As mutações constitucionais de fonte jurisprudencial: a fronteira crítica entre a interpretação e a mutação. In: Gilmar Ferreira Mendes; Carlos Blanco de Moraes (Orgs.). **Mutações Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- PEDRON, Flávio Barbosa Quinad. **A Mutação Constitucional na crise do Positivismo Jurídico: história e crítica do conceito no marco da Teoria do Direito como Integridade**. 228 f. 2011. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, 2011.
- PINHEIRO, M. C. B. 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. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 43, n. 169, p. 101-125, jan./mar. 2006.
- SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. Reconstituindo o conceito de mutação constitucional. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 7, p. 80-91, 2015.
- SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional**. Trad. José M.^a Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, v. 8, p. 37-57, 2012.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; NASCIMENTO, J. L. R. . Mutação constitucional como evolução normativa ou patologia constitucional: tempo e direito à luz da hermenêutica-filosófica. **Estudos Institucionais**, v. 3, p. 432-474, 2017. p. 438.
- URRUTIA, A.V.S.. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, ano 20, núm. 58, p. 105-135, 2000.
- VECCHI, Cristiano Brandão. **Mutação constitucional: A origem de um conceito problemático**. 2005. 148 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Departamento de Direito, Pontifício Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.
- VIEIRA, J. R.; DUTRA, Deo Campos. O debate entre Originalismo e o Constitucionalismo Democrático: aspectos atuais da teoria da interpretação constitucional norte-americana. **Novos Estudos Jurídicos (Online)**, v. 18, p. 51-62, 2013.

A CARTA DE WEIMAR E O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

WEIMAR LETTER AND SOCIAL CONSTITUTIONALISM

OTÁVIO MORATO DE ANDRADE¹⁰

RESUMO

Este trabalho faz uma síntese histórica dos acontecimentos políticos que precederam a Constituição de Weimar, bem como uma análise da positivação de garantias fundamentais de natureza social insculpidas nesta carta. A normatização dessas diretrizes gerou o fenômeno do “constitucionalismo social”, que repercutiu em diversos textos constitucionais ao redor do mundo, inclusive no Brasil. Desta forma, a Carta alemã de 1919 é um marco inspirador das chamadas “constituições-programáticas”, que contribuíram para a expansão da social-democracia e para a concepção do modelo de Estado assistencialista.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição de Weimar; constitucionalismo social, direitos sociais; Estado assistencialista; social-democracia

ABSTRACT:

This paper brings a historical overview of the political events that preceded the Weimar Constitution, as well as an analysis of the positivization of fundamental social guarantees contained in this letter. The consecration of these guidelines generated the phenomenon of “social constitutionalism”, which reverberated in several constitutional texts around the world, including in Brazil. In this way, the Constitution of the German Reich of 1919 inspired the “programmatic constitutions”, which have contributed to the expansion of social-democracy and to the conception of the welfare state model.

KEYWORDS: Weimar Constitution; social constitutionalism, social rights; welfare state; social-democracy

CONTEXTO HISTÓRICO

A Constituição de Weimar é fruto de um turbulento contexto sociopolítico. Sob o domínio de Otto von Bismarck, a Guerra Franco-Prussiana (1870) foi vencida pelos alemães. Isso lhes garantiu a anexação do território da Alsácia-Lorena, a administração de Paris e outras regiões até a retirada das suas tropas, além de formidáveis indenizações.

Vitorioso na guerra, Bismarck sentiu-se fortalecido para liderar a unificação dos principados alemães na Confederação Germânica. Para tanto, articulou a proclamação de Guilherme I como imperador da Alemanha em 1871, que foi feita em pleno Palácio de Versalhes, antiga residência dos reis franceses (MONTEIRO, 1994, pp. 15-32 apud MELLO¹, 1996, p.107). O novo Império Alemão (“Deutsches Kaiserreich”) era formado por 27 estados, sendo que cada território possuía representantes eleitos no parlamento nacional².

¹⁰ Pós-graduando em Direito pela PUC-MG. Graduado em Direito pela UFMG.

Neste período a Alemanha vivenciou um vertiginoso crescimento econômico, com grande urbanização e desenvolvimento industrial. Com o apoio de Guilherme I, Bismarck iniciou várias reformas estruturais, como a criação de uma moeda comum, do banco central e a promulgação dos códigos civil e comercial. A morte de Guilherme I e a ascensão de Guilherme II como kaiser marcam a acentuação de divergências internas na administração, sobretudo entre o imperador e o chanceler.

A política estrangeira cautelosa e pragmática de Bismarck não era vista com bons olhos pelo novo imperador e por alguns de seus assessores, que preferiam uma expansão vigorosa e rápida para proteger o “lugar ao sol”¹¹ da Alemanha. O historiador Michael Howard (2002, p. 9)³ fornece um panorama destas distintas visões:

O próprio Bismarck, tendo criado o Império Alemão, teria se contentado em simplesmente preservá-lo, mas seus sucessores não ficariam tão facilmente satisfeitos. Para eles, a nação teria os motivos para ser ambiciosa. Era constituída por mais de sessenta milhões de pessoas com uma notável herança de música, poesia e filosofia, e cujos cientistas, tecnólogos e estudiosos (para não mencionar soldados) invejaram o mundo. Seus industriais já haviam superado os britânicos na produção de carvão e aço, e em conjunto com os cientistas foram pioneiros de uma nova “revolução industrial” baseada em produtos químicos e eletricidade. Os alemães se orgulhavam de uma cultura excepcionalmente superior, que manteve o equilíbrio entre a barbárie despótica de seus vizinhos do leste e a democracia decadente do Ocidente. (HOWARD, 2002, p. 9, tradução nossa)

Este e outros desentendimentos ocasionaram o pedido de demissão de Bismarck, em 1890. Após sua saída, as ações militaristas conduzidas por Guilherme II e o seu descuido em relação à diplomacia externa acabaram por conduzir o país à I Guerra Mundial, que abriria profundas feridas na nação, instalando uma grande crise política e econômica⁴.

A guerra teve início em agosto de 1914, sem que a Alemanha estivesse devidamente preparada⁵. Políticos e militares projetaram uma vitória rápida, pois tinham como vantagem um exército muito grande, bem treinado e adequadamente equipado.

Todavia, as primeiras ofensivas germânicas não foram capazes de assegurar um triunfo fulminante aos alemães, principalmente pelo grande número de oponentes (a Tríplice Entente congregava mais de 20 países) e notadamente por erros de estratégia doméstica (ausência de estoques para a guerra) e no front militar (guerra em duas frentes)⁶.

O bloqueio naval imposto pelo Reino Unido e o rigoroso inverno de 1916-17 geraram uma grave escassez de alimentos e de matéria-prima, aumentando a inflação de preços. Embora a máquina militar alemã fosse superior à dos seus rivais, entraves logísticos comprometeram os recursos internos do país. Eric Hobsbawm (1994, p. 27)⁶ discorre sobre o esgotamento da economia de guerra alemã:

Os britânicos, por sua vez, fizeram o melhor possível para bloquear os suprimentos da Alemanha, ou seja, matar de fome a economia e a população alemãs. Foram mais eficazes do que deviam, pois, como veremos, a economia de guerra alemã não era dirigida com a eficiência e racionalidade de que se gabavam os alemães (HOBSBAWM, 1994, p. 27)

11 Bernhard von Bülow (1849-1929), que serviu como chanceler do Reich de 1900 a 1909, proferiu, em um famoso discurso sobre o “lugar ao sol” da Alemanha, em 1897, quando era ministro das Relações Exteriores. Sua visão da nação como potência colonial tornou-se a base ideológica da expansão naval alemã, que começou logo em seguida.

Nesse contexto de colapso socioeconômico e desilusão com a guerra, revoltas sociais começam a eclodir em toda a nação. Em 1918, o imperador Guilherme II viu-se obrigado a abdicar do trono e o poder passou às mãos dos militares. À beira de perder a I Grande Guerra, o núcleo militar entregou o poder para os democratas, que arcaram com a responsabilidade de negociar o rendimento alemão⁶.

Esta jogada dos militares (de transferir o ônus da capitulação para os democratas) deixou no ar o saudosismo da outrora grande potência imperial, dos tempos do kaiser, em comparação com a nova realidade democrática, cheia de crises, derrotas e humilhações. Anos mais tarde, esse delicado contexto de crise e acirramento político seria manipulado por Adolf Hitler⁸, que explorou o passado imperial alemão e o extremismo ideológico para ascender e se legitimar no poder.

Em 1919, a assinatura do Tratado de Versalhes¹² humilhou e arrasou a Alemanha, que perdeu 1/8 de seu território, viu seu Exército ser desmilitarizado, foi impedida de se anexar à Austria e teve que pagar grandes fortunas a título de indenizações de guerra.

Foi organizado um governo provisório, o “Rat der Volksbeauftragten” (Conselho dos Deputados Populares), que era composto por três integrantes da social-democracia (SPD) e outros três integrantes do Partido Social Democrático Independente (USPD).

Essas agremiações tinham objetivos diferentes: o SPD ambicionava a criação de uma nova carta constitucional, ao passo que o USPD buscava a criação de uma ditadura do proletariado, com a completa socialização da economia no formato soviético. Tal divergência foi solucionada mediante a convocação de um congresso de delegados, que decidiu pela instituição de uma Assembleia Constituinte⁹.

A cidade de Weimar passou, então, a sediar as reuniões constituintes. A escolha foi um gesto de paz aos Aliados, vencedores da guerra, que estavam vigilantes e apreensivos em relação aos novos passos da política alemã. Além disso, a capital Berlim estava tomada por protestos e conflagrações militares, como a Revolução Espartaquista¹⁰.

Nas votações para a composição da Constituinte de Weimar, as esquerdas conquistaram 45% das cadeiras, ao passo que a centro-direita fez 33,3% e a direita, 14,7% (MELLO, 1996). Para ARAÚJO (2009, p. 56)¹¹ “*a República de Weimar já nasce dividida e contraditória, havendo uma espécie de dualidade de poder entre, por um lado, exército e milícias operárias; e, por outro, governo e conselhos de operários e soldados*”. Sylvia Lenz de Mello (1996) dá uma dimensão dessa fragmentação e das perspectivas políticas no Parlamento alemão após as eleições:

Levando-se em conta a não participação do Partido Comunista nestas eleições, entrevê-se a tendência antes ao liberalismo e ao nacionalismo do que ao socialismo na composição parlamentar. No entanto, o líder do Partido Social Democrata declara na abertura do congresso em Weimar que o poder passara à classe operária. Desta forma, a estratégia deste partido já é a de seguir por uma terceira via, situada entre o comunismo e o capitalismo. Ou seja, realizar reformas sociais que não agredissem as tradições culturais e o conservadorismo alemão ao mesmo tempo em que atendessem às exigências sociais mínimas do trabalhador: a via do futuro nacional socialismo. (MELLO, 1996, p.107)

12 De acordo com GUEDES (1998, p. 43) apud PINHEIRO (2012, p. 24) o USPD (Partido Social Democrata Independente da Alemanha) foi uma dissidência do SPD (Partido Social Democrata da Alemanha), ocorrida em 1917. O USPD representava a ala marxista mais sectária do partido social democrata, este último também conhecido como socialista majoritário ou moderado.

A TUTELA DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR

O texto constitucional de Weimar¹² divide-se em dois grandes títulos. O primeiro (Composição do “Reich” e suas responsabilidades; artigo 1º até 108) dispõe acerca da estrutura organizacional do governo. O segundo (Direitos e deveres básicos do alemães; artigo 109 até 165) trata, entre outros, dos direitos e obrigações do indivíduo, da vida em comunidade, e de temas como saúde, religião, educação e economia. Acerca dessa estrutura, assevera Fábio Konder Comparato (2007, p. 193)¹³:

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. (COMPARATO, 2007, p. 193)

A Carta não extinguiu formalmente o Império, mas reconfigurou sua estrutura governamental, introduzindo mecanismos mais participativos e progressistas. Através dela, a Alemanha foi transformada em uma república parlamentar democrática (artigos 1º e 60). A figura do Kaiser deu lugar à do “Reichspräsident” (Presidente do Reich), que era eleito pelo povo e tinha um mandato de 7 anos (art. 43). O artigo 41 determinava que qualquer cidadão alemão com mais de trinta e cinco anos poderia se candidatar ao cargo.

Foram consolidados o pleno direito ao voto para homens e mulheres com mais de vinte anos (artigos 17 e 22); o direito à igualdade/isonomia (artigos 109 e 128); liberdade de ir e vir (art. 111); proteção das minorias (art. 113); a inviolabilidade do domicílio e de correspondências (artigos 115 e 117); a vedação à censura (art. 118); a liberdade de associação (art. 124); a laicidade do estado (art. 137) e a liberdade de crenças (art. 135).

No que concerne às relações privadas, os artigos 121 e 122 estabeleceram a isonomia entre filhos ilegítimos e aqueles havidos dentro do casamento, resguardando a ambos “as mesmas oportunidades para seu desenvolvimento físico, intelectual e social”.

Já os dispositivos dedicados às relações de trabalho (artigos 157 a 165), previam a regulamentação dos salários, a promoção de melhores condições de trabalho e a redução da informalidade, ao passo que viabilizavam a livre associação sindical.

Nota-se, portanto, que o texto constitucional germânico assumiu um compromisso programático, não apenas no que tange às garantias civis, políticas e de liberdade (direitos de primeira dimensão, segundo BONAVIDES [2010]¹⁴), mas também em relação aos direitos econômicos, sociais e de igualdade (direitos de segunda dimensão).

Para PINHEIRO (2006)¹⁵ a Carta de Weimar alcançaria, inclusive, direitos de terceira dimensão, ou seja, aqueles titularizados por toda a coletividade, como os preconizados no art. 150: “Monumentos artísticos, históricos e naturais, bem como paisagens, gozam da proteção e do cuidado do estado; É dever do Reich impedir a remoção de tesouros artísticos alemães para países estrangeiros”. Desta forma, a carta política de Weimar consolidou-se como um dos primeiros textos constitucionais que, ainda segundo a ilustre professora: “*efetivamente concretizaram, ao lado das liberdades públicas, dispositivos expressos impositivos de uma conduta ativa por parte do Estado para que este viabilize o exercício, por todos os cidadãos, das garantias fundamentais de que são titulares*”.

Esse novo enfoque principiológico, caracterizado por uma maior intervenção do estado na economia e nas políticas públicas com vistas a valorizar princípios igualitários e estabelecer mecanismos efetivos de proteção social, tem sido chamado pela doutrina de “constitucionalismo social”. Neste sentido, preleciona PEIXOTO (2011)¹⁶:

O constitucionalismo social substitui o constitucionalismo liberal-clássico e produz uma nova Constituição (...) à medida em que a própria norma constitucional impõe ao Estado a concreção de metas, tarefas e programas de natureza pública com o objetivo de concretizar os direitos fundamentais de segunda geração (direitos sociais, econômicos e culturais, mantendo e confirmando os direitos civis e políticos de primeira geração que já existiam) e a função social da propriedade, bem como vem a legitimar a intervenção do Estado na propriedade e nas atividades econômicas, disso resultando o deslocamento do eixo constitucional da esfera da liberdade para outros dois pólos de mesma estatura: os valores jurídicos da igualdade e da solidariedade.” (PEIXOTO, 2011, p. 11)

Na concepção de CANOTILHO (1995, p. 10), este novo modelo de norma fundamental é consubstanciado pela “*constituição-dirigente*”, onde segundo o autor há a presença de “*metanarrativas emancipatórias*”, através das quais delegam-se ao Estado metas programáticas com o objetivo de resguardar os direitos fundamentais e difundir outros princípios e valores jurídicos ali consolidados, como a função social da propriedade e a intervenção econômica. Na mesma direção, aponta NOVELINO (2009)¹⁷:

A constituição programática (diretiva ou dirigente) se caracteriza por conter normas definidoras de tarefas e programas de ação a serem concretizados pelos poderes públicos. As constituições dirigentes têm como traço comum a tendência, em maior ou menor medida, a serem uma constituição total. (NOVELINO, 2009, p. 113)

Ademais, é interessante notar que essa nova fase do constitucionalismo repercutiu mundo afora, tendo ressonância, inclusive, no texto constitucional brasileiro de 1934. PEREZ LUÑO (2007, p. 40) ressalta que a Constituição de Weimar “*foi, durante muito tempo, o texto inspirador das cartas constitucionais que intentaram conjugar seu sistema de direitos fundamentais, as liberdades, com os direitos econômicos, sociais e culturais*”. No mesmo sentido, na lição de MARTINS¹⁸:

O grande marco para o constitucionalismo social foi, inquestionavelmente, o advento da Constituição de Weimar de 1919, a qual trouxe em seu conteúdo extenso rol de direitos fundamentais, com especial ênfase para os direitos sociais e econômicos, o que fez com ela se tornasse modelo inspirador para diversos outros textos constitucionais, dentre as quais se destacam as cartas constitucionais de Espanha (1931), Brasil (1934), Itália (1947), França (1958), Portugal (1976) (MARTINS, 2012, p. 11)

Para POLLIETI (2012, p. 35), a Constituição brasileira de 1934 buscou “*constitucionalizar matéria não-constitucional, e o fez, como reiteradamente temos afirmado, em consonância com o espírito da época e com o exemplo de Weimar e de outros códigos políticos em voga*”. Neste contexto, com o declínio do Estado Liberal, a Constituição de Weimar institucionalizou a social-democracia, ampliando a atenção do Estado para o campo dos direitos sociais.

Desta forma, pode-se dizer que o constitucionalismo social lançou as bases da social-democracia e do Welfare State (Estado de Providência ou Estado de Bem-Estar Social), uma forma de governo em que o Estado protege e promove o bem-estar econômico e social dos cidadãos, com base nos princípios da igualdade de oportunidades, distribuição equitativa da riqueza e responsabilidade estatal de entregar às condições mínimas de sobrevivência a seus cidadãos.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que a Constituição de Weimar deu-se numa atmosfera de intensa instabilidade política, acentuada pelas más condições econômicas da Alemanha ao final da I Guerra Mundial. Após o conflito, os termos humilhantes do Tratado de Versalhes conduziram setores populares à radicalização, e inúmeras greves e revoltas sociais eclodiram no país.

Em uma tentativa de pacificar esses anseios, a carta alemã de 1919, de forma inédita, traçou diretrizes normativas para a atuação estatal em direção ao progresso social, mormente em decorrência da proteção constitucional de direitos que pressupõem prestações positivas do Estado.

Desta forma, inaugurou-se o fenômeno do constitucionalismo social, que reverberaria em diversas Constituições (como a brasileira de 1934), as quais foram chamadas de “programáticas”. Isso porque a tutela dos direitos humanos, a proteção das relações familiares e a inserção de políticas de previdência, saúde, moradia e educação, dentre outros institutos, forneceram base jurídica à um modelo mais assistencialista de Estado.

Portanto, assim como a Constituição Mexicana de 1917, a carta de Weimar teve um papel fundamental na consagração desta nova “constelação de direitos” (COMPARATO, 2007), contribuindo para a expansão da social-democracia, ou seja, um Estado mais comprometido com a democracia representativa e com a busca da igualdade social e econômica.

REFERÊNCIAS

- 1 MELLO, SL. República de Weimar: Alemanha 1919-1933. História & ensino, Londrina, 02: 101-111(107), 1996.
- 2 CONSTITUIÇÃO ALEMÃ DE 1871 (Verfassung des Deutschen Reichs). Original em alemão, publicado em 1871. Wikisource. 2011. Acesso em 25/05/2019. Disponível: [https://de.wikisource.org/wiki/Verfassung_des_Deutschen_Reichs_\(1871\)](https://de.wikisource.org/wiki/Verfassung_des_Deutschen_Reichs_(1871))
- 3 HOWARD, M. The first world war: a very short introduction. Oxford University Press. 2002. p. 9. No original: “*Bismarck himself, having created the German Empire, had been content simply to preserve it, but the successor generation was not so easily satisfied. It had every reason to be ambitious. It constituted a nation over sixty million strong with a superb heritage of music, poetry, and philosophy, and whose scientists, technologists, and scholars (not to mention soldiers) were the envy of the world. Its industrialists had already surpassed the British in the production of coal and steel, and together with the scientists were pioneering a new ‘industrial revolution’ based on chemicals and electricity. The Germans prided themselves on a uniquely superior culture that held the balance between the despotic barbarism of their eastern neighbours and the decadent democracy of the West.*”
- 4 LUDWIG, E. Bismarck: The Story of a Fighter. Little Brown, Boston, 1927, p. 661.
- 5 GUEDES, MAP. Estado e ordem econômica e social: a experiência constitucional da República de Weimar e a Constituição Brasileira de 1934. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 35.
- 6 HOBBSBAWN, E. A era dos extremos: o breve século XX. 1941-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, 2ª edição 9ª reimpressão, p. 27

- 7 REES, L. O carisma de Adolf Hitler, o homem que conduziu milhões ao abismo. Ed. Leya, 2012, p. 20.
- 8 GOVERNO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Biblioteca do Congresso. Tratado de Versalhes. 1919. Acesso em 25/05/2019. Disponível: <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000002-0043.pdf>
- 9 BROUE, P. *The German Revolution 1917-1923*. Haymarket Books, 2006, p. 50.
- 10 ARAÚJO, G. Uma revolução que não deve ser esquecida: Alemanha, 1918-1923 In: *História Social* nº 17, Campinas, 2009. Acesso em 24/05/2019. Disponível: https://www.academia.edu/1560683/Uma_revolu%C3%A7%C3%A3o_que_n%C3%A3o_deve_ser_esquecida_Alemanha_1918-1923
- 11 GOVERNO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The Constitution of the German Reich (tradução em inglês da Constituição de Weimar de 1919). 11/08/1919.
- 12 COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2007, p 193.
- 13 BONAVIDES, P. Curso de Direito Constitucional. 2010, pp.560-580
- 14 PINHEIRO, MCB. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais. *Revista de informação legislativa*, v. 43, n. 169, p. 101-126, jan./mar. 2006
- 15 PEIXOTO, MMF. Do constitucionalismo social ao desconstitucionalismo neoliberal: uma análise da historicidade do movimento constitucional no início do século XXI sob uma perspectiva da reconstrução fraternal do humanismo. *Amicus Curiae* V.8, N.8 (2011), 2011
- 16 NOVELINO, M. Direito Constitucional. São Paulo: Método, 2009, 3ª ed, p. 113).
- 17 MARTINS, TP. Direitos Fundamentais: um novo olhar, uma nova perspectiva. In: Paula Maria Tecles Lara; Renata Furtado de Barros. (Org.). *A constitucionalização do direito privado: o Estado Democrático de Direito e as novas perspectivas jurídicas nas relações privadas*. 1ed.Carolina do Norte: Raleigh Lulu Publishing, 2012, p. 655-702.

CORRUPÇÃO NO PODER PÚBLICO

CORRUPTION IN THE PUBLIC POWER

CARLOS AIRTON UCHOA SALES GOMES¹³
MANUEL DA SILVA GAETANO JÚNIOR¹⁴

RESUMO

O presente artigo aborda tema corrupção no poder público, com objetivo de analisar os crimes da corrupção na administração pública, e também a sua origem e como funciona o controle e combate desse fenômeno no Brasil. Para sua elaboração foi realizado uma pesquisa bibliográfica, usando uma abordagem descritiva baseando nas obras que explicaria as questões como: Como é visto a corrupção na administração pública brasileira? Em que momento o Brasil teve primeiro contato com esse fenômeno? Qual o principal elemento na geração de corrupção? E como este pode ser combatido? O trabalho aborda a corrupção no Brasil como herança trazida do ocidente com a chegada dos colonos portugueses, e destaca a falta de cultura ética e moral como principal causa de fracasso das reformas e da manutenção de corrupção na máquina pública. Sugere uma reforma transformista, que provoca mudança de mentalidade que trará mais transparência na administração pública, com ênfase no controle social como uma das ferramentas para combater a corrupção.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública; Corrupção; Reformas Administrativas.

ABSTRACT:

This articles approach corruption in public Power, with the porpose of analyzing the crimes of corruption in public administration, as well as its origin and how the control and combat of this phenomenon works in Brazil. For its elaboration a bibliographical research was carried out, using a descriptive approach based on the works that would explain the questions like: How is seen the corruption in the Brazilian public administration? When did Brazil first come into contact with this phenomenon? What is the main element in the generation of corruption? And how can this be fought? The paper approaches corruption in Brazil as a heritage brought from the West with the arrival of Portuguese settlers, and highlights the lack of ethical and moral culture as the main cause of failure of reforms and maintenance of corruption in the public machine. It suggests a transformative reform that provokes a change of mentality that will bring more transparency in public administration, with an emphasis on social control as one of the tools to combat corruption.

KEYWORDS: Public Administration; Corruption; Administrative Reforms.

13 Doutorando em Ciências Jurídicas pela Pontificia *Universidad Catolica Argentina Santa Maria de Los Buenos Aires*, UCA. Professor da Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira – UNILAB.

14 Bacharelado em Direito pela Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira – UNILAB.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho com o tema Corrupção no Poder Público tem como objetivo geral analisar os crimes de corrupção dentro do poder público, tem também como objetivos específicos entender a estrutura da administração pública; a origem (passado e presente) da história da corrupção; e como é o controle e combate desse fenômeno no contexto brasileiro.

O trabalho procura apresentar o indivíduo como principal elemento na geração de corrupção, aborda o conceito da corrupção, a forma como os recursos públicos são usados para benefícios individuais, levantar casos que confirmam sua existência durante esse período histórico, e quais as medidas previstas na lei caso esse crime for cometido.

Esta pesquisa será orientada por questões como: como é visto a corrupção na administração pública brasileira? Em que momento o Brasil teve primeiro contato com esse fenômeno? Qual o principal elemento na geração de corrupção? Como este pode ser combatido?

Com base nessas hipóteses, o trabalho aborda a corrupção no Brasil como herança trazida do ocidente com a chegada dos colonos portugueses com a sua forma de governar como base de construção do que hoje é o Estado brasileiro que contribuiu na formação da cultura e natureza ética da sua sociedade.

O tema se justifica por ser atual, fato que despertou interesse em aprofundar mais sobre o assunto devido ao seu impacto que prejudica o crescimento do país e afeta a todos.

A metodologia usada para este trabalho é de pesquisa bibliográfico, usando uma abordagem descritiva e explicativa, com base nas análises de jurisprudências, livros, e opinião pública relatadas em revistas e artigos na internet relacionados ao tema.

O trabalho está dividido em três seções, no primeiro momento serão apresentados os modelos da administração utilizadas na formação do Estado brasileiro e as suas reformas, em seguida serão abordadas questões que justificam a origem da corrupção, para tal, serão levantados fatos históricos de caso de corrupção, e no terceiro momento serão apresentados conceitos e noções sobre a corrupção e crimes relacionados a ele, como também as punições previstas em lei.

2 OS MODELOS ADMINISTRATIVOS NO ESTADO BRASILEIRO

A máquina pública brasileira que temos hoje é fruto de outros modelos de administração que ao longo de tempo houve necessidade de mudança, e foi alvo de tentativas de reformas na sua forma de administrar durante esse período histórico, motivadas pelo combate à corrupção, nepotismo e uso dos recursos público de forma correta o que diz respeito a eficiência e a eficácia. Para tal, “compreender os esforços das reformas administrativas é muito importante para entender a realidade atual” (RIBEIRO, PEREIRA e BENEDICTO, 2013).

Entende-se como administração pública, um conjunto de órgãos e de servidores que, encarregados para decidir e implementar as normas necessárias garantido o bem-estar social e cumprimento das necessidades coletiva usando os recursos públicos (SILVA, 2013). Historicamente no Brasil podemos listar três modelos diferentes da administração pública: o “patrimonialista” como primeiro modelo, passando para “burocrático” como segundo modelo, e o terceiro seria o “gerencial” (SARTURI, 2013). Vejamos como se deu essa progressão no Brasil.

Para Bueno (2016, p. 2), “[t]oda sociedade tem suas raízes no sistema que a originou”. No caso da administração Brasileira foi o patrimonialismo trazido pelos colonos portugueses nos anos 1500, pois, trata-se de um processo histórico. Este modelo de administração conhecido como patrimonialismo, cujo conceito, de acordo com Bueno (2016), foi teorizado inicialmente por Max Weber, pode ser tomado como ponto inicial deste estudo. De uma forma geral, o patrimonialismo é uma forma de governar uma sociedade onde os dirigentes não têm a distinção do que é público e do que é privado, não existem limites para uso de bem público para interesse pessoal dos líderes políticos.

O patrimonialismo é então “poder arbitrário do soberano” (SARTURI, 2013). O Estado era considerado cliente da população e não como órgão responsável pela satisfação das necessidades da população (Castro, 2010). Com essa ideia os servidores e funcionários públicos eram indicados pelo soberano pela confiança e são considerados nobres por exercerem essa função. Percebe-se que “a monarquia foi marcada por fortes traços da administração patrimonialista, o que desencadeou na concentração de renda, na miséria social e na subserviência do cidadão” (RIBEIRO, PEREIRA E BENEDICTO, 2013, p. 3), acrescentaram ainda que, mesmo com a extinção da monarquia, com a proclamação da república conseguida através de golpe militar, não eliminou os procedimentos nocivo procedente do patrimonialismo.

Este modelo administrativo organizou e dirigiu a administração pública durante o período colonial, imperial e pós a proclamação de República até o ano de 1930 quando o Getúlio Vargas se tornou presidente da república foi aplicado o modelo burocrático como novo modelo para administrar o país. Esse novo modelo vem no sentido de combater o nepotismo e a corrupção que se instaurava na antiga administração patrimonialista, veio em defesa da coisa pública dando ênfase ao controle dos processos, aspectos formais, hierarquia funcional rígida e princípios de profissionalização e formalismo como sua base (SARTURI, 2013).

Castro (2010), afirma que “[o]s controles possuem importante papel neste “combate”, pois eles registram a execução do processo”. Percebe-se que, ao contrário do modelo anterior, o modelo burocrático veio na perspectiva de organizar as ações do Estado com o foco nos processos que possibilitaria o controle rígido, que conseqüentemente evitaria a corrupção. Costa (2008, apud RIBEIRO, PEREIRA E BENEDICTO, 2013, p. 3) diz que a burocracia “buscou modernizar a máquina pública, baseando-se nos paradigmas taylorista, fayoliano e weberiano, pautado na teoria administrativa importado dos países mais desenvolvidos”.

De lá para cá, tiveram mais reformas no aparelho do Estado, a primeira reforma da administração federal brasileira aconteceu na década de 1930 no governo de Getúlio Vargas, fundando a base de um Estado administrativo, trazendo medidas revolucionárias no aparelho do Estado, desde a criação de um departamento administrativo do serviço público (DASP), o princípio de mérito e também em 1936 a primeira lei geral para o serviço público Lei nº 284, que estabelece normas básicas de administração de pessoal e um sistema de classificação dos cargos (NASCIMENTO, 1967).

Fato como nepotismo que ainda era caso comum por conta da herança patrimonialista já está sendo combatido, com a nova forma de contratar os agentes públicos por via de concurso público e, o grande avanço social na sua forma de votar, assim como a presença das mulheres na política. Uma

reforma baseada no modelo teorizado pelo alemão Max Weber, que inspirou reformas da administração pública noutros países como no caso dos Estados Unidos. Essa reforma Burocrática baseada nos princípios de impessoalidade e formalização proposta à reforma com objetivo de acabar com a corrupção e nepotismo, infelizmente, não teve sucesso, mas reduziu essas práticas, como clientelismo, e aumentou a eficiência da máquina pública, dando fim à velha república e nascendo a nova república (RIBEIRO, PEREIRA E BENEDICTO, 2013).

Tenório e Saraiva (2006 apud RIBEIRO PEREIRA E BENEDICTO, 2013, p. 3) afirma que:

O governo do Juscelino Kubitschek, no período de 1956 a 1961, contribuiu para a modernização da gestão pública. Destinado a atender de forma mais eficiente o Plano de Metas que tinha como slogan “fazer o Brasil crescer cinquenta anos em cinco”, o governo de Kubitschek adotou o planejamento como função-chave desse processo.

Planos como este, e a criação da Comissão de Estudos e Projetos Administrativos (CEPA), contribuíram muito com a reforma dando apoios na elaboração dos projetos para a reforma junto ao gabinete do presidente.

Após esse período do governo Juscelino, nos anos 1961 a 1964, o novo governo dirigido pelo João Goulart teve aproximação do governo junto à sociedade, dando primeiros traços do modelo societal que surge como o quarto modelo da administração. Este modelo onde a sociedade junto ao Estado vai elaborando projetos e decidindo a melhor forma de administrar os recursos públicos segundo Paula (2005). Nota-se grande esforço durante 30 anos de reforma na administração pública brasileira, mas que estava longe de igualar seus objetivos com as metas atingidas, principalmente no que diz respeito a administração do pessoal, pois, apesar de princípio de mérito estar prescrito na constituição desde 1934 não abrangia mais que 10% do funcionalismo civil de acordo com DASP, o que era para ser 90% contando com mortes, exonerações e demissões (NASCIMENTO, 1967). Percebe-se que as reformas buscam combater a corrupção e nepotismo mudando a estrutura administrativa, mas, não percebe a necessidade da mudança de cultura da mentalidade corrupta dos agentes públicos.

Depois do golpe militar da década de 1964, segundo Ribeiro, Pereira e Benedicto (2013) o estado procurou expandir sua intervenção social e econômico criando os órgãos da administração indireta, as autarquias, fundações, as empresas públicas e sociedade de economia mista através do Decreto-lei nº 200 de 1967 afim de atender melhor às necessidades públicas de melhor forma e com agilidade, isso foi a segunda reforma do Estado.

O surgimento deste decreto pode ser compreendido como uma tentativa de superar a rigidez da burocracia e introduzir um modelo de administração pública gerencial, modelo que posteriormente foi implementado pelo governo de Fernando Henrique Cardoso (FHC). De acordo com Ribeiro, Pereira e Benedicto (2013), Estado geria diretamente os serviços públicos por meio da administração direta, mas que depois da publicação do Decreto-Lei nº 200, a União, os Estados e os Municípios passaram a delegar às autarquias, fundações, empresas públicas e sociedade de economia mista a realização de alguns serviços públicos. Era difícil manter um estado administrado pelo regime da ditadura militar longe da corrupção e nepotismo. Sartor (1996) diz que as reformas administrativas envolvem sempre questões políticas, os aspectos políticos afetam no regime de participação da sociedade. Explica que, existem dois fatores que provocam a reforma e induz o comportamento dos governantes, um desses fatores é de caráter *adaptativo*, que ocorre quando um fato novo na sociedade ou no ambiente coloca em risco o modelo da organização, e o de caráter *transformativo* que envolvem mudanças de

mentalidade que tem a ver com mudança de valores e ideais dos governantes provocando assim uma mudança sociocultural (p. 94-95).

Como o modelo anterior, o burocrático também acabou por ser ineficaz ou até mesmo prejudicial para administração, pois se baseia na formaliza de processos e documentação para evitar corrupção e nepotismo o que de certo modo provoca demora e torna ineficiente a administração pública (Castro, 2010). Para melhorar a capacidade da máquina pública em dar respostas rápidas e eficaz às demandas da população foi criado o Programa Nacional de Desburocratização (PND) em 1979 no governo João Figueiredo, pelo ministro Hélio Beltrão, como um dos elementos desta segunda reforma (RIBEIRO, PEREIRA e BENEDICTO, 2013, p. 5).

O propósito era diminuir o excesso de burocracia que dificulta acesso ao uso dos serviços públicos pelos cidadãos, mas esse programa não veio a ter sucesso, pois, de acordo com Costa (2008 apud RIBEIRO, PEREIRA e BENEDICTO, 2013, p. 5) diz que:

As reformas de 1936 e 1967 aconteceram no momento de ditadura política, este é um dos motivos de não ter obtido êxito. A sociedade ficou restrita a participação e isso contribuiu para que o Estado continuasse enraizado nas práticas patrimonialistas.

Podemos dizer que essa reforma buscou descentralizar o poder do estado dando autoridade e funções para administrações indiretas para prestarem serviços que antes eram função da administração direta. Nas palavras de Sousa (2012, p. 116) a ascensão econômica convivia com a supressão dos direitos civis imposto pelo regime e que isso levou mais de vinte anos para a transição e retorno da democracia nos finais da década de 1970 e nos primeiros anos da década de 1980.

A terceira reforma administrativa aconteceu depois do regime militar, pondo fim ao período de autoritarismo e deu-se início a democratização na década de 1985. Esta reforma ocorreu junto com a promulgação da constituição de 1988. Esta constituição “buscou frear as práticas do patrimonialismo, restabeleceu as bases legais para o exercício da democracia e implementou instrumentos que reforçavam a descentralização da ação governamental” (RIBEIRO, PEREIRA EBENEDICTO, 2013, p. 5), com a finalidade de acabar com um estado gordo e pesado que tinha dificuldade em dar respostas rápidas às demandas da sociedade.

Na década de 70-80, Estado brasileiro passou por uma crise fiscal profunda, provocada pela má gestão de duas décadas anteriores tornando a crise verdadeiramente insustentável (SOUSA, 2012, p. 120), fruto dos vícios deixados pelo patrimonialismo colonial e a ditadura que venerava no regime militar nessa época. Afirma ABRUCIO (2007 apud RIBEIRO, PEREIRA E BENEDICTO, 2013, p. 5) que “[f]oram criadas falsas isonomias como incorporações absurdas de gratificações e benefícios; estabeleceu-se um modelo de previdência que era inviável pelo ponto de vista atuarial e injusta pela ótica social”.

As tentativas de construir no Brasil um Estado de Direito, justo e com menos desigualdade, são esmagadas pelos vícios enraizados na sua administração, e no seio da sociedade, argumenta Karnal (2016) de que “não existe governo corrupto com população honesta” e que “a grande corrupção do estado é apenas um ápice das pequenas corrupções do dia a dia feitas por um membro comum da sociedade”, deste modo, fundamenta a ideia de que um Estado é nada mais do que reflexo da sua sociedade.

A crise afetou profundamente o país, que “na década de 1980 o Brasil era considerado forte candidato a campeão mundial em desigualdade econômica, perdendo o posto apenas para pequenos países das Américas” (SOUSA, 2012, p. 120). Pois, MATIAS-PEREIRA, (2010) e BRESSER-PEREIRA, (1998) apud Ribeiro, Pereira e Benedicto (2013), afirmam que a constituição de 1988 não conseguiu extinguir a corrupção e nepotismo como heranças patrimonialista na administração pública, o que resulta num alto custo e baixa qualidade de administração pública, pois, esses males da administração direta agora incontida também na administração indireta.

Do burocrático passamos ao gerencial, que vem em busca de melhorar a forma de prestação de serviços com ênfase na eficiência nos processos, conhecida também como “Nova Gestão Pública” que veio a substituir a burocracia misturada de patrimonialismo, esse fato foi conhecido como “Reforma Gerencial de 1995”.

A reforma gerencial do Estado, foi a quarta reforma que teve início na década de 1990 no governo Collor com a ideia de construir um estado mínimo, reduzindo assim as ações de “Estado-elefante”, através de descentralização e redução de gastos públicos, em consequência disso, privatizou muitas estatais o que gerou demissão de funcionários públicos (RIBEIRO, PEREIRA e BENEDICTO, 2013), segundo estes autores, essa reforma abriu as portas do mercado brasileiro para importações e trazendo assim a ideia da competição a nível global, e o postulados neoliberais como a “redução das barreiras tarifárias” e “inserção no Mercosul”.

Com todas essas iniciativas de reforma, o governo Collor foi um fracasso devido os casos de corrupção que se verificou, pois, segundo Ribeiro, Pereira e Benedicto, (2013), por conta da sua administração “em 1992 culminou no *impeachment* do presidente Collor, que envolveu em corrupção e esquemas ilegais do governo” e que o período Collor foi “marcado pela maior corrupção de todos os tempos no país”, segundo Abrucio (2007, pág.70 apud RIBEIRO, PEREIRA e BENEDICTO, 2013, p. 6).

A implementação do modelo gerencial foi retomada em 1995 no governo FHC, que era o ministro da fazenda no governo Collor, onde executou um plano de controle de inflação que teve um grande sucesso, o Plano Real que trouxe a estabilidade econômica no país. Criou o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE) dirigido por Luiz Carlos Bresser-Pereira, foi conhecida como “Reforma Gerencial do Estado Brasileiro” baseada nos modelos internacionais. Implicava a transferência da lógica empresarial da área privada para a administração pública, e tinha como referência as reformas dos Estados Unidos e Reino Unido, Nova Administração Pública (NAP) de origem americana e Nova Gestão Pública (NGP) advinda do modelo britânico (RIBEIRO, PEREIRA e BENEDICTO, 2013).

Neste período, o governo FHC junto ao MARE elaborou o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), que tinha como propósito inovar dentro da administração pública, evidencia a burocracia como um dos grandes problemas da administração brasileira, foca mais no procedimento em detrimento aos resultados, e que o excesso de normas rígidas e processo acabam diminuindo a capacidade de controle social (SARTOR, 1996) e (RIBEIRO, PEREIRA e BENEDICTO, 2013).

Medidas como a setorização, criando assim o núcleo estratégico, os serviços exclusivos e não exclusivos do Estado, e a produção de bens e serviços para o mercado, o que mostra que durante o

seu primeiro mandato, o FHC procurou montar uma nova estrutura organizacional que inovasse e aumentasse a qualidade da administração pública, no segundo mandato o foco passou a ser o ajuste fiscal, acabando com MARE e suas funções transferidas para Secretaria de Gestão (SEGES) que resultou na Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) que tinha como objetivo estabelecer limite de gastos públicos e rigor na execução do orçamento (RIBEIRO, PEREIRA e BENEDICTO, 2013). A Lei Complementar nº 101, de 04/05/2000 ou simplesmente LRF, segundo Tesouro Nacional é um dos mais fortes instrumentos de transparência na execução dos gastos públicos e visa preservar a situação fiscal dos entes federativos, estados e municípios.

Foi muito importante no que diz respeito ao controle das finanças públicas apesar de esse não ser o foco da reforma, mas, o agente público já está sendo responsabilizado pelos seus atos. O modelo gerencial apresentou falhas, sua gestão foi centrada nas decisões burocratas, e limitou a participação social (Ribeiro, PEREIRA e BENEDICTO, 2013).

Esses modelos tiveram algo em comum, que é a busca pela melhoria na prestação de serviços e organização do Estado. Cada modelo buscava corrigir os erros do modelo anterior. Para Sousa (2012, p. 117) “Crises e desgastes de modelos administrativos e econômicos sempre acompanharam os Estados-Nação”. No patrimonialismo era o estado absolutista onde o público era muitas das vezes tido como privado. A burocracia já no estado moderno fez a separação do público do privado enfatizando a rigidez no processo e normatização das ações do estado sem se preocupar com o custo da manutenção da máquina pública, de acordo com Sartor (1996) no Brasil a burocracia serviu de instrumento para satisfação de interesses e necessidades da classe política, e para sua manutenção no poder. O gerencialismo busca a eficiência e melhoria na prestação de serviços à população, mas percebe-se que nenhuma dessa reforma preocupou em resolver questões das falhas humanas, ou provocar mudanças de natureza ética e moral.

Verifica-se que essas reformas foram pragmáticas e descontínuas, e não foi alcançado o tal esperado êxito em nenhum dos momentos dessas reformas, afirmam que faltou definição de prioridades e metas das reformas, a descontinuidade, excesso de formalidade na sua concepção que provocou ausência da vinculação de Lei com a formalização de políticas públicas (RIBEIRO, PEREIRA e BENEDICTO, 2013), acrescentam que, essas reformas foram pensadas mais para a administração e desconsideraram o fator cultural e a mentalidade dos gestores por isso, não houve transparência e consideram essas reformas muito fechadas.

3 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DA CORRUPÇÃO NO BRASIL

Matos e Barbosa (2017, p. 3) “é um fenômeno que acompanha o homem desde a antiguidade, sendo conceituada por diversos filósofos/pensadores, que tentavam analisar as condutas humanas bem como suas expressões na sociedade”.

Dito isto, podemos dizer que a corrupção não é só de um partido, governo ou, um grupo de pessoas, mas sim, um fenômeno que está nas diferentes partes de uma sociedade ou nação.

Acredita-se que a corrupção no Brasil teve sua origem desde os tempos coloniais, segundo Barba (2012). Período que começou com a chegada dos colonos portugueses no litoral sul da Bahia

em 1500, com o propósito de ocupação e exploração do território brasileiro, que segundo a história chegaram mais de 1 mil homens comandados pelo navegador Pedro Alves Cabral. Segundo Denise Moura apud (BARBA, 2012) a coroa portuguesa não estava disposta a viver no Brasil, mas também tinha que ter controle sobre as terras então delegou outras pessoas para essa função.

Segundo Ronzani (2007) a corrupção que hoje caracteriza a sociedade, segundo a história começou na era colonial com a vinda dos colonos portugueses no final de séc. XV e início do séc. XVI, segundo o autor “migraram com os primeiros lusitanos seus hábitos, servindo-se da função pública para a fortuna pessoal, lesando a Coroa sem maiores constrangimentos” (RONZANI, 2007. p.69). Estes crimes e abuso de poder dos agentes públicos não são de hoje na história do Brasil, mas teve suas raízes lá no período colonial, afirma Barba (2012) que permeava diversos níveis da administração pública e que havia documentos que comprovassem oferecimento de vantagem indevida dos agentes públicos para com os particulares que pagavam por estes serviços.

O enriquecimento de forma ilícito, pagamentos de propina e solicitações ou recebimentos de vantagens indevidas em razão da função, caracterizavam a sociedade brasileira colonial que era governado por sistema de monarquia, onde o rei governa como chefe de Estado e a sucessão era de forma hereditária.

Afirma-se que “no dia em que Dom João desembarcou no Rio de Janeiro, em 1808, ele recebeu de presente de um traficante de escravos a melhor casa da cidade, no mais belo terreno” (PAINS, 2015), gesto que segundo autor foi a forma de Elias Antônio Lopes conseguiu os privilégios da corte, estreitando suas relações com o rei, e que não estava só o Lopes, estavam também os demais homens de negócios na altura, traficantes de escravos, fazendeiro ou donos de terras, estabelecendo assim ou regime que ele chamou de “toma lá, dá cá” com a coroa, que em poucos tempos se prosperaram esses senhores e se tornaram nobres através do costume de caixinha, desvios de dinheiro, confundindo assim os interesses públicos e privados.

Os crimes continuavam, e não havia nenhuma punição para os que praticavam esses atos porque na verdade eram os próprios membros da corte que assaltavam o cofre público. Os quinze mil portugueses que desembarcaram junto com o D. João não se interessavam muito em desenvolvimento da colônia, pois acreditavam que retornariam a Portugal em pouco tempo, usavam seus privilégios da corte para se enriqueceram à custa do Estado e desprezavam as suas obrigações com a justiça ou beneficiar o público. (GOMES, 2007. p.189).

O assalto aos cofres público crescia de forma acelerada e sem parar. Havia muitas despesas com o pessoal ligado à corte, cargos como advogados, padres, praticantes de medicina, militares e oficiais, serviçais, sem contar com os fidalgos e eclesiásticos, Gomes chamou de “Ucharia Real”, ato onde a corte se dispusera a bancar todo mundo sem menos se preocupar com a origem desses recursos. O rombo era grande que chegava a ser vinte vezes maior, isto no último ano do rei D. João no Brasil antes do seu retorno a Portugal no ano 1821. A forma pela qual desdobrou-se a dominação portuguesa, acentuadamente centralizadora e despojada da intenção de forjar qualquer pacto político, aderida à opção patrimonialista, gerou uma série de práticas administrativas lesivas aos interesses da coletividade e voltadas para o Poder central (Ronzani, 2007, p.72).

Com o retorno de rei D. João a Portugal, o príncipe D. Pedro, segundo Mossé (2015, p. 39) “travou-se a luta entre Brasil, tendo à frente o príncipe D. Pedro, e as Cortes de Lisboa, luta desigual entre um grande país, que reclamava sua liberdade, e um pequeno reino que a recusava”, e segundo Raffaelli (2006, p. 21) “Em 14 de agosto de 1822 José Bonifácio de Andrada e Silva, ministro dos Negócios Estrangeiros, enviou a P. Sartoris, cônsul dos Estados Unidos no Rio de Janeiro, o manifesto aos governos e nações amigas, (...) pelo qual o Brasil se declarava independente de Portugal”.

A monarquia ainda era a forma de governo, o rei era o D. Pedro I tornando assim o primeiro imperador do Brasil, que depois abdicou de poder e passou o trono para seu filho D. Pedro II como segundo e último imperador do Brasil.

Depois do Golpe Militar de 1889 proclamou-se a República no Brasil. Segundo Andrietta (2015) no seu artigo intitulado *Entenda os Motivos da Proclamação da República no Brasil*, disse que a falta de apoio dos militares ao rei Dom Pedro II, também perdeu o apoio da igreja como não bastasse isso também teve que lidar com a perda da mão de obra escrava que cultivava café no vale de Paraíba que nessa época de 1880 era principal sustento do governo por causa da assinatura da Lei Áurea, e que por causa destes e outros problemas que o império enfrentava fez com que no dia 15 de novembro de 1889 o Marechal Deodoro da Fonseca conduziu o golpe militar no Rio de Janeiro que na altura era capital do império, colocando um fim na Monarquia Parlamentarista e instituiu uma República Presidencialista.

Segundo FREIRE (2015) “[a] pesar da blindagem proporcionada pelas restrições ao Legislativo, Judiciário e imprensa, ainda assim a ditadura não passou imune a diversas denúncias de corrupção”. Não tinham interesse em deixar vazar os escândalos de corrupção dos oficiais naquela época por isso era um período de censura, onde era aprovado ou desaprovado previamente as notícias que iam ser publicadas nos jornais.

Segundo Freira (2015) foram indicados pelo então Presidente Emílio Garrastazu Médici na década de 1970 os governadores do Estado, entre eles o Haroldo Leon Peres no Paraná que foi investigado num caso onde ele pegou de uma empreiteira dinheiro no valor de US\$ 1 milhão e que lhe obrigou a renunciar ao cargo, citou outro caso na Bahia Antônio Carlos Magalhães que no seu primeiro mandato abateu 50% da dívida da empresa Magnesita onde era acionista, esses casos foram conhecidos como “Governadores biônicos e sob suspeita”.

Os escândalos não acabavam por aí, pois apesar do regime ditador e opressor ainda eram divulgados casos de corrupção, segundo Sasaki (2018) “A forte vinculação da Odebrecht com a Petrobras, por exemplo, vem da década de 1950, mas se consolidou no período da ditadura”, explica ainda que no regime militar as empresas tinham acesso direto com ao estado e seus governantes sem precisar apoiar ou financiar as campanhas para nomear presidente ou governadores, e que por isso muitas outras empresas tiveram sua ascensão durante esse período.

Percebe-se que mudava governo trocava o regime e mesmo assim a corrupção mantinha dentro do poder público desde os tempos coloniais, passou para império e depois na república, segundo Sasaki (2018) os militares alegavam como um dos motivos do golpe era combater a corrupção, mas que:

Foram notórios casos como a operação Capemi [...] empresa dirigida por militares que foi beneficiada na concorrência para explorar madeira no Pará – pelo menos 10 milhões de dólares teriam sido desviados em benefício de agentes do Serviço Nacional de Informações (SNI), órgão de inteligência do regime. O fato foi investigado numa Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) na década de 1980.

De acordo com Gaspari (2002, p. 22) “[...] pela tradição do regime militar iniciado em 1964, sempre que as tentativas de democratização se chocaram publicamente com a ditadura, prevaleceu à ditadura”. Isso mostra que assegurar o bem-estar social e garantias do direito de todos era posto no segundo plano pela ditadura militar, e que:

No dia 12 de outubro de 1977, com a demissão de Frota, dissolveu-se a mais perversa das anomalias introduzidas pela ditadura na vida política brasileira, restabelecendo-se a autoridade constitucional do presidente da República sobre as Forças Armadas. Encerrou-se o ciclo aberto em 1964, no qual a figura do chefe do governo se confundia com a de representante da vontade militar, tornando-se ora seu delegado ora seu prisioneiro (pág. 35).

Já na década de 1990, foram investigados e vieram ao público muitos outros casos de corrupção envolvendo administração pública e particulares. Hermes (2016), listou 10 maiores casos de corrupção no Brasil, entre eles o caso **Jorgina de Freitas**, causou prejuízo de 2 bilhões de reais. Trata-se do caso da advogada Jorgina Maria de Freitas Fernandes, que liderou uma rede responsável por fraudes bilionárias no INSS, descoberto em março de 1991, que de acordo com Tavares (2018) ela ganhou mais notoriedade por ter fugido para exterior durante cinco anos, viajando por vários países e fez várias plásticas para não ser reconhecida por isso o nome do caso. O esquema envolvia desvio de dinheiro através de concessão de benefícios e de assistência médica para pessoas inclusive mortas, e que contando com Jorgina são no total de vinte pessoas formando assim a quadrilha encabeçada pelo juiz Nestor José do Nascimento, da 3ª Vara Civil de São João de Meriti, na Baixada Fluminense. Para esconder o dinheiro e não ter que prestar conta à receita, pois, seriam descobertos, enviavam o dinheiro para suas contas individuais no exterior. A advogada foi condenada à 12 anos de prisão e devolver o dinheiro, seus imóveis adquiridos com dinheiro ilícito foram apreendidos e que seriam leiloados, assim como os demais envolvidos no esquema. Em 2002 entrou com pedido de liberdade condicional que lhe foi recusado e o STF ordenou sua transferência de instalação individual no Batalhão de Policiamento de Trânsito da Polícia Militar para uma cela com outras detentas no presídio feminino Nelson Hungria onde foi solta só em junho de 2010.

O processo conhecido como **Anões do Orçamento** ocorreu no final da década de 80 e início da década de 90, trata-se de desvios de recursos por parte dos deputados através de emendas para entidades filantrópicas dos seus comparsas, incluíam verbas para grandes obras públicas pagas a empreiteiras. Ao todo foram investigados 37 deputados, e o rombo é de 800 milhões de reais. De acordo com Folha de S. Paulo dos sete anões a maioria era do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), de acordo com a conclusão da comissão parlamentar de inquérito (CPI). João Alves era considerado o chefe do esquema junto com o assessor da Comissão de Orçamento José Carlos Alves dos Santos, que foi o delator do esquema. Funcionava da seguinte maneira: eram pagas propinas pelos prefeitos para que seja incluído no orçamento ou conseguir liberação de uma verba para concessão de obra já prevista, e uma empresa de fachada criada por João Alves era responsável pelo serviço e cobrava as taxas, isso também funcionava com as empreiteiras que conseguiam liberação por parte dos ministérios

recursos para obras que constasse no projeto, pois, a comissão incluíam essas obras no orçamento da união, e também era beneficiados com aprovação de subvenções sociais destinadas às empresas fantasmas, e este dinheiro servia para financiar campanhas políticas. Todo esse esquema, fez crescer o número de emendas de 2.604 para 76.000 dos anos 1989 à 1992, respectivamente (ENTENDA, 2004). Caso como este, por exemplo, comprova a teoria de que as falhas humanas são na verdade as causadoras da corrupção, principalmente quando quem controla é o mesmo que pratica o crime, outro esquema parecido é operação **Navalha na Carne** em 2007, é o esquema que também envolvia uso de emenda parlamentares para realizações de obras públicas, ao total foram 49 pessoas presas, e o roubo estimado em R\$ 1,06 bilhão, para isso fraudavam licitações e incluíam obras que não existiam como caso de uma ponte que liga o nada a lugar nenhum. Dos envolvidos no caso está o Renan Calheiros, entre outras figuras políticas conhecidas.

A operação **Lava Jato** sem dúvida é a maior de todas, não só por atingir valores absurdos como R\$ 42,8 bilhões desviados, e prejuízo de R\$ 88,8 bilhões apenas na Petrobras. Conta com 209 acusados entre eles inúmeros autoridades envolvendo ministros, ex-ministros, presidente afastado, estão sendo investigados. A frente do caso está o Juiz Federal Sérgio Moro, e a frente da operação a Polícia Federal, este caso ainda está em andamento, e com certeza com certos questionamentos sobre sua veracidade, pois na sua maior trata-se de suspeitas e alegações que não se comprovaram, o que torna ainda mais difícil o seu processo. a mídia tem tido a noticiar muitas matérias sobre o caso, entre estas notícias uma contradiz a outra.

Estes casos são uns dos escândalos, onde o compromisso com administração pública é descumprido em para realizações ou ganhos individuais.

4 CORRUPÇÃO

Na verdade, é um tema de intenso debate tendo em conta o seu impacto negativo no que diz respeito às crises econômico, social e política no país, altos valores são desviados dos cofres públicos que são frequentemente citados nas mídias. Eleva-se cada dia o nível de crimes dentro do poder público tendo como o principal colaborador o sistema político que se instalou, o que está bem-visto através dos inúmeros casos de escândalos de roubos e desvios de recurso dentro da administração pública Brasileira (RONZANI, 2007).

Para Nascimento (2016) destacou como um dos problemas da corrupção a dificuldade de um conceito útil que permita dar uma compreensão geral deste fenômeno, afirmando que existem diversas questões distintas relacionadas com o termo, mas que de uma forma ou de outra têm relação. Aprestou como segundo problema o custo da corrupção, pois, praticados na administração pública ela compromete o funcionamento do aparelho do estado o reduz sua capacidade prestar serviços ou criação de bens afetando assim principais setores como econômico, social, cultural e político.

Na verdade, a grande corrupção é resultado das pequenas corrupções feitas por indivíduo comum da sociedade no seu dia a dia, pois na verdade não existe um governo corrupto com população honesta, e vice-versa (KARNAL, 2016). Nessa ótica, compreender o conceito da corrupção exige e observação ampla, que permite enxergar as mais diversas dimensões que estão relacionadas ao termo.

Sem a mínima pretensão de esgotar o tema em questão, de acordo com Nascimento (2016), apresentou quatro dimensões da corrupção que vão permitir a percepção das relações entre variáveis do fenômeno, possibilitando assim a capacidade de previsão o que torna mais fácil o enfrentamento da corrupção através de normas, mecanismo, procedimento e políticas públicas:

A primeira dimensão é identificada a relação das instituições do Estado e da sociedade, o que ele chamou de **dimensão das relações corruptas**. Analisar o que está por trás dos incentivos à corrupção nas instituições públicas, como esses processos são realizados e por meio de reformas reduzir esses incentivos para pagar ou cobrar subornos, vantagens, entre outros.

Na segunda dimensão aborda a peculiaridade do caso brasileiro, pois falar do conceito da corrupção e do seu significado muda de país para país, tendo em conta a cultura e até mesmo questão social, por mais que sejam semelhantes em alguns aspectos não terá o mesmo significado, chamado de **pluralidade do significado da corrupção**.

A terceira dimensão diferente da primeira, a **dimensão estrutural** trata da relação do público para com o privado, trata-se do campo estrutural, considerando sua forma democrática, e prima pela transparência, visibilidade e ética na sua relação com o mercado.

A **dimensão de reforma** é a quarta e última dimensão, refere-se à implementação de mudanças, afirmando que de um modo geral há certa dificuldade em mudanças ainda mais quando se trata “duplo espaço de superação” a relação de interesse entre Estado e a sociedade e a questão Cultural.

Mas na verdade o que é a corrupção? Tudo isso nos leva a encontrar um conceito útil, pois, “expressão corrupção possui várias definições, em sua maioria todas ligadas à ilegalidade. Normalmente, a palavra está sempre ligada a ato ilegal, troca de dinheiro ou de favores” (MEDEIROS, 2015, p. 23). Noções que nos leva mais próximo de uma ideia principal do seu conceito, que é a ilegalidade, ilícito, praticar algo que seja proibido ou deterioração, ou que derivada de latim, *corruptio*, significa quebra, decomposição que é a mesma coisa que depravação, suborno, alteração (MATOS e BARBOSA, 2017).

Em busca de conceito meramente instrumental o Nascimento (2016, p. 86) apresentou dois conceitos a corrupção:

A corrupção é o uso de bens, serviços, interesses e/ou poderes públicos para fins privados, de forma ilegal. Dito de outra forma: a corrupção é a interação voluntária de agentes racionais, com base em ordenamento de preferências e restrições, na tentativa de capturar, ilegalmente, recursos de organizações públicas, das quais pelo menos um deles faz parte, sendo as ações propiciadas por ambiente de baixa *accountability*.

Com base nesses conceitos podemos dizer que a corrupção é ato que para satisfação individual ou vantagens indevidas se usa os recursos, bens ou serviços públicos de forma ilegal, para si ou para favorecer ao outro.

De acordo com o Código Penal brasileiro Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 a corrupção ocorre de duas formas, a **corrupção ativa** e a **corrupção passiva**. De acordo com artigo 317 prevê seguinte ação considerada como corrupção passiva: Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem, sua Pena varia de 2 à 12 anos e multa, prevista Lei

nº 10.763, de 12.11.2003. Em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional, a pena é aumentada de um terço, e que se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem, será sujeita a detenção de 3 meses à 1 ano ou multa.

Esse tipo de corrupção é aquela cometida pelo funcionário público, por solicitar ou aceitar receber vantagem indevida em função do cargo, ou antes mesmo de assumi-la, suponhamos que ele é o agente público encarregado de contratar um serviço de uma das empresas das quais participaram na licitação, e acaba escolhendo uma empresa como vencedora por ter recebido uma certa quantia em dinheiro dessa empresa e não por ela apresentar melhor proposta que as outras concorrentes. Também é considerado corrupção a ação daquele cidadão que paga suborno à um agente público para ter certa vantagem indevida, considerado corruptor. Argumenta Karnal (2016) que a corrupção é um mal coletivo, um fenômeno que podemos encontrar em toda esfera social e não num partido político ou governo.

No seu artigo 333, sobre a **corrupção ativa**, diz o seguinte: Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício, com a pena de reclusão de 2 à 12 anos, e multa, como consta na Lei nº 10.763, de 12.11.2003. A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

Usando o exemplo anterior, seria ação da empresa que ganhou a licitação pagando ou oferecendo benefícios ao agente público responsável pela licitação. Ainda existem outros crimes ligados a corrupção em causa, como tráfico de influência, que consiste Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função, previsto no artigo 332 do código penal, e a pena varia de 2 à 5 anos e multa. A entidade privada ou empresa usa sua posição de prestígio para persuadir o funcionário público para conceder vantagens indevidas, na verdade esses casos são frequentes no Brasil quando se trata dos crimes na administração pública. Os indivíduos têm tendência de serem motivados a conquistar certos anseios mesmo que para isso teriam que infringir a lei, fato que sugere outro tema como, por que razão há sempre tendências que provocam a descumprir leis para ter vantagens indevidas, ou o que incentiva essa prática. com certeza existem explicações de natureza do comportamento humano, do egoísmo e de realização individual.

De acordo Nascimento (2014) o *accountability*, em outras palavras Prestação de contas é muito importante para o controle da corrupção, pois o nível da corrupção é equacionado de seguinte forma: quanto menor for o exercício de prestações de contas maior será os níveis da corrupção. A lei serve para prevenir a corrupção, mas também além da prevenção ela vem descrevendo as devidas punições para cada caso, essas punições são na verdade uma das formas de desestimular a corrupção, uma vez que o agente público perceber que descumprimento com o dever público ou uma conduta imprópria gera sanções graves.

A Lei de responsabilidade fiscal (LRF) lei complementar nº 101, de maio/2000 é um dos instrumentos de controle e prevenção contra corrupção, segundo Meirelles (1990, p. 733) “estabelece normas de finanças públicas voltadas para responsabilidade na gestão fiscal, obrigatórias para União,

Estados, Distrito Federal e Municípios”. Outro instrumento é a lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências, entrou em vigor em janeiro de 2014.

Segundo Nascimento (2014), existe dois tipos de controles, controle social ou vertical, e controle horizontal que é exercido entre os poderes políticos. No controle social os entes da sociedade civil, seja ele organizações ou pessoa física pode exercer esse controle através de denúncia, acompanhamento dos processos públicos no que diz respeito ao uso dos recursos público. Segundo Medeiros (2015, p. 27) “[o] controle social é uma maneira que os cidadãos e as entidades que compõem a sociedade civil podem combater a corrupção na Administração”.

Existem também controle interno e externo, o controle interno que diz respeito ao exercício de controle internamente pela própria entidade com a finalidade de avaliar, comprovar, exercer e apoiar as atividades de uma forma legal e eficiente para o atingimento das metas previstas no plano plurianual, com exemplo temos o controle administrativo. Já o controle externo é aquele exercido pela entidade fora do domínio daquele onde se pratica o ato de controle, como exemplo temos controle legislativo, controle de Tribunal de Contas da União (TCU), controle de ministério Público, e controle Judicial (Pestana, 2010).

A Corrupção “é um desafio para a sociedade brasileira, pois prejudica o desenvolvimento nacional e afeta a todos”, afirma Nascimento (2014, p. 81). Na verdade “[s]ão muitas as maneiras de combate à corrupção, mas, para que esses mecanismos se tornem realmente efetivos, deve-se começar um trabalho de conscientização popular [...]” (MEDEIRO, 2015, p. 27).

Investir fortemente na educação para criação de cidadãos éticos e moralmente incorruptíveis, pois precisa-se de uma transformação e mudança de mentalidade em volta deste fenômeno.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A forte presença da herança colonial, o patrimonialismo, e de um sistema extremamente burocrático que esmaga a administração pública, vem se adaptando ao longo de tempo dentro das novas tendências e modelos da Administração Pública. É notável o grande avanço e esforço realizado para combater esse mal da administração pública.

A sociedade brasileira hoje convive com um dos maiores problemas dos estados modernos, a corrupção, um desafio para o Estado e sociedades civil, uma batalha que precisa ser combatida juntos com envolvimento de todos. É muito importante o exercício o controle social por parte dos cidadãos, tem que ter mais participação da sociedade em definir as prioridades para programas que irão beneficiá-los, exigir transparência e prestações de contas dos gestores públicos. Novas leis precisam ser criadas devido a mutação do fenômeno em análise, mas também as leis já existentes precisam ser cumpridas com rigor e sem exceção, pois, por mais que a burocracia tenha estabelecido ferramentas de controle sempre as pessoas encontram jeito de os circundar, por isso fundamenta a ideia de que o mal está nas pessoas, no seu julgamento ético em fazer algo de certo ou errado. A história da administração brasileira foi construída através de reformas em busca de solucionar e suprir as falhas no que diz respeito ao

seu funcionamento, a eficiência e clareza na prestação de serviços e criação de bens públicos. Sempre se preocupam em reformas que provoca mudanças nas estruturas das instituições e esquecem-se do fator cultural, a ética e a moral. Um dos pilares para criação de uma sociedade menos corrupta é a educação, investir hoje numa educação de melhor qualidade, onde serão ensinados os valores de boas convivências, de respeito mútuo e consagrar o que é pública, é garantir uma futura geração de pessoas mais probas, honestas e de boa fé.

É importante papel da imprensa em expor os casos de corrupção e a função de Ministério Público e os Tribunais em julgar esses casos. Esse é o tema que na verdade deveria ser cada vez mais presente nos debates entre meio acadêmico, aproveito para reforçar convite que muitos já fizeram para que não só os profissionais na área de Direito, mas que os acadêmicos, pensadores sociais e profissionais das mais diversas áreas interessassem mais nos estudos e análise desse fenômeno que na verdade afeta-nos a todos sem exceção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

_____. Tesouro Nacional. Lei de Responsabilidade Fiscal. Lei Complementar nº 101, de 04/05/2000. Disponível em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/lei-de-responsabilidade-fiscal>>. Acessado em: 29 de ago. 2018

ADRIETTA, Matheus. **Os Motivos da Proclamação da República no Brasil**. InfoEnem 16 nov 2015. Disponível em: <<https://www.infoenem.com.br/entenda-os-motivos-da-proclamacao-da-republica-no-brasil/>> Acessado em: 29 de ago. 2018.

Código Penal - **Decreto Lei 2848/40**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10598684/artigo-317-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940>>. Acessado em 29 de ago. 2018.

Código Penal - **Decreto Lei 2848/40**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10597330/artigo-333-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940>>. Acessado em: 20 ago. 2018

BARBA, Mariana Dalla. **Corrupção no Brasil tem origem no período colonial**. Revista Terra, 4 Nov. 2012. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/corrupcao-no-brasil-tem-origem-no-periodo-colonial-diz-historiadora,97a973f2ef6da310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>>. Acessado em: 04 de abr. 2018.

BUENO, Josenilda Aparecida Ribas. **Patrimonialismo e seus Reflexos no Estado Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.eumed.net/rev/cccss/2016/02/patrimonialismo.html>>. Acessado em: 03 de mar. 2018.

CASTRO, Bruno. **A evolução da Administração Pública**. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/carreira/a-evolucao-da-administracao-publica/50650/>>. Acessado em: 03 de mar. 2018.

ENTENDA, o caso dos Anões do Orçamento. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u65705.shtml?fbclid=IwAR31_qfCMxwmq9bcpYIPnKKfz2brSgGq_TfumPxUpUFqPxZCYWjDAbnMLTw>. Acessado em: 10 de abr. 2018.

ERMES, Felipe. **Os 10 maiores casos de corrupção na história do Brasil**. Disponível em: <<https://spotniks.com/os-10-maiores-casos-de-corrupcao-da-historia-do-brasil/>>. Acessado em: 10 de abr. 2018.

FREIRE, Marcelo. **Conheça dez histórias de corrupção durante a ditadura militar**. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2015/04/01/conheca-dez-historias-de-corrupcao-durante-a-ditadura-militar.htm?cmpid=copiaecola>> . Acessado em 08 de abril de 2018.

- GASPARI, Elio. **As Ilusões Armadas: A Ditadura Envergonhada**. São Paulo, SP. Companhia das Letras. 2002
- GOMES, Laurentino. **1808: Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil**. 5ª ed. São Paulo: Planeta do Brasil LTDA, 2007.
- KARNAL, Leandro. **Não existe governo corrupto com população honesta**. Revista Pazes, 22 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.revistapazes.com/nao-existe-governo-corrupto-com-populacao-honesta/>> Acessado em: 03 de mar. 2018.
- MATOS, Aline Suélen Farias. BARBOSA, Luís Cesar do Carmo. **CORRUPÇÃO NO PODER PÚBLICO BRASILEIRO: a impunidade diante da imunidade parlamentar prisional**. Revista online FADIVALE, Governador Valadares, ano XIII, nº 14, 2017. Disponível em: <<http://www.fadivale.com.br/portal/revista/#1505129150988-2fabac35-886c>> Acessado em: 03 mar. 2018.
- MEDEIROS, Arthur Pierre dos Santos. **DETERMINANTES DA ATUAÇÃO DOS MOVIMENTOS DE COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL: estudo do Movimento Articulado de Combate à Corrupção** - MARCCO-RN. 49 f. Dissertação (Bacharel em Ciências Contábeis) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2015.
- MEIRELLES, Hely Lopes. ALEIXO, Délcio Balestero. FILHO, José Emmanuel Burle. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MOSSÉ, Benjamin. **Dom Pedro II, Imperador do Brasil: o Imperador visto pelo barão do Rio Branco**. Brasília: FUNAG, 2015.
- NASCIMENTO, Kleber. **Reflexões sobre Estratégias de Reforma Administrativa: a experiência federal brasileira**. Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1º semestre, 1967.
- NASCIMENTO, Melillo Dinis do. **O Controle da Corrupção no Brasil e a Lei Nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção**. Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM, Belo Horizonte, ano 17, n. 60, p. 79-137, abr./jun. 2016.
- PAINS, Clarissa. **Historiadores resgatam episódios de corrupção no Brasil Colônia e na época do Império**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/historia/historiadores-resgatam-episodios-de-corrupcao-no-brasil-colonia-na-epoca-do-imperio-17410324>>. Acessado em: 10 de abr. 2018.
- PAULA, Ana Paula Paes. **Administração Pública no Brasileira: entre o gerencialismo e a gestão social**. Disponível em: <www.uece.br/cev/index.php/arquivos/doc_download-66-text2>. Acesso em: 10 abr. 2018.
- PESTANA, Márcio. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- RAFFAELLI, Marcelo. **A Monarquia e a República: Aspectos das relações entre Brasil e Estados Unidos durante o Império**. Rio de Janeiro: [Brasília]: CHDD; FUNAG, 2006.
- RIBEIRO, Lívia Maria de Pádua. PEREIRA, José Roberto. BENEDICTO, Gideon Carvalho de. **As Reformas da Administração Pública Brasileira: Uma Contextualização do seu Cenário, dos Entraves e das Novas Perspectivas**. Disponível em: <http://200.144.182.143/escolausp/wp-content/uploads/2015/05/Reformas-administracao-publica-ANPAD-2013.pdf> Acessado em: 12 Set. 2018.

- RONZANI, Dwight Cerqueira. **Corrupção, Improbidade Administrativa e Poder Público no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VIII, Nº 10 - Jun de 2007.
- SARTOR, Vicente Volnei de Bona. **Reforma administrativa do aparelho estatal**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro Socio-Economico. Florianópolis SC, 1996.
- SARTURI, Claudia Adriele. **Os Modelos de Administração Pública: patrimonialista, burocrática e gerencial**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,os-modelos-de-administracao-publica-patrimonialista-burocratica-e-gerencial,43523.html>>. Acessado em:
- SASAKI, Fabio. **A corrupção durante o regime militar**. Disponível em: <<https://guiadoestudante.abril.com.br/blog/atualidades-vestibular/a-corrupcao-durante-o-regime-militar/>>. Acessado em: 20 de ago. 2018.
- SILVA, Adival do Carmo. **Evolução da administração pública no Brasil e tendências de novos modelos organizacionais**. Disponível em: <<http://www.ice.edu.br/TNX/storage/webdisco/2013/12/13/outros/27b4d512efbac7d37520bc37aa78cac1.pdf>> Acessado em: 11 de abr. 2018.
- SOUZA, Bianca Tomaino. **Dezesseis anos do Plano Diretor de Reforma do Aparelho de Estado (PDRAE)**. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/1676>> Acesso em: 10 abr. 2018.
- TAVARES, Ana Cristina. **Caso Jorgina de Freitas trouxe à luz fraude bilionária na Previdência**. Disponível em: <https://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/caso-jorgina-de-freitas-trouxe-luz-fraude-bilionaria-na-previdencia-18255400?fbclid=IwAR3CceJ65B7cU_y59zMidmOYK8ZqAItWWWI9uuWRiQwWaJK8c8qweFm0924>. Acessado em: 10 de abr. 2018.

HERMENÊTICA CONSTITUCIONAL PÓS-WEIMAR: CRÍTICAS AO EXERCÍCIO DO CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS AFTER WEIMAR: CRITICISMS OF THE EXERCISE OF INCIDENTAL CONTROL OF CONSTITUTIONALITY IN BRAZILIAN COURTS

CAIO RODRIGUES GONÇALVES¹⁵

RESUMO

O objeto do presente estudo é a análise das novas técnicas interpretativas que surgiram após o advento da Constituição de Weimar, notadamente na terceira fase do constitucionalismo brasileiro. Busca-se verificar como se dá a hermenêutica constitucional diante da exacerbada principiologia típica das constituições dirigidas. Além disso, analisa-se como a utilização indevida de normas-princípio no âmbito do controle incidental de constitucionalidade pode subverter a lógica de jurisdição constitucional, além de afrontar a ideia de supremacia constitucional e separação e harmonia entre os poderes. Desenvolvem-se os limites da atividade interpretativa na materialidade e objetividade da norma posta, que se caracterizam pela observância dos seus contornos semântico-normativos. Para tanto, utiliza-se do método qualitativo, por meio de uma imersão bibliográfica sobre o tema, com o objetivo de, ao final, poder-se chegar às conclusões esperadas, numa metodologia hipotético-dedutiva, sempre com a criticidade pretendida desde a objetivação desta pesquisa. Conclui-se atestando a importância das normas finalísticas para uma estruturação argumentativa nesse momento hermenêutico-constitucional, desde que regidas pela prudência típica do conservadorismo interpretativo, mas sem desprezar a realidade social inserida. Do mesmo modo, em sede de controle de constitucionalidade, pela forte presunção de legalidade que detém a obra do poder legiferante, a ideia de *self-restraint* faz-se ainda mais evidente, notadamente diante da normatização específica para os incidentes de inconstitucionalidade.

Palavras-chave: Constituição de Weimar. Principiologia constitucional. Controle de constitucionalidade. Conservadorismo interpretativo.

ABSTRACT

The object of the present study is the analysis of the new interpretative techniques that emerged after the advent of the Weimar Constitution, notably in the third phase of Brazilian constitutionalism. It seeks to verify how the constitutional hermeneutics takes place in view of the exacerbated typical set of principles of the ruling constitutions. In addition, it is analyzed how the improper use of norms-principle in the scope of the incidental control of constitutionality can subvert the logic of constitutional jurisdiction, besides facing the idea of constitutional supremacy and separation and harmony between the powers. The limits of the interpretive activity are developed in the materiality and objectivity of

15 Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Graduado em Direito com distinção *Magna Cum Laude* pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Advogado. Membro Titular da Comissão de Estudos Constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB/CE. E-mail: caiorgc@hotmail.com.

the positive norm, which is characterized by the observance of its semantic-normative contours. For this, the qualitative method is used, by means of a bibliographical immersion on the subject, with the aim of, at the end, being able to arrive at the expected conclusions, in a hypothetical-deductive methodology, always with the criticality sought from the objectivation this research. It concludes by attesting the importance of the finalistic norms for an argumentative structuring in this hermeneutic-constitutional moment, since governed by the prudence typical of interpretive conservatism, but without neglecting the inserted social reality. Likewise, in the case of constitutionality control, due to the strong presumption of legality that holds the work of legislative power, the idea of self-restraint becomes even more evident, especially in the face of specific norms for unconstitutionality incidents.

Keywords: Weimar Constitution. Constitutional set of principles. Constitutionality control. Interpretative conservatism.

1. INTRODUÇÃO

Após um período de ascensão do liberalismo constitucional, surgiu um movimento precursor de direitos sociais, nitidamente de proteção às minorias e aos direitos humanos de forma geral. Materializado na Constituição de Weimar, o Estado Social passou a ser o modelo perseguido pelas constituições em construção por todo o Ocidente.

No Brasil, a influência foi bastante perceptível em sua terceira fase do constitucionalismo, na clássica divisão efetuada por Bonavides (2013), tendo em vista que acabávamos de passar pela Revolução de 1930 e pela Revolta Constitucionalista de 1932, as quais ansiavam pela instituição de um Estado garantidor não só de direitos negativos.

No presente estudo, busca-se analisar como se deu a influência desse novo período especificamente no que concerne à hermenêutica constitucional, com suas novas técnicas interpretativas e novas estruturas argumentativas diante de um contexto de exacerbada principiologia.

Para tanto, inicialmente serão demonstrados os novos métodos inseridos nessa fase interpretativa, com especial atenção para os fundamentos decisórios baseados em principiologia constitucional. Na ocasião, será trazido o conceito adotado de norma-princípio, bem como será esmiuçada sua forma de aplicação utilizando balizas conservadoras que não desprezam o trabalho realizado pelo poder legiferante.

Posteriormente, intenta-se diferenciar os tipos de interpretação que eventualmente podem conduzir a ingerências do Judiciário em Poder diverso, notadamente diante da ascensão do movimento ativista no Brasil, o qual põe o Judiciário na vanguarda da perseguição de direitos sociais expostos na Lei Fundamental.

Em uma perspectiva mais específica, tratar-se-á do controle incidental de constitucionalidade, realizado de acordo com a regra do *full bench*, na tentativa de demonstrar como efetivamente as técnicas interpretativas têm de ser utilizadas de forma a garantir a plena presunção forte de legalidade da atividade do Poder Legislativo, sob pena de subversão da própria ideia de jurisdição constitucional.

Para tanto, será realizada uma imersão bibliográfica nos temas em questão, com o fito de estabelecer as adequadas conceituações. Após, existirá condição suficiente para a verificação da conclusão esperada, numa ótica crítica pretendida desde a idealização desta pesquisa. Nada mais seria do que a utilização de metodologia, nesta fase, hipotético-dedutiva, necessária e fundamental para a concretização do estudo.

2. WELFARE STATE E A ASCENSÃO DE NOVOS MÉTODOS INTERPRETATIVOS

O *Welfare State*, modelo de Estado que busca a consecução do bem-estar social, rompe com os paradigmas do então dominante Estado liberal, ainda influenciado pelos ideais de Adam Smith, que pressupunha a mínima intervenção estatal na economia, bem como não positivava nas constituições de seu tempo direitos relativos à seguridade social, às relações de trabalho, à cultura, dentre diversos outros que se caracterizam como prestações estatais positivas.

A Constituição de Weimar, por mais que exposta por muitos como mero instrumento retórico sem grande eficácia, foi a precursora da concepção de *Welfare State* no Ocidente, na medida em que estabeleceu que o Estado não podia ser distanciado do povo, notadamente após um contexto pós-guerra de derrota alemã.

Nesse sentido, constituía-se como “um compromisso politicamente aberto de renovação democrática na Alemanha pós-Primeira Guerra Mundial” (BERCOVICI, 2004, p.26), e nela estavam positivados direitos sociais diversos, organizando um Estado voltado para a sociedade e não para o ser individualizado.

Desse modo, as constituições brasileiras pós-1934 foram manifestamente influenciadas pela Carta Alemã de 1919, por mais que efetivamente não tenham estabelecido um sistema de seguridade social capaz de implementar o Estado assistencial.

Somente com o desenvolvimento do neoconstitucionalismo, eminentemente pós-positivista, tornou-se observável um discurso jurídico para o universo dos valores ético-políticos, introduzindo uma concepção principiológica que estabeleceu diferença peculiar entre princípios e regras.

Contida nesse contexto está a Constituição Federal de 1988, na qual a exacerbação de princípios abertos fez surgir uma nova forma de interpretar e, por consequência, um novo modelo argumentativo baseado numa maior discricionariedade judicial.

Não houve, por certo, uma derrocada da interpretação jurídica tradicional, na medida em que a maioria das questões jurídicas ainda são resolvidas por ela, mas a realização da vontade constitucional demandou uma elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, “agrupados sob a denominação de nova interpretação constitucional, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico” (BARROSO, 2006, p. 52).

Nesse novo arcabouço interpretativo, inclui-se a lista de princípios exposta por Hesse (1991), a exemplo da unidade da constituição, da concordância prática e do efeito integrador, bem como o catálogo formulado por Canotilho (1993), com as ideias de máxima efetividade e da correção funcional. Apesar de tratarem minuciosamente a matéria, os autores não a levam à exaustão, motivo pelo qual não se faz didática a apresentação de um rol principiológico exaustivo, mas somente a análise de técnicas específicas.

Com base nisso, sabendo da existência de uma nova realidade hermenêutica, será realizado um corte epistemológico para a verificação da forma como as normas-princípio são aplicadas de modo geral, bem como será delimitado o limite da atividade de interpretar, que se encontra na própria norma posta.

2.1. FUNDAMENTOS DECISÓRIOS BASEADOS EM PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL

Tendo em vista a nova fase interpretativa vivenciada no contexto hodierno brasileiro, cumpre analisar como se dá a interpretação baseada na principiologia constitucional, com o objetivo de demonstrar os aspectos que podem desvirtuar a função originária do Poder Judiciário.

De início, é salutar estabelecer a correlação entre esse fenômeno com a última fase do constitucionalismo brasileiro, iniciada após a Constituição de 1934, com forte e evidente influência da Constituição de Weimar, como também da Constituição Mexicana, e que perdura até o atual texto constitucional, com aprimoramentos típicos do neoconstitucionalismo.

Nessa fase, passaram a obter normatividade os princípios constitucionais, mitigando a ideia de caráter meramente programático (BONAVIDES, 2003, p. 258), tudo com o fito de dar efetividade aos anseios do incipiente Estado Social, que já trazia em seu bojo a ideia de constituição como documento estabelecedor de fins a perseguir.

Ao estabelecer a norma-princípio, o início dessa fase constitucional deixou em aberto o que efetivamente seria a caracterização e a forma de aplicação da principiologia expressa ou implícita, dando azo a discussões doutrinárias que se estendem até os períodos atuais.

Parece razoável o escólio de Humberto Ávila (2015) ao estabelecer uma acepção principiológica que se coaduna com a ideia defendida neste estudo:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Desse modo, princípio é norma estritamente finalística. Estabelece, pois, um fim a ser atingido, sendo aquele uma ideia que exprime uma orientação prática (Cf. WEINBERGER, 1989). Logo, seu caráter aberto é típico de sua própria conceituação.

Nesse sentido, há uma impossibilidade do julgador, no momento da interpretação e aplicação, ater-se somente à literalidade da norma. Abre-se margem à discricionariedade no processo de tomada de decisão. Entretanto, não se trata de arbitrariedade, na medida em que existem balizas hermenêuticas para esse novo processo interpretativo, notadamente estabelecendo como condicionantes a objetividade e a materialidade da norma posta (Cf. NEVES, 2007).

Seria, em suma, a estrita observância ao limite semântico da própria norma analisada, sabendo da diferenciação entre texto e norma, na qual esta é o sentido atribuído a uma disposição normativa interpretada (ALEXY, 2015). Não se trata de retorno ao positivismo normativista com sua ideia de imutabilidade, mas, sim, da criação da norma a partir do texto, respeitados os seus limites semânticos.

O problema reside na utilização indevida da principiologia constitucional como fundamento principal das decisões em questões de constitucionalidade, nas quais, muitas vezes, a *ratio decidendi* está mais atrelada a questões morais e ao anseio popular do que efetivamente à vontade expressa na constituição.

Sabe-se, pois, que o fundamento decisório baseado em normas-princípio pode ser efetivamente um instrumento de consecução de direitos das minorias, do ideal democrático e dos direitos fundamentais *lato sensu*, desde que restrito à ideia de complementaridade e, até mesmo, de instrumento para resolução de antinomias das normas-regra. Caso contrário, pode-se configurar ferramenta de ingerência indevida de Poder incompetente em atribuição originária ou exclusiva de qualquer dos demais poderes instituídos, conforme será analisado no tópico subsequente.

2.2. ATIVISMO JUDICIAL E INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO: DISTINÇÕES DE LEGITIMIDADE DECISÓRIA

De acordo com o que foi tratado anteriormente, vivencia-se, hoje, uma nova fase da hermenêutica constitucional, na qual a aplicação do texto da constituição “não se resume mais a uma tarefa de subsunção, mas decorre de uma práxis política qualificada pela incompletude e pelo encobrimento característico da linguagem” (CAMPOS; ALBUQUERQUE, 2015). Logo, é facultado ao intérprete um maior grau de discricionariedade na aplicação normativa.

Nesse sentido, tendo como base o caráter aberto dos princípios – que via de regra são utilizados como fontes legitimadoras de decisões usurpadoras –, cabe diferenciar o que seria efetivamente uma interpretação conforme a constituição e, de outro modo, uma interpretação que extrapola os limites semântico-normativos e se encaixa no conceito de ativismo judicial.

O movimento ativista inaugurado também na última fase do constitucionalismo brasileiro, a exemplo de diversas manifestações estrangeiras, tem em seu fundamento a ideia de alargamento de sentido da norma posta, com o objetivo de suprir eventuais omissões ou mora legislativa. Conforme expõe Barroso (2012):

É uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

É um modo interpretativo que visa a desequilibrar de certo modo a efetiva separação e harmonia entre os poderes, visto que interfere no espaço de atuação de Poder diverso, até mesmo com o escopo de definir políticas públicas, salvaguardado numa suposta autorização constitucional para dar efetividade às normas-princípio ou programáticas de forma geral.

Apesar de muitas vezes as decisões ativistas carregarem um amplo apoio popular (*p. ex.* autorização para execução da pena após decisão condenatória em segunda instância), elas são despidas de legitimidade, na medida em que substitui-se o controle de constitucionalidade por controles de outras espécies, quais os da proporcionalidade e razoabilidade das leis e da ponderação entre princípios. Ademais, desvirtua a função contramajoritária típica da jurisdição constitucional nos moldes adotados pela Constituição Federal de 1988.

De outro modo, não são desprezadas as novas formas de interpretar, típicas da Nova Hermenêutica Constitucional, que são diferenciadas daquelas relacionadas ao direito privado, pois primam pela atenção à supremacia normativo-constitucional e pela amplificação da força do costume, tendo em vista que a amplitude do seu conteúdo, que menos se presta a ser enfeixado num texto, a

grande instabilidade dos elementos que se cerca, “determinam uma técnica especial na feitura de leis que compreende” (MAXIMILIANO, 2007, p.248).

Entre essas novas espécies, encontra-se a interpretação conforme a constituição, que se caracteriza como simples concretização da interpretação sistemático-teleológica, esta baseada nos postulados da supremacia constitucional e da unidade do ordenamento jurídico. Complementarmente, conforme aduz a doutrina majoritária, trata-se de técnica de controle de constitucionalidade (MIRANDA, 2002), na medida em que há uma necessidade de expurgar do ordenamento jurídico tudo aquilo que afronte a Lei Fundamental. Sob esse aspecto, entre duas interpretações possíveis do texto da lei, deve-se preferir aquela que respeite a Constituição (RIBEIRO, 2009).

O Supremo Tribunal Federal também entende dessa forma desde o julgamento da Representação 1.417, de 1987, ao afirmar que é princípio que se situa no âmbito do controle de constitucionalidade, e não apenas simples regra de interpretação.

Todavia, não há autorização doutrinária para o transpasse do limite legal assentado na semântica normativa, esta adaptável à realidade socio-jurídica vivenciada, sem, entretanto, inovar legislativamente. O que existiu, de fato, no constitucionalismo pós-Weimar foi a permissividade dos tribunais diante de interpretações que visavam buscar os fins constitucionais sem atentar para as limitações já legalmente impostas.

Tem-se, pois, um vício de legitimidade nas decisões que erroneamente utilizam a interpretação conforme a constituição para retirar a eficácia de lei ou ato normativo, ou, de modo inverso, para dar eficácia à decisão judicial com viés eminentemente inovador, sem o crivo da soberania popular manifestada por meio dos representantes eleitos.

3. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO E O CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE

Sabe-se que o controle difuso de constitucionalidade pode e deve ser realizado também em sede de cortes de apelação e tribunais superiores, seja em caráter originário, seja em caráter recursal, diante de uma controvérsia interpartes.

O problema consiste no procedimento específico para o afastamento da incidência de preceito normativo por meio da declaração incidental de inconstitucionalidade, na medida em que a Constituição de 1988 reservou competência específica para tal deliberação aos órgãos especiais ou aos tribunais plenos (BRASIL, 2015), jamais autorizando sua feitura por decisões monocráticas ou de colegiados que não os taxativamente expressos (*p. ex.* câmaras e turmas especializadas). A supracitada norma constitucional aliada ao novel capítulo 4 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2017) constitui a chamada regra do *full bench* ou cláusula de reserva de plenário.

Essa regra, oriunda da jurisprudência norte-americana do século XIX, traz uma exigência de prudência e mesmo de *self-restraint* no âmbito dos tribunais no enfrentamento de questões de constitucionalidade. No Brasil, incorporada desde a Constituição de 1934, estabelece uma regra de competência funcional, “cujo desrespeito implica incompetência absoluta, para o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei” (DIDIER JR, 2016, p. 671). Atua, portanto, como condição de eficácia jurídica da própria declaração de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público.

De acordo com o escólio de Canotilho (2013, p. 1334), “se qualquer ato judicial é ato de jurisdição constitucional, é necessário que haja um efetivo controle sobre essa aferição da parametricidade constitucional. E esse controle deve ser feito no modo *full bench*”. Logo, não se trata de norma constitucional de vinculação facultativa, mas, em verdade, pelo próprio exercício da jurisdição constitucional, reveste-se de manifesta obrigatoriedade.

Entretanto, criou-se na práxis forense uma estrutura argumentativa no sentido de burlar a instauração do incidente por meio da realização de uma pretensa interpretação conforme a constituição ou mesmo extensiva, tal qual detalhadas anteriormente. Desse modo, ao afastar indiretamente a incidência de lei ou ato normativo do Poder Público, os julgadores afirmavam que estavam por realizar uma autorizada interpretação do texto constitucional com a consequente não submissão ao artigo 97 do mesmo documento.

O Supremo Tribunal Federal debruçou-se sobre o tema e elaborou a Súmula Vinculante nº 10, segundo a qual a decisão que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, mas afaste sua incidência no todo ou em parte, viola a cláusula de reserva de plenário (BRASIL, 2017). Este seria, em tese, o fim da discussão acerca da possibilidade de qualquer interpretação jurídica que retirasse eficácia de preceito normativo.

Ocorre que, por não existirem modelos argumentativos específicos para decisões judiciais, principalmente nos denominados *hard cases*, a principiologia se torna protagonista no que concerne ao fundamento decisório nas questões de constitucionalidade (Cf. DWORKIN, 2007). E essa, como visto, pode seguir o caminho da complementaridade e da solução de antinomias ou, em total contraposição, ocasionar uma indevida ingerência em Poder constituído diverso.

Desse modo, ao utilizar uma interpretação que foge à semântica normativa, o aplicador do Direito ocasionará um efeito deletério em cascata evidente, na medida em que a decisão em sede de controle incidental tem vinculação *erga omnes*, já que realizada em abstrato, nos moldes do controle concentrado instaurado pelas ações constitucionais próprias.

Streck, Lima e Oliveira (2008, p. 53) entendem que a vinculação da decisão não é imediata e sequer obrigatória, pois não compreendem o controle incidental como concentrado, fato que ocasiona a necessidade de resolução senatorial para a atribuição do efeito a todos os jurisdicionados e órgãos da administração pública, conforme artigo 52 da Constituição de 1988. Entretanto, essa posição minoritária não deve prosperar, visto que se trata de incidente de natureza objetiva e sua decisão constitui precedente obrigatório – até mesmo pelo teor do artigo 927, V, do Código de Processo Civil. Logo, será *leading case* para todos os demais feitos em trâmite que envolvam a mesma questão.

Assim sendo, só seria plausível uma decisão fundamentada em princípios na sua acepção mais conservadora, sem constituir inovação legislativa. O mesmo vale para as demais espécies interpretativas (*p. ex.* interpretação conforme a constituição e extensiva), já que o resultado final, constituindo excesso no exercício da judicatura, será semelhante.

Em suma, as possibilidades que a hermenêutica constitucional pós-Weimar facultou ao intérprete legal constituem objeto de consecução de direitos das minorias, da efetivação do princípio democrático e da persecução dos direitos fundamentais. Contudo, podem efetivamente ocasionar ofensa à separação e harmonia entre os poderes e, de forma mais gravosa, deslegitimar a atuação de Poder incompetente.

No controle de constitucionalidade incidental, por seu caráter excepcionalíssimo, é inaceitável a utilização de subterfúgios argumentativos para suprimir lei ou ato normativo que detém forte presunção de legalidade por ser trabalho de Poder constitucionalmente instituído para tanto.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que o constitucionalismo brasileiro pós-Weimar foi bastante influenciado pelos ideais da constituição alemã, na medida em que instituiu um Estado que buscava diferir do liberalismo antecedente para assegurar direitos sociais e proteção às minorias existentes.

Nesse contexto, houve a inserção, notadamente na Constituição Federal de 1988, de diversas normas-princípio, de caráter necessariamente aberto, que instituíam fins a perseguir, mas sem pormenorizar como se daria sua aplicação, tampouco sua conceituação, abrindo margem para uma discricionariedade ampla na tomada de decisão.

Conforme demonstrado, se utilizados dentro de uma perspectiva conservadora e democrática, os princípios podem efetivamente ser instrumentos de consecução dos ideais de um Estado Social, tanto por sua complementaridade, quanto pela possibilidade de ser o fator decisivo para solução de antinomias em normas-regra.

De outro modo, se utilizados de forma desmedida, convertem-se em afronta à separação e harmonia entre os poderes, maculando o ato decisório por vício de legitimidade. Isso que acontece nos movimentos ativistas em voga nas doutrinas que põem o Judiciário na vanguarda do desenvolvimento social.

Em uma perspectiva mais específica, no âmbito do controle incidental de constitucionalidade, percebe-se que a utilização de interpretações que violem as atividades típicas de Poder diverso vão de encontro à própria ideia de jurisdição constitucional, além de desprezarem por completo toda uma normatização – regra do *full bench* – que surgiu exatamente no intuito de restringir a discricionariedade judicial.

Portanto, não se retiram os méritos das novas técnicas interpretativas oriundas do contexto da Nova Hermenêutica Constitucional, com influência evidente do caráter socializador da Constituição de Weimar. Entretanto, a prudência, tal qual exigida para a solução de questões de constitucionalidade, deve permear toda estrutura argumentativa que se baseie em princípios, sob pena de desvirtuar instrumentos originalmente criados para garantir uma maior consistência na implementação dos fins perseguidos pelo Estado, positivados em sua Lei Fundamental.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. [Syn]

Thesis. vol. 05, n. 01, Rio de Janeiro, 2012, p.23-32.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** Revista da EMERJ. v.9, n.33, p.43-92, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de exceção permanente.** Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BRASIL. **Constituição (1988).** 48ª ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015.

_____. **Código de Processo Civil.** Vade Mecum Saraiva. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 10.** Vade Mecum Saraiva. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Nova hermenêutica constitucional e (in)segurança jurídica: características e crítica da virada linguística no interpretar da constituição.** Quaestio Juris – UERJ. v.08, n.02, Rio de Janeiro, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil,** 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal.** 13ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Trad: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade.** Interesse Público, v.5, n.2, p.34-49, 2003.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RIBEIRO, Julio de Melo. Interpretação conforme a constituição: a lei fundamental como vetor hermenêutico. Revista de Informação Legislativa. v.46, n.184, p.149-170, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional.** Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi, 2008.

WEINBERGER, Ota. **Rechtslogik.** 2ª ed. Berlim: Duncker und Humblot, 1989.

O CONSTITUCIONALISMO NO MUNDO PÓS CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR

CONSTITUTIONALISM IN THE WORD AFTER THE WEIMAR CONSTITUTION

ALESSANDRA ALMEIDA BARBOSA¹⁶

LARISSA LEITE ALBUQUERQUE¹⁷

RESUMO

O constitucionalismo é um movimento importante para a efetivação dos direitos humanos. Ele é jurídico, político e social, limitando o poder do Estado para evitar abusos. O problema que ocorre é que em dado momento o constitucionalismo já não era mais eficaz, na medida em que muitas vezes as leis eram criadas apenas para satisfazer algumas vontades do próprio legislador, o que não configura a finalidade do constitucionalismo. Para suprir este problema, se pensou em uma constituição programática, em que se prescreve normas a serem atingidas pelo Estado. A finalidade do trabalho é destacar a importância da Organização Internacional do Trabalho, que se inicia com uma maior autonomia no Direito do Trabalho. Será aplicado o método dedutivo, que terá cunho qualitativo e explicativo, proporcionando ao leitor a compreensão do fenômeno estudado. A pesquisa será bibliográfica na área de Direito Constitucional e do Trabalho. Documental, através de artigos científicos, notícias, Constituição Alemã de 1919, constituições brasileiras anteriores e OIT.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo; Constituição de Weimar, Organização Internacional do Trabalho.

ABSTRACT

Constitutionalism is an important movement for the realization of human rights. It's legal, political and social limiting the power of the State to avoid abuses. The problem that arises is that at one-time constitutionalism was no longer effective, since laws were often created only to satisfy some of the legislator's own will, which doesn't shape the purpose of constitutionalism. To remedy this problem, a programmatic constitution was envisaged, prescribing norms to be achieved by the State. The purpose of the work is to highlight the importance of the International Labor Organization, which begins with a greater autonomy in Labor Law. The deductive method will be applied, which will have a qualitative and explanatory character, providing the reader with an understanding of the phenomenon studied. The research will be bibliographical in the area of Constitutional and Labor Law. Documentary, through scientific articles, news, the German Constitution of 1919, previous Brazilian constitutions and ILO.

KEYWORDS: Constitutionalism; Constitution of Weimar; International Labor Organization.

16 Alessandra Almeida Barbosa é Mestranda em Ciências Criminológico Forense pela Universidad de La Empresa (UDE), Montevideu- Uruguai; pós-graduada em Direito Penal pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras FESC- FAFIC (2017); pós-graduanda em Docência do Ensino Superior pela FESC-FAFIC; professora de especialização; ministrante de cursos, minicursos e palestras; tem experiência na área de Direito Penal, Psicologia Jurídica, Criminologia Forense e Mediação; Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/Fortaleza - CE. E-mail: alessandra_almeida_ip@hotmail.com.

17 Larisse Leite Albuquerque é advogada licenciada, pós-graduada em Gestão Tributária pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras FESC- FAFIC (2018), pós-graduanda em Direito Processual Civil pela FESC-FAFIC. E-mail: larisseleitee@outlook.com.

INTRODUÇÃO

O constitucionalismo é importante para as democracias atuais, pois, através dele se faz possível conhecer o seu conceito, o porquê do seu surgimento, para mais adiante destacar o papel deste e o quanto a Constituição de Weimar de 1919 o influenciou. No ano de 2019 completam cem anos desta Constituição que se tornou um marco histórico internacional para todas as demais que sobrevieram, por isso é tão relevante analisá-la.

Apesar do Direito ser uno, indivisível e indecomponível, os ramos se dividem para fins didáticos, mesmo que estudado como um grande sistema. A par disso, o direito constitucional está dentro do ramo do direito público fundamental, uma vez que se refere a todos os elementos primários de organização e funcionamento do Estado, estabelecendo as bases de sua estrutura.

Não obstante essas discussões, há entendimentos de que hoje não é mais adequado se falar em ramos do direito, porque há atualmente um escalonamento verticalizado e hierarquizado das normas (LENZA, 2012), sendo a Constituição de 1988 a norma maior que vai trazer todo o balizamento para as normas inferiores, sempre primando pela supremacia constitucional.

Inicialmente, o constitucionalismo está ligado às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos de 1787 e da França em 1791 (MORAES, 2003). Na verdade, ele é um movimento jurídico, político e social que defende o limite dos governos para que se possa afastar o autoritarismo, ou seja, é uma forma de limitar o poder com o fim de garantir o bem comum. Percebe-se, na verdade, que é uma teoria normativa da política, substancial para qualquer Estado Democrático. É movimento também jurídico, porque se baseia em um sistema normativo e social, porque impede que os governantes possam fazer prevalecer seus interesses pessoais no comando do Estado.

O Estado possuir uma Constituição significa que seu corpo irá trazer uma forma de limitação ao poder daquele, inaugurando uma ordem jurídica mais segura, mais consubstanciada na finalidade pública, em que há a prevalência dos direitos humanos e o afastamento do poder autoritário.

Neste ponto, é importante que se fale um pouco sobre a evolução histórica do constitucionalismo. Durante a antiguidade (até o século V), começou pequenas ideias de limitação de poder, tendo iniciado retraidamente com os povos hebreus, quando os mesmos estabeleceram que no Estado os profetas podiam fiscalizar os atos governamentais que ultrapassassem os limites da bíblia.

Durante a idade média (até o século XV), o marco do constitucionalismo foi a Carta Magna de 1215. Tal carta não trazia garantias de direitos individuais, mas tratava de defender os direitos de uma minoria. Justamente no reinado de João sem terras, em que há aumento de impostos, conflitos entre classes, guerras, é assinado um documento denominado Carta Magna de 1215. Na verdade, tal Constituição tinha como escopo limitar os poderes do rei em benefício dos senhores feudais, o que mesmo assim não deixa de ser um passo importante desse movimento.

Em contrapartida, alguns doutrinadores não entendem que deve ser dada essa interpretação, pois não foi efetivamente uma declaração de direitos, de liberdades, mas apenas um documento que visava proteger alguns privilégios dos feudais, o que estaria mais ligado a um contrato. Para se denominar Constituição ela deve ser escrita e ter garantias de direitos individuais, o que, a priori, não se observaria

na Carta Magna de 1215. Mesmo se tratando de um acordo entre rei e senhores feudais, esta foi uma porta de entrada, porque posteriormente algumas garantias foram estendidas à população.

Sobre o constitucionalismo na idade moderna, que vai de 1453 a 1789 (época da revolução francesa), pode se destacar o *Petition of Rights*, de 1628 – documento este originado depois de uma guerra civil em que foi deposto o rei Carlos I, após o que iniciou-se a revolução gloriosa, o documento teve como escopo limitar o poder do Estado, protegendo os direitos comuns, que defendia a desburocratização, o não controle da igreja e diminuição de uma carga tributária que só crescia; *Habeas Corpus Act* de 1679, salvaguardava a liberdade da pessoa acusada de crime injustamente; *Bill of Rights* de 1689, que marcou o fim da revolução gloriosa e instituiu o parlamento inglês, e o *Act of Settlement* de 1701, originado com o fim de exigir que os governantes também se submetessem as leis, com a possibilidade de responsabilização política e a autonomia dos órgãos jurisdicionais.

Interessante salientar sobre as cartas de franquia, pois tratavam de proteger direitos individuais, porém eram sinalizadas apenas para algumas pessoas e não a uma universalidade. Sobre o constitucionalismo norte-americano, há indícios da sua presença nos contratos de colonização, em que os próprios povos o firmavam por mútuo consenso nas terras onde não havia poder estabelecido; cite-se também a *Declaration of Rights* do Estado de Virgínia de 1776, como também as Constituições das ex-colônias britânicas da América do Norte.

No constitucionalismo moderno (durante a idade contemporânea) destacam-se as Constituições escritas, utilizadas como instrumentos para combater o abuso do Estado (LENZA, 2012). Os marcos são a Constituição norte-americana de 1787 e a francesa de 1791, movimento que se contrapôs ao absolutismo que reinava para dar ao povo o legítimo poder. Para alguns doutrinadores, o constitucionalismo se iniciou a partir deste momento que se deu no final do século XVIII com as revoluções liberais, o que suscitou o chamado constitucionalismo liberal, que prega a liberdade dos cidadãos, individualismo, absentismo estatal.

Entretanto, com o afastamento do Estado, inevitavelmente houve a exclusão deste em campos importantes, tendo este sido chamado novamente agora para limitar o poder econômico. Foi o que a doutrina chamou de direitos de segunda dimensão, que influenciou a Constituição brasileira de 1934.

Sobre o constitucionalismo contemporâneo, o positivismo jurídico acabou sendo insuficiente, porque o próprio legislador acabava cometendo abusos quando da criação das leis, sucedendo então uma constituição programática, que produziu normas a serem atingidas pelo Estado, permeando um conteúdo social relevante. Porém, deve se destacar o constitucionalismo da verdade, na medida em que carrega a necessidade de separar as normas que jamais sairão da utopia e, por isso, inalcançáveis, das normas que são programáticas, mas que não conseguem ser executadas pela má administração e corrupção. Observe o que diz o autor:

As primeiras precisam ser erradicadas dos corpos constitucionais, podendo figurar, no máximo, apenas como objetivos a serem alcançados a longo prazo, e não como declarações de realidades utópicas, como se bastasse a mera declaração jurídica para transformar-se o ferro em ouro. As segundas precisam ser cobradas pelo Poder Público com mais força, o que envolve, em muitos casos, a participação da sociedade na gestão das verbas públicas e a atuação de organismos de controle e cobrança, como o Ministério Público, na preservação da ordem jurídica e consecução do interesse público vertido nas cláusulas constitucionais. (TAVARES, 2010, p. 37).

Esse novo constitucionalismo programático caminhou também para proteger os direitos de terceira dimensão, que seriam o de fraternidade e solidariedade. A partir do século XXI, passou a se desenvolver o denominado neoconstitucionalismo, chamado de pós-moderno ou pós-positivismo. Esta nova concepção busca não apenas limitar o poder do Estado, mas realmente concretizar os direitos erigidos naquele documento, tornando-o realmente efetivo. O neoconstitucionalismo vislumbra tanto prestações sociais pelo Estado, como abdicação em relação ao individualismo, tendo como características a positivação dos direitos fundamentais, presença simultânea de princípios e regras, interpretação a favor da dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento de uma justiça distributiva (LENZA, 2012).

Com o neoconstitucionalismo, a Constituição agora é o centro do sistema, com carga valorativa, que deve ser interpretada de acordo com sua superioridade e imperatividade, além do que deve se levar em conta o conteúdo axiológico da Constituição, que se consubstancia em princípios como a dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais, sendo o desafio do neoconstitucionalismo a concretização de todas essas garantias.

Não se olvide que houveram marcos fundamentais para se chegar a este novo direito constitucional que é o histórico, filosófico e o teórico. O primeiro seria a formação do Estado Constitucional de Direito, justamente com o fim de extirpar as atrocidades da primeira e segunda guerra mundial. Atente-se:

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2^a. Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias [sic] de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria. (BARROSO, 2006, p.3)

Como segundo marco se tem o pós-positivismo, que vai além da legalidade em sentido estrito, busca dar uma leitura sistemática do direito, coadunada com o que a Constituição realmente prega, originando uma nova hermenêutica constitucional. Como bem observa o doutrinador:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias [sic] ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia. (BARROSO, 2006, p. 6)

Quanto ao marco teórico, cita-se o movimento da força normativa da Constituição defendida por Konrad Hesse, a supremacia da Constituição e a nova dogmática de interpretação constitucional. Quanto à força normativa da Constituição, sabe-se que a ela antes não era dado o *status* de norma jurídica, mas considerada apenas um documento político, discricionário, os poderes não estavam

obrigados a segui-lo. Após a segunda guerra, a Constituição passou a ter um maior reconhecimento do teu caráter obrigatório.

Quanto à expansão da jurisdição, a partir do final da década de 40, os novos modelos de Constituição começaram a surgir envolvendo a constitucionalização dos direitos fundamentais, cabendo a proteção ao Judiciário. O fato é que antes não existia uma forma de controle mais efetivo, pois adotava-se um modelo de supremacia do Poder Legislativo, que foi perdendo espaço na medida em que os países adotavam o controle de constitucionalidade.

No que concerne ao direito brasileiro, o controle de constitucionalidade já existia na Constituição de 1891 em caráter apenas incidental, a partir de 1965 passou a ação também ser introduzida por via abstrata e concentrada. Entretanto, somente com a Constituição de 1988 é que houve realmente a efetivação do controle de constitucionalidade.

Quanto à nova interpretação constitucional, aquele modelo de interpretação que hoje se vê tão usual, que é o da supremacia da Constituição, presunção de constitucionalidade das normas e da interpretação conforme a Constituição nem sempre existiram. Elas decorreram do reconhecimento de que as normas constitucionais são dotadas de força jurídica e são superiores. A estes princípios de interpretação, somam-se os critérios que já existiam para solucionar conflitos como o gramatical, histórico, sistemático e o teleológico, bem como os critérios de solução dos conflitos que são o hierárquico, temporal e especial.

A interpretação tradicional, entretanto, não perdeu espaço, muitas questões ainda são resolvidas a partir desta, apenas tornaram-se insuficientes diante da força normativa da Constituição. Veja-se:

Antes de prosseguir, cumpre fazer uma advertência: a interpretação jurídica tradicional não está derrotada ou superada como um todo. Pelo contrário, é no seu âmbito que continua a ser resolvida boa parte das questões jurídicas, provavelmente a maioria delas. Sucede, todavia, que os operadores jurídicos e os teóricos do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional. A partir daí deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de nova interpretação constitucional, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico. [...] (BARROSO, 2006, p. 11).

Cabe destacar com esses apontamentos duas observações: primeiro que nem sempre a norma jurídica irá conseguir atingir seu objetivo; segundo, que o papel do juiz não vai ser um de mero aplicador da lei, ele deve participar da própria criação do Direito, interpretando o objetivo final da norma, fazendo analogias, valorações, analisar todas as soluções dispostas etc. A nova interpretação deve trabalhar as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação, por exemplo.

As cláusulas gerais são conceitos jurídicos indeterminados que só podem ser aferidos a cada caso concreto por meio do intérprete jurídico, a boa-fé é um exemplo. Os princípios, diferentemente das regras, não possuem a descrição de uma conduta específica, mas são dotados de cargas valorativas que indicam a finalidade pública a ser seguida. As normas constitucionais por vezes entrarão em conflito, mas no caso concreto podem se dissipar através da ponderação, o que também exigirá uma interpretação do estudioso.

Esta ponderação é justamente extrair o máximo possível de cada um dos princípios ou regras, aproveitá-los. Quanto à argumentação, pode se inferir na mesma linha que como o juiz não é um mero aplicador da legislação, sua decisão deve ser racional, argumentada. Em suma, todas essas transformações ocorridas no Estado e no Direito Constitucional contribuíram para esse novo constitucionalismo.

A realidade pós primeira guerra mundial advertiu para uma nova perspectiva social, sendo a Constituição de Weimar importante no cenário internacional, bem como para a criação da *International Labour Organization* (Organização Internacional do Trabalho-OIT). Fundada no ano de 1919, como uma forma de promover a justiça social, no Tratado de Versalhes, na Conferência Internacional do Trabalho (CIT), onde o Brasil é um dos fundadores.

A Conferência Internacional do Trabalho funciona como uma Assembleia Geral, onde nelas são realizadas anualmente as OIT's. Cada Estado Membro se responsabiliza por enviar quatro delegados à Conferência, todos com direito a voto, independentemente um do outro, sendo dois representantes do governo, um representante dos trabalhadores e um representante dos empregadores

Inicialmente a Organização Internacional do Trabalho-OIT fora criada para tratar de questões unicamente relacionadas aos direitos trabalhistas no mundo, entretanto, com a Declaração da Filadélfia (1944) seus objetivos de expandiram e passaram a tratar também de questões referentes aos direitos humanos e igualdade social, atuando no cenário internacional em aspectos políticos (garantindo alicerces sólidos na busca para a paz mundial), econômico (garantindo a concorrência mundial) e humanitários (denunciando abusos e irregularidades relativas às condições de trabalho). Neste ano de 2019, a OIT completa seus exatos 100 anos de existência.

Após o advento da Segunda Guerra Mundial, a OIT passou a ser a primeira agência internacional especializada vinculada à Organização das Nações Unidas (ONU), possuindo uma estrutura / organismo tripartite formada pelos representantes de empregadores e trabalhadores e representantes de governo, recebendo no ano de 1969 o prêmio Nobel da Paz, abrindo caminhos para o desenvolvimento das empresas e indústrias, com espaços reservados para a mediação de conflitos, com o objetivo de promover a política da paz social.

Com os avanços tecnológicos frutos do processo de globalização, a OIT instituiu o Trabalho Descente, formado por essências estratégicas mundiais, nacionais e locais como uma resposta aos desafios encontrados frente a esse processo de globalização, bem como aos déficits das políticas de crescimento e emprego, com o intuito de alcançar um progresso econômico e social. E, com o escopo de colocar em prática a que fora conceituado, a OIT passou a oferecer assistência técnica e praticar programas e projetos, bem como desenvolver pesquisas e estudos, o que teve muito mais força com o apoio do Conselho Econômico e Social da ONU.

No Brasil, a OIT mantém representação desde 1950, prestando consultoria aos seus constituintes, explorando temas essenciais ao desenvolvimento social, como também executando projetos. É justamente atendendo a essa finalidade que no ano de 2006 o Brasil lançou a Agência Nacional de Trabalho Descente (ANTD), definido por três prioridades: 1- gerar mais empregos com condições melhores; 2- gerar oportunidade de igualdade e tratamento nas relações trabalhistas; 3- eliminar o trabalho infantil e o trabalho escravo.

O Brasil é dianteiro na consignação de ANTD's, para promover e garantir a aplicação das Normas Internacionais do Trabalho, atuando de forma impetuosa nos seguintes instrumentos normativos:

- Convenções 87 , 98 , 135 , 141 , 151 e 154 relativas à liberdade sindical e a negociação coletiva nos setores privado e público;
- Convenção 169 sobre os direitos dos povos indígenas e tribais;
- Convenções 138 , 182 , 29 e 105 relativas à erradicação do trabalho infantil e do trabalho forçado;
- Convenções 100 e 111 e Recomendação 200 relativas à erradicação de discriminação no emprego;
- Convenção 137 sobre trabalho portuário;
- Convenção 102 e Recomendação 202 sobre proteção social e seguridade social;
- Convenções 155 e 161 relativas à segurança e à saúde no trabalho;
- e Convenção 158 sobre as condições do término do emprego.

(ONLINE, Organização Internacional do Trabalho. Normas Internacionais do Trabalho no Brasil. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/temas/normas/WCMS_513756/lang--pt/index.htm).

O final do século XX teve por base a relação de emprego, os direitos conquistados e adquiridos com caráter de direitos protetivos dos empregados, fato este, diretamente ligado a atuação das OIT's. Nesse mesmo sentido tem o surgimento dos sindicatos. Os primeiros sindicatos são de 1833, com registros na Inglaterra, possuindo base histórica na luta dos trabalhadores por melhores condições de trabalho e melhores salários, ou seja, um conjunto de trabalhadores contra a exploração capitalista. No Brasil, as primeiras manifestações foram de caráter mutualista, prestadas por sociedade de socorro e auxílio mútuo. Posteriormente com o avanço da indústria vieram as uniões operárias, que ao se organizarem por atividades e profissões deram origem aos sindicatos.

A primeira greve no Brasil ocorreu na cidade do Rio de Janeiro, no ano de 1858, organizada pela categoria dos tipógrafos, reivindicando o aumento das férias. A cidade do Rio passava por problemas inflacionários, enfrentando falta de alimento, consequência desta escassez foi o aumento dos preços dos produtos e também dos aluguéis. Tal paralização prejudicou a produção dos jornais. Os empregadores reagiram pedindo ajuda as forças policiais para reprimir o movimento. O resultado foi a demissão de todos os tipógrafos que faziam parte da greve. Tais grevistas passaram a publicar suas obras fundando o primeiro jornal alternativo do Brasil, denominado o Jornal dos Tipógrafos, que teve pouco tempo de duração.

Os principais parceiros do Brasil nas OIT's são as instituições de formação profissional diretamente ligadas ao Centro Interamericano para o Desenvolvimento do Conhecimento na Formação Profissional (CINTERFOR), como por exemplo, o Sebrae. Desde 1996 há essa parceria entre o Sebrae e a OIT, que veem se fortalecendo ao decorrer dos anos, atuando juntos, realizam atividades que tem por objetivo o fortalecimento do Programa de Emprego e Renda (PRODER), uma cooperação mútua para desenvolver a produtividade nas micro e pequenas empresas, a sustentabilidade ambiental também nas micro e pequenas empresas, bem como mão de obra que respondam aos interesses locais.

Todos os movimentos trabalhistas, dos últimos 150 anos, incluindo os modelos da organização da produção industrial: taylorismo, fordismo e toyotismo¹⁸, tiveram atuação sindical, trazendo para o trabalhador algumas melhorias, como o contrato de emprego, por exemplo, que veio justamente para formalizar as relações laborais entre trabalhador e empregador. No final dos anos 90, a partir dos anos 2000, surge a relação empregatícia com os seus devidos elementos caracterizadores da relação de emprego, são eles: alteridade, subordinação, pessoalidade, onerosidade e não-eventualidade. Diante disso surgiram também as terceirizações e as quarteirizações.

A Constituição Federal de 1988, trata da segurança, saúde e bem-estar social. Tais valores se encontram comprometidos devido aos inúmeros casos de acidentes no trabalho e doenças ocupacionais, ou seja, na teoria se tem uma coisa e na prática se tem outra, o dever ser está de um jeito, enquanto o ser está de outro. As práticas de prevenção de acidente de trabalho estão limitadas, pois a reparação só acontece de fato após o ocorrido. A consequência direta disso é um custo social alto, onde quem paga não é somente o trabalhador e empregador, mas toda a sociedade. Nesse mesmo sentido, vejamos:

A precedência das medidas de assistência, reparação e reabilitação da vítima sobre as ações de promoção, prevenção e proteção da saúde do trabalhador é facilmente perceptível a partir de uma singela comparação entre a dotação orçamentária da Justiça do Trabalho, que cuida, em geral, da reparação de danos mediante sanções predominantemente condenatórias, e a da fiscalização do trabalho, que se dedica a averiguar o descumprimento da legislação, aplicando multas administrativas que podem evitar futuros ilícitos. Em matéria de acidente de trabalho, os órgãos da Justiça especializada, em geral, só se manifestam após o acidente haver ocorrido, condenando a empresa no pagamento de indenizações por danos morais e materiais, em uma situação em que o empregado muitas vezes já está incapacitado permanentemente para o trabalho. Incapacidade essa que é prejudicial para todos. Perde a sociedade, que terá que custear a invalidez do empregado através do correspondente benefício previdenciário. Perde a empresa que terá que pagar uma severa condenação. E perde, sobretudo, o trabalhador que ficará incapacitado para o trabalho. Houvesse uma atuação preventiva do Ministério do Trabalho e Emprego, verificando irregularidades no meio ambiente do trabalho da empresa, aplicando a correspondente punição de forma que o acidente nunca viesse a ocorrer, esse custo social altíssimo seria evitado. (DA SILVA, Sebastião Geraldo, 211, p.148).

Não obsta que, os riscos inerentes ao trabalhador sempre existiram desde a segunda metade do século XIX, com o advento da Revolução Industrial, caracterizado por fortes desordens nas relações entre capital e trabalho. Tais riscos continuam existindo, vão apenas se moldando ao processo de globalização. Antes se tinha o trabalho monótono e a doença psíquica (colapso nervoso), trazida no filme de Charles Chaplin, Tempos Modernos, para obter um produto final em menos tempo, com jornadas de trabalho exuberantes e condições de trabalhos desumanas, tendo como ponto ímpar a ausência de normas protetivas ao trabalhador. Hoje, a figura do trabalho monótono continua, entretanto o trabalhador tem de conhecer o produto final. As doenças psíquicas atuais são os estresses ocupacionais, a ansiedade, a depressão, frutos de um esgotamento ocupacional, por outro lado as doenças físicas são os problemas de coluna, por exemplo. Há normas protetivas ao trabalhador, estabelecendo direitos e deveres para ambas as classes, trabalhador e empregador.

18 O taylorismo iniciou o estudo da mão de obra na produção industrial, organizando o trabalho de modo a obter grande produtividade com menor custo. O fordismo por sua vez manteve o mecanismo de produção e organização semelhante ao taylorismo, porém adicionou a esteira rolante, ditando um novo ritmo de trabalho. O toyotismo se concentrou no aspecto da cultura organizacional e de sua importância para a competitividade de uma empresa. (BEZERRA, Juliana. Taylorismo, fordismo e toyotismo. Disponível em: < www.diferenca.com/taylorismo-fordismo-e-toyotismo/>. Acesso em: 10 de jun. 2019;)

O empregador tem o dever de tentar estabelecer dentro da sua empresa um equilíbrio emocional e físico de seus trabalhadores, reduzindo os riscos psíquicos e corporais inerentes ao trabalho, evitando tais transtornos de forma preventiva, antes mesmo que eles aconteçam e não somente de forma repressiva, após já terem sofrido algum dano. De modo que, se o trabalhador vem a sofrer tais riscos que poderiam ter sido eliminados ou controlados de uma forma preventiva, ensejará uma conduta culposa (negligência, imprudência ou imperícia) por parte do empregador, por não ter observado o princípio do risco mínimo regressivo¹⁹.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Flávio. **A primeira greve no Brasil**. Disponível em: < <https://www.redebrasilatual.com.br/blogs/blog-do-velho-mundo/2017/04/a-primeira-greve-no-brasil/>>. Acesso em: 09 jun. 2019;
- AMORIM JUNIOR, Cléber Nilson Ferreira. **Princípios específicos do direito tutelar da saúde e segurança do trabalhador**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3022, 10 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20168>>. Acesso em 08 jun. 2019;
- AMORIM JÚNIOR, Cléber Nilson Ferreira. **Princípios específicos do direito tutelar da saúde e segurança do trabalhador**. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/20695/principios-especificos-do-direito-tutelar-da-saude-e-seguranca-do-trabalhador/2>>. Acesso em: 10 jun. 2019.
- Apresentação/História/OIT no Brasil. Disponível em:
<<http://www.oitbrasil.org.br/content/apresentação>>. Acesso em: 07 jun. 2019;
- BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Rio de Janeiro, Revista forense, 2006, v. 102, n. 384, p. 71-104;
- BEZERRA, Juliana. Taylorismo, fordismo e toyotismo. Disponível em: < <https://www.diferenca.com/taylorismo-fordismo-e-toyotismo/>>. Acesso em: 10 de jun. 2019;
- BOUCHINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Reflexão Sobre as Normas da OIT e o Modelo Brasileiro de Proteção à Saúde e a Integridade Física do Trabalhador. Disponível em: < http://www.lex.com.br/doutrina_23686422_REFLEXOES_SOBRE_AS_NORMAS_DA_OIT_E_O_MODELO_BRASILEIRO_DE_PROTECAO_A_SAUDE_E_A_INTEGRIDADE_FISICA_DO_TRABALHADOR.aspx>. Acesso em: 08 jun. 2019;
- BRASIL. OIT Organização Internacional do Trabalho. **Normas Internacionais do Trabalho no Brasil**. Disponível em: < https://www.ilo.org/brasil/temas/normas/WCMS_513756/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 07 jun. 2019;

19 A Constituição Federal de 1988 assegura, no seu Art. 7º, inciso XXII, “a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”. Assim, o primeiro propósito é a redução máxima dos riscos, a eliminação do agente prejudicial. Todavia, quando isso for inviável tecnicamente, o empregador terá que, pelo menos, reduzir a intensidade do agente prejudicial para o território das agressões toleráveis. A lei é concebida diante da realidade da experiência humana e não deve ser interpretada de modo a levar ao inatingível. Para encontrar o ponto de equilíbrio, o art. 4º da Convenção n. 155 da OIT, ratificada pelo Brasil, estabeleceu que se deve “[...] reduzir ao mínimo, na medida do razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho. AMORIM JÚNIOR, Cléber Nilson Ferreira. Princípios específicos do direito tutelar da saúde e segurança do trabalhador. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/20695/principios-especificos-do-direito-tutelar-da-saude-e-seguranca-do-trabalhador/2>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

- BRAYNER, Marcos Aurélio Pereira. **Origem, desenvolvimento, uso e abuso do Habeas Corpus**. Revista **Consultor Jurídico**, 2012, s/p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-set-07/marcos-brayner-origem-desenvolvimento-uso-abuso-habeas-corpus>. Acesso em 02 jul. 2019;
- CARVALHO, Eleazar de. O Histórico do Habeas Corpus e sua relação com os Direitos Humanos. Jusbrasil, 2014, s/p. Disponível em: <https://eleazaralbuquerquecarvalho.jusbrasil.com.br/artigos/153081337/o-historico-do-habeas-corpus-e-sua-relacao-com-os-direitos-humanos>. Acesso em: 30 jun. 2019.;
- DA SILVA, Sebastião Geraldo. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 6ª edição. São Paulo: LTr, 2011.
- FARIAS, Flávio Rocha.; JESUS, Silmenne Natalie Gomes de. **Direitos humanos e habeas corpus**. Revista âmbito jurídico, 2010, s/p. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/direitos-humanos-e-habeas-corpus/>. Acesso em: 30 jun. 2019;
- FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. A evolução da teoria constitucional e as perspectivas para o constitucionalismo do futuro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, n. 3810, 2013, s/p. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26028>. Acesso em: 3 jul. 2019;
- LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 16 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012;
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13 ed. São Paulo: Editora atlas, 2003, p. 1-594. Disponível em: https://jornalistaslivres.org/wp-content/uploads/2017/02/DIREITO_CONSTITUCIONAL-1.pdf. Acesso em: 30 jun. 2019;
- OIT – Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <<http://ois.sebrae.com.br/comunidades/oit-organizacao-internacional-do-trabalho/>>. Acesso em: 07 jun.2019;
- OIT – Organização Internacional do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.guiatrabalhista.com.br/guia/oit.htm>>. Acesso em 07 jun. 2019;
- OIT Organização Internacional do Trabalho**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/agencia/oit/>>. Acesso em 07 jun. 2019;
- Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/onu-no-brasil/oit/>>. Acesso em: 07 jun. 2019;
- Organização Internacional do Trabalho (OIT)**. Disponível em: <<<https://alunosonline.uol.com.br/geografia/organizacao-internacional-trabalho-oit.html>>>. Acesso em 07 jun. 21019;
- Petição de Direitos – Petition of Rights. 7 de julho de 1628. A Petição exibiu a sua Majestade pelos Lordes Espiritual e Temporal, e Commons, no presente Parlamento reunido, a respeito de diversos Direitos e Liberdades dos Sujeitos, com a resposta real da Majestade do Rei para o Parlamento pleno. Disponível em: <https://www.constitution.org/eng/petright.htm>. Acesso em: 01 jul. 2019;
- 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**. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, n. 1192, 2006, p. 1-5. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9014>. Acesso em: 6 jul. 2019;
- REVISTA PROTEÇÃO. **Tempos modernos e as doenças relacionadas ao trabalho**. Disponível

em: <http://www.protecao.com.br/noticias/doencas_ocupacionais/tempos_modernos_e_as_doencas_relacionadas_ao_trabalho/Jay4AAjb/2369>. Acesso em 08 jun. 2019;

SANTIAGO, Emerson. **Organização Internacional do Trabalho**. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/direito/organizacao-internacional-do-trabalho/>>. Acesso em 07 jun. 2019;

VALE, André Rufino do. **Centenário de Weimar é oportunidade de reflexão sobre constitucionalismo**. Revista Consultor jurídico, 2019, s/p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-02/observatorio-constitucional-centenario-weimar-chance-reflexao-constitucionalismo>. Acesso em: 30 jun. 2019.