

100 anos da
Constituição de **WEI
MAR**

organizadores | Fernanda Covolan | Filipe Piazzzi

continuidades e rupturas para o Direito Ocidental

UNASPRESS



Centro Universitário Adventista de São Paulo

Fundado em 1915 — www.unasp.edu.br

Missão: Educar no contexto dos valores bíblicos para um viver pleno e para a excelência no serviço a Deus e à humanidade.

Visão: Ser uma instituição educacional reconhecida pela excelência nos serviços prestados, pelos seus elevados padrões éticos e pela qualidade pessoal e profissional de seus egressos

Administração da Entidade Mantenedora (IAE)	Diretor-Presidente: Maurício Lima Diretor Administrativo: Edson Medeiros Diretor-Secretário: Emmanuel Oliveira Guimarães Diretor Depto. de Educação: Ivan Góes
Administração Geral do Unasp	Reitor: Martin Kuhn Vice-Reitor Executivo Campus EC: Antônio Marcos da Silva Alves Vice-Reitor Executivo Campus HT: Afonso Ligório Cardoso Vice-Reitor Executivo Campus SP: Douglas Jeferson Menslin Pró-Reitor Administrativo: Telson Bombassaro Vargas Pró-Reitor Acadêmico: Afonso Ligório Cardoso Pró-Reitor de Educação a Distância: José Prudencio Júnior Pró-Reitor de Pesquisa e Desenvolvimento Institucional: Allan Macedo de Novaes Pró-Reitor de Desenvolvimento Espiritual, Comunitário e Estudantil: Martin Kuhn Secretário-Geral: Marcelo Franca Alves
Faculdade Adventista de Teologia	Diretor: Reinaldo Wenceslau Siqueira Coordenador de Pós-Graduação: Vanderlei Dorneles da Silva Coordenador de Graduação: Adriani Milli Rodrigues
Órgãos Executivos Campus Engenheiro Coelho	Pró-Reitor Administrativo Associado: Murilo Marques Bezerra Pró-Reitor Acadêmico Associado: Everson Muckenberger Pró-Reitor de Desenvolvimento Estudantil Associado: Bruno de Moura Fortes Pró-Reitor de Desenvolvimento Espiritual e Comunitário Associado: Ebenézer do Vale Oliveira
Órgãos Executivos Campus Hortolândia	Pró-Reitor Administrativo Associado: Claudio Valdir Knoener Pró-Reitora Acadêmica Associada: Suzete Araújo Águas Maia Pró-Reitor de Desenvolvimento Estudantil Associado: Daniel Fioramonte Costa Pró-Reitor de Desenvolvimento Espiritual e Comunitário Associado: Wanderson Paiva
Órgãos Executivos Campus São Paulo	Pró-Reitor Administrativo Associado: Flavio Knöner Pró-Reitora Acadêmica Associada: Sílvia Cristina de Oliveira Quadros Pró-Reitor de Desenvolvimento Estudantil Associado: Ricardo Bertazzo Pró-Reitor de Desenvolvimento Espiritual e Comunitário Associado: Robson Aleixo de Souza

UNASPRESS

Imprensa Universitária Adventista

Editor-chefe	Rodrigo Follis
Gerente de projetos	Bruno Sales
Editor associado	Alysson Huf
Supervisor administrativo	Felipe Dutra
Gerente de vendas	Francileide Santos
Editores	Adriane Ferrari, Gabriel Pilon Galvani, Jônathas Sant'Ana e Werter Gouveia
Designer gráfico	Kenny Zukowski

100 anos da
Constituição de **WEI
MAR**

organizadores | Fernanda Covolan | Filipe Piazzzi

continuidades e rupturas para o Direito Ocidental

1ª edição - 2019
Engenheiro Coelho

UNASPRESS

Imprensa Universitária Adventista

UNASPRESS

Imprensa Universitária Adventista

Caixa Postal 88 – Reitoria Unasp
Engenheiro Coelho, SP CEP 13.448-900
Tels.: (19) 3858-5222 / (19) 3858-5221

www.unasp.com.br

Editoração: Rodrigo Follis e Alysson Huf
Preparação de texto: Matheus Cardoso
Design e diagramação: Kenny Zukowski

100 anos da Constituição
de Weimar: continuidades
e rupturas para o Direito Ocidental

1ª edição – 2019

Todos os direitos reservados para a Unasp. Proibida a reprodução por quaisquer meios, salvo em breves citações, com indicação da fonte.

Todo o texto, incluindo as citações, foi adaptado segundo o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, assinado em 1990, em vigor desde janeiro de 2009.

**Ficha catalográfica elaborada por
Hermenérico Siqueira de Moraes Netto - CRB.7370**

100 anos da constituição de Weimar: continuidades e rupturas para o direito ocidental /
Fernanda Cristina Covolan, Filipe Piazzi Mariano da Silva, organizadores. Engenheiro
Coelho: UNASPRESS – Imprensa Universitária Adventista, 2019.
150 p.

ISBN do e-book: 978-85-8463-154-4
ISBN do impresso: 978-85-8463-155-1

1.Direito constitucional. 2.República de Weimar - Constituição. 3. História
constitucional. I. Covolan, Fernanda . II.Piazzi, Filipe. III. Título.

CCDD 342.029

Índices para catálogo sistemático:

Direito constitucional 342
História constitucional 342.029
República de Weimar 943.085

OP 00147

Editora associada:

NBEU Associação Brasileira
das Editoras Universitárias



Todos os direitos reservados para a Unasp - Imprensa Universitária Adventista.
Proibida a reprodução por quaisquer meios, *sem prévia autorização escrita da editora*,
salvo em breves citações, com indicação da fonte.

Conselho artístico e editorial da Unaspres

Dr. Martin Kuhn
Esp. Telson Vargas
Me. Antônio Marcos
Dr. Afonso Ligório
Dr. Douglas Menslin
Dr. Rodrigo Follis
Dr. Lélío Lellis
Dr. Allan Novaes
Me. Jael Enéas
Esp. José Júnior
Dr. Reinaldo Siqueira
Dr. Fabio Alfieri
Dra. Gildene Lopes
Me. Edilson Valiante
Me. Diogo Cavalcanti
Dr. Adolfo Suárez

Comissão editorial científica *ad hoc* para esta obra

Dr. Danilo Vieira Vilela *Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG)*
Dra. Monica Sapucaia Machado *Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP-BSB)*
Dr. João Emílio de Assis Reis *Instituto Federal do Rio de Janeiro (IFRJ)*
Dra. Miriam Coutinho de Faria Alves *Universidade Federal do Sergipe (UFS)*
Dra. Jana Maria Brito Silva *Centro Universitário 7 de Setembro (Uni7)*

Sumário

9 Apresentação

13 Ires e devires sociais e econômicos ao redor da Constituição de Weimar

Fernanda Cristina Covolan e José Geraldo da Silva

33 O debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre o artigo 48 da Constituição de Weimar

Dilson Cavalcanti Batista Neto e Larissa dos Reis Nunes

65 Democracia econômica e suas bases estruturantes

Filipe Piazzini Mariano da Silva e Rafael Fernando dos Santos

83 Weimar e a função social da propriedade nas constituições brasileiras

José Antonio Remedio e Davi Pereira Remedio

101 A Constituição de Weimar e a Constituição Federal de 1988

Carlos Alberto Ferri e Lélcio Maximino Lellis

117 O constitucionalismo econômico de Weimar: dignidade da pessoa humana e mercado de capitais

Antônio José Iatarola e Karina Teresa da Silva Maciel

133 A influência da constituição de Weimar na função social dos contratos de consumo

Edeltrudes Querino de Sousa Hayacida e Mônica de Oliveira Silva Fiori

Apresentação

Por que uma obra jurídica relacionada com a Constituição de Weimar, documento histórico de 1919 aparentemente desconectado com o tempo presente? Seria esse texto legal tão paradigmático a ponto de ser atemporal? Haveria tal possibilidade em um documento histórico-legal? E por que interessa ainda olhar para propostas de bem-estar social?

Como explicar que o texto constitucional do país perdedor de uma guerra até então nunca vista – que transformou os eixos de domínio europeu por completo, fragilizou quase em definitivo as bases coloniais ainda praticadas e apresentou os Estados Unidos e o Japão como potências econômicas – possa ter se tornado sinônimo de tantas aspirações quanto ao modelo de Estado?

Como o texto constitucional do país responsabilizado pela Primeira Guerra Mundial, por isso devedor frente às demais nações e impedido de desenvolvimento, inclusive econômico (na medida em que perdera acesso a parte importante de sua área de exploração mineira), pode ter se tornado tão paradigmático?

Primeiramente, importa desmistificar a Constituição de Weimar, como aliás quaisquer outros textos históricos alçados a lugares que nunca pretenderam ocupar. Naquele país, finda a guerra, há eleições para a Assembleia Constituinte, e muitos fatores significativos de cunho sócio-político levaram à elaboração de uma carta constitucional diferenciada, até mesmo de vanguarda, organizadora da seara econômica e social, entendendo ser da competência do Estado interferir na economia.

Esses mesmos elementos, mas não só, foram igualmente fomentadores de muita dissensão durante os trabalhos da Assembleia Constituinte, mas também após a promulgação do Texto Maior, que desde o início encontrou oponentes importantes nos círculos jurídicos, entre os quais expoentes das teorias jurídicas alemãs do século 20. E ainda que a Carta Alemã de 1919

tenha sido quase sacralizada como símbolo de Estado de Bem-Estar Social, foi também alvo de muitas críticas que ultrapassaram seu tempo.

Também importa referir que o bem-estar social inserido na Constituição de Weimar não era uma ideia original daquele momento histórico. Não derivou da Primeira Guerra Mundial nem do socialismo que surgira no século anterior, mas vinha sendo lentamente construído historicamente à medida que as estruturas medievais eram transformadas pela modernidade e tornavam-se necessários outros sistemas de sustentação social diante das situações de crise.

Na Alemanha, particularmente, as igrejas protestantes participavam das tarefas de cuidado dos necessitados tanto quanto as instituições católicas, e suas estruturas foram aproveitadas pelo Estado já a partir da década de 1870. Além disso, sua integração pelo Estado não as afastou dessas atividades até que se tornasse necessário um maior grau de sofisticação organizacional.

Aliás, as propostas socialistas que varreram a Europa a partir da metade do século 19 e culminaram na Revolução de 1917 serviram para reforçar a compreensão da necessidade de intervenção do Estado na economia e nas questões sociais. Isso aconteceu à medida que se tornava claro que os trabalhadores, necessários para a continuidade do modelo econômico capitalista, precisavam de condições mínimas de vida e garantia diante das incertezas, e assim seguirem trabalhando dedicadamente.

Esta obra não tem a pretensão de responder às dicotomias de leitura histórica, mas tais referências têm a finalidade de permitir ao leitor uma visão da complexidade envolvendo o tema a que os autores se dedicaram em seus textos. Também permite perceber que o referido texto, a Constituição Alemã de 1919, suscitou uma modificação importante nos sistemas jurídicos do Ocidente que de alguma maneira se espalhou até o presente.

A história, desde sempre, serviu-se de símbolos, capazes de provocar naqueles que sobre ela se debruçam o sentimento de pertencimento, o desejo de ir avante, de honrar memórias, mesmo que para isso tenha sido necessário desfigurar os tempos e contextos, fazendo neles quase uma assepsia. Olhar mais de perto, para os detalhes, contribui para a reconstrução da complexidade própria de qualquer tempo, povo, texto.

Sendo assim, a obra está dividida em duas partes: a primeira delas é dedicada a olhar a Constituição Alemã de 1919 com os olhos postos naquele tempo histórico, em seus dilemas contextuais, filosófico-jurídicos, problematizando a formação e conformação daquela Carta junto ao povo germânico.

Nesse contexto encontra-se o primeiro capítulo, de Fernanda Cristina Covolan e José Geraldo da Silva, que abre nossas reflexões analisando o contexto histórico de nosso tema, intitulado “Ires e devires sociais e econômicos ao redor da Constituição de Weimar: reflexões histórico-jurídicas à luz da Escola dos Annales”.

A seguir, somos brindados com a análise filosófico-jurídica levada a cabo por Dilson Cavalcanti Batista Neto e Larissa dos Reis Nunes, “O debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre o artigo 48 da Constituição de Weimar: uma pequena reflexão sobre constituição e crise para a atualidade”.

Fechamos essa primeira parte da obra com a muito oportuna reflexão de Filipe Piazzini Mariano da Silva e Rafael Fernando dos Santos sobre o processo de construção teórico-jurídica da democracia econômica na Constituição de Weimar, denominada “Democracia Econômica e suas bases estruturantes”.

A seguir, os autores desta obra foram convidados a uma reflexão sobre as pontes entre o texto aqui homenageado e o Direito Nacional, justamente em face da influência que a Carta Alemã de 1919 teve sobre o direito constitucional à época e pelo referido poder simbólico que guarda.

José Antonio Remédio e Davi Pereira Remédio inauguram essa sessão convidando os leitores a seguirem as influências da Constituição Alemã no processo constitucional brasileiro desde a Constituição brasileira de 1934 até a que vige presentemente, em “Os direitos sociais e a função social da propriedade na Constituição de Weimar de 1919: influência nas constituições brasileiras de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988”.

Em sequência, Carlos Alberto Ferri e Lelio Maximino Lellis tomam pela mão o leitor para um percurso de compreensão sobre os direitos fundamentais de cunho social no contexto de nosso objeto de estudo, no artigo denominado “A Constituição de Weimar (1919) e a Constituição Federal de 1988: um recorte histórico e comparativo dos direitos fundamentais sociais”.

No sexto capítulo, Antônio José Iatarola e Karina Teresa da Silva Maciel fazem uma reflexão sobre um aspecto mais específico quanto aos aspectos constitucionais na economia inaugurados no texto alemão em seu artigo “O constitucionalismo econômico de Weimar: dignidade da pessoa humana e Mercado de Capitais”.

Finalmente, fechando esta obra, Edeltrudes Querino de Sousa Hayacida e Mônica de Oliveira Silva Fiori demonstram de que maneira as primeiras ideias de função social da propriedade se desenvolveram, por meio do artigo “A função social dos contratos de consumo – aos olhos dos direitos sociais influenciados pela Constituição de Weimar”.

Desejamos que estas páginas possam despertar o interesse do leitor e aprofundar seus conhecimentos. Boa leitura!

Fernanda Cristina Covolan
Filipe Piazzzi Mariano da Silva

Ires e devires sociais e econômicos ao redor da Constituição de Weimar

Fernanda Cristina Covolan¹

José Geraldo da Silva²

Um pouco mais que uma introdução

Há cem anos o Tratado de Versalhes (1919) colocava fim à Grande Guerra (1914-1918), com todo o ônus recaindo nas costas da Alemanha, entendida como responsável pela manutenção do conflito muito além do necessário, com grandes custos para todos os países envolvidos. Esses custos, ainda que em um primeiro momento sejamos levados a pensar nas vidas perdidas, foi também financeiro, econômico e político. A Primeira Guerra Mundial terminou com os países vencedores europeus, particularmente

¹ Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora no Centro Universitário Adventista de São Paulo, Campus Engenheiro Coelho (Unasp-EC). Pesquisadora em História do Direito, especialista em direitos sociais e econômicos do século 20.

² Especialista, mestre e doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (Fadisp). Professor de Direito Penal no Centro Universitário Adventista de São Paulo, Campus Engenheiro Coelho (Unasp-EC), na Universidade Paulista e na Academia de Polícia do Estado de São Paulo. Delegado de Polícia aposentado. Advogado. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

França e Inglaterra, seriamente desorganizados e devedores dos empréstimos contraídos com os Estados Unidos, país este que se tornaria, junto com o Japão, uma estrela econômica em ascensão diante da destruição havida nos antigos donos do poder geopolítico mas igualmente econômico.

Mas o mesmo documento, o Tratado de Versalhes, também criou a Organização Internacional do Trabalho, órgão cujos precursores históricos, ainda que ligados à guerra, estavam muito mais ancorados no medo compartilhado pelos países ocidentais de um espalhamento revolucionário vermelho pelo continente, levando-os a repensarem as formas jurídico-sociais com os trabalhadores. A Revolução Russa, em 1917, elevava o discurso socialista a um viés revolucionário vencedor, cuja fé em um movimento revolucionário internacional assustava todos os países, fossem mais ou menos industrializados – afinal, a Rússia era praticamente feudal quando dos eventos de novembro de 1917.

Por que referir esses dados para introduzir um capítulo que se propõe a pensar a história da Constituição de Weimar, de 1919? Porque a produção histórica não pode se divorciar das condições sociais e econômicas, fechando-se nos elementos políticos factuais, como se os fatos se isolassem das conjunturas circundantes, ou se pudessem ser explicados fora de movimentos mais profundos que formam as mentalidades e características de um lugar e de um povo (BLOCK, 2009).

Essas foram as propostas metodológicas marcantes da Escola dos Anais, que surge justamente no Período Entreguerras, como reação às leituras históricas centradas nos donos do poder,³ mas também como reação às tendências totalitaristas existentes quer na Rússia comunista ou nas propostas fascistas e nazistas. Para a referida escola, a história fora instrumentalizada no século 19 pelo poder, escondendo-se atrás de uma pretensão positivista de “narrar os fatos” como se estes se resumissem aos documentos oficiais e aos interesses dos vencedores históricos. Mas também era ancorada quer em um discurso revolucionário de transformação para o progresso, quer em um discurso de manutenção das estruturas, em um trânsito eterno de verdades ao longo dos séculos.

³ A expressão *Donos do poder* intitula a obra de Raymundo Faoro (2010), seu ensaio histórico sobre o Brasil, fundado em uma proposta sociológica weberiana de Estado Patrimonial. Na obra, como apresentado por Weber, o patrimonialismo aparece como uma forma de gestão da coisa pública, por parte do governante, que toma o público como se fosse privado e que, para garantir-se no poder, dissolve parte do seu poder entre estamentos privilegiados, que ao mesmo tempo dão suporte político ao governante e usufruem das formas de dominação.

Explica-se. A história debruçou-se essencialmente sobre as fontes, os documentos, e como no passado histórico a elaboração de documentos sempre foi exclusividade do Estado, ou das formas de poder concorrentes (em tempos de ausência ou fraqueza estatal), o material existente para a reconstrução do passado era material produzido pelo poder. Como bem adverte Dosse (1992, p. 36), o historiador havia se tornado lisonjeiro do Estado, trabalhando muitas vezes a serviço do poder real, que por sua vez inaugurava inúmeras instituições históricas.⁴

Essa era uma Europa voltada à formação de suas nações, que precisavam formar suas identidades, pelo que uma história que se volta para a afirmação do poder, que se deita sobre fatos importantes e heroicos, servia a um propósito relevante, como aliás serviu em todas as nações, ao longo de seus momentos de afirmação.

Essa forma de fazer história tinha uma finalidade acrescida: ao fortalecer o ideário de pertencimento nacional, fortalecia também os cidadãos, a esta condição erguidos após a superação do Antigo Regime, e dando-lhes um lugar no seio social para lutarem nas guerras em nome do seu país. Por isso, a história é instrumentalizada em uma narrativa de fatos heroicos, a elevação de grandes líderes enaltecidos, capazes de fixar as glórias nacionais havidas em nome de causas nobres, motivando cada indivíduo a tornar-se um instrumento igualmente valoroso na defesa das causas nobres da nação.

Essa constituição de nação, no caso francês, se deu por meio da elevação do sentido transformador da Revolução de 1789, que derrubou o sistema de desigualdades real para apresentar uma resposta republicana. Outros países fizeram sua organização nacional com continuidades, pelo que se ancoraram no valor da perpetuação das tradições, no valor da manutenção de um antigo espírito constituinte da nação.

Ambas as formas – revolução para o progresso e perpetuação das tradições – possuem problemas intrínsecos quando se constituem como narrativas históricas únicas. Em ambas as formas de construção histórica, é possível servir aos interesses do poder atual que deseja justificar a si mesmo. Em face disso é que importa uma postura de desconfiança diante das propostas estáticas, que não admitem mudanças, mas também diante das propostas sempre revolucionárias.

⁴ O mesmo se deu no Brasil. Aqui, D. Pedro fundará o Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, entidade que possui um impressionante arquivo documental inclusive da casa imperial. Seus sócios são dedicados à pesquisa desse material, mas não só.

Não bastasse, a construção histórica da modernidade também sofreu a influência marcante do darwinismo, que adentrou nas ciências sociais de diversas formas. No caso da história, que aqui nos interessa, tendeu a ver a história em processo de evolução, sempre, portanto, transformando-se em sentido crescente, deixando o passado menos evoluído atrás de si, reificando o presente, assim visto como o melhor desenvolvimento do homem e da sociedade.

Ainda que toda esta digressão possa parecer despropositada em um texto voltado à história do Direito, esse não é o caso. Primeiramente, porque o Direito é naturalmente uma área de saber muito próxima do poder, já que as leis e o sistema judicial estão diretamente afeitos aos poderes republicanos, o que tem caracterizado o Direito, historicamente, como muito mais irmanado com os interesses do poder do que com as necessidades dos governados.⁵

Em segundo lugar, porque também no Direito moderno, fortemente influenciado pelo positivismo, há uma tendência ao afastamento imediato do que é vetusto, às leis que perdem seu lugar, substituídas pelo novo, em tese mais bem talhadas para a realidade do tempo atual. Dito de outra forma, as tendências à substituição do velho pelo novo, pelas percepções de progresso e evolução também pairam sobre o Direito.

Não bastasse, ao mesmo tempo o Direito também tendeu, historicamente, a servir aos desejos conservadores dos que governam e mandam: os juízes, advogados, os artífices das leis foram majoritariamente membros das elites em seus tempos. Nada disso se afirma de forma ligeira, mas com o desejo de que tais características ou já tenham sido suplantadas, ou que a consciência dos problemas continue motivando transformações republicanas nos países igualmente republicanos.

Toda essa explicação serve para justificar perante o leitor que este breve capítulo sobre a história da Constituição de Weimar se detenha em elementos anteriores ou concomitantes com a elaboração formal de seu texto, de cariz social e econômico tanto ou mais que sobre os aspectos que poderiam ser identificados como político-jurídicos por se entender que tais peculiaridades estruturais e conjunturais da Alemanha de 1918 – quando a decisão de chamada de uma constituinte é tomada – e de 1919 – quando o texto vem a lume, são tão ou mais importantes do que o texto em si, já que o explicam,

⁵ Cf. a importância de reflexão teórica sobre a produção da história do direito em Ricardo Marcelo Fonseca (2010).

condicionam e talvez permitam compreender a relação tumultuada daquele país com sua Carta Maior.

O final da guerra e a revolução

Weimar não era a capital da Alemanha, nem mesmo um dos centros urbanos mais importantes do país quando a constituição que se associaria àquela cidade foi discutida e votada. Mesmo assim, os parlamentares eleitos apressadamente para a construção democrática germânica não trabalharam em Berlim, mas foram encaminhados a Weimar, justamente para afastarem-se da capital em ebulição revolucionária.

A reunião da constituinte se confunde com o final da Primeira Grande Guerra e seus efeitos entre os alemães. Em face disso, para melhor pensar a constituição que se tornaria um símbolo de Estado de Bem-Estar Social, a inspiração para outros textos que incorporariam a partir de então os direitos sociais e econômicos, é preciso olhar para estes meses turbulentos que antecederam a Constituição.

Quando o Kaiser⁶ se dirigiu ao Reichstag – o parlamento alemão –, antes da entrada do país na guerra para requerer leis que permitissem o financiamento do empreendimento, obteve ampla maioria, inclusive do Partido Social Democrata,⁷ majoritário e alinhado com os trabalhadores. Teria dito então: “Não vejo mais partidos, apenas alemães!” (LAYTON, 2009, p. 189).

⁶ A Alemanha se torna um Estado nacional em 1871; até então havia um conjunto de Estados, ou reinos germânicos, sendo o principal deles a Prússia. Ainda que até então não existisse um Estado nacional, já há algumas décadas os reinos estavam organizados e trabalhando em conjunto pelos interesses germânicos, inclusive em projetos de industrialização e reorganização econômica. O final da Guerra Franco-Prussiana só fizera melhorar as condições econômicas e dera ao espírito germânico ainda mais força, ao mesmo tempo que gerara sentimentos profundos de nacionalismo tanto entre os franceses como entre os alemães, sob liderança do Kaiser e de seu primeiro-ministro, Bismarck.

⁷ O Partido Social Democrata Alemão (SPD) é um dos mais antigos do país, anterior inclusive a unificação. Se pensarmos que a Alemanha é o berço do nascimento de Marx (nascido na Renânia em 1818, uma das regiões sob influência da Prússia), é natural imaginar que naquele lugar tivesse havido espaço para as ideias socialistas. No entanto, a partir da denominada Segunda Internacional (1889-1916), movimento ligada a Engels, inicia-se uma adesão significativa dos socialistas a participação política dentro do jogo político democrático partidário. Nesse contexto é que o SPD vai lentamente se tornando relevante nas eleições alemãs, tendo maioria no Congresso no período que antecedeu a Primeira Guerra. Ainda que fossem ideo-

Os alemães, fossem políticos, militares de patente, soldados ou civis, acreditavam que não poderiam perder a guerra, pois o nacionalismo intenso e as experiências bélicas do país no passado fortaleciam essa percepção. A guerra representava o sonho de imposição do modo de ser alemão, e talvez por isso foi encampada por partes tão diversas: a guerra irmanava a todos os alemães e os tornava iguais, e seu senso de pertencimento nacional fora forjado, em parte, graças às vitórias bélicas frente à França, que denotavam a superioridade germânica.

Passadas as primeiras semanas, no entanto, a guerra prossegue, e os esforços adentram as cidades, com a reorientação dos esforços fabris para os esforços de guerra, redirecionamento dos homens para o front, o que fez que ao final de 1917 as mulheres já representassem a maioria entre os operários (LARGE *apud* OLIVEIRA, 2017, p. 80).

Entre os anos de 1917 e 1919, a Alemanha enfrentou um profundo impasse social. Quanto pior ficava a condição de vida no país, que levava inclusive a classe média à perda de poder econômico,⁸ maiores as insurgências. E o ano de 1917 foi marcado por crescentes greves e manifestações contrárias à guerra, em especial a partir do conhecimento da Revolução Russa, que dava esperanças de ver o final do conflito⁹ e que também alimentava os ensejos dos grupos políticos de esquerda de ver o fim do império.

A essa altura, na Alemanha, a esquerda experimentava profundas dissensões: de um lado, os sociais democratas que haviam apoiado o intuito de guerra em 1914, e os dissidentes, que haviam naquela ocasião rompido com o partido e fundado uma nova agremiação (LOUREIRO, 1988). Em 1918, a maior parte do parlamento era de representantes sociais-democratas, ao qual aderiram os trabalhadores em geral, enquanto que os defensores do socialismo puro e do comunismo tenderam a formar grupos menores de resgate da luta de classes, mantendo o discurso de derrubada plena do capitalismo.

logicamente contrários à guerra, considerada sempre prejudicial às camadas mais pobres da sociedade, neste caso o partido foi convencido da importância do conflito e da curta duração que certamente teria para os benefícios que dele poderiam advir.

⁸ Cf., para maiores informações, Stolleis (2014).

⁹ Em outubro-novembro, com o golpe bolchevique dentro do processo revolucionário russo, a Rússia faz um acordo de saída da guerra, o que permitia à Alemanha concentrar seus esforços bélicos apenas no Ocidente, dando ao exército germânico a sensação de vitória breve. A entrada dos Estados Unidos na guerra, no entanto, servirá como desestabilizador importante no conflito.

Esse grupo fora contrário à guerra desde 1914, e nesse momento crescera junto aos trabalhadores insatisfeitos e famintos.

Estavam todos famintos, porque um dos traços da guerra foi a fome, com racionamento de alimentos, tanto no front quanto nas cidades. Na Alemanha, a situação teve momentos marcantes, inclusive com insurgências e revoltas de mulheres, o que dificultava quaisquer ações repressivas:

Segundo David Large (2007, posição 2.142 de 9.432), em março de 1917 quinhentas mulheres invadiram o depósito municipal de legumes e demandaram que seu conteúdo fosse distribuído de forma igualitária. Depois rumaram em direção à prefeitura protestando por nabo. Como aponta Large (2007, posição 2.142 de 9.432), “é um sinal ruim quando as pessoas começam a protestar por nabo” (OLIVEIRA, 2017, p. 81).

O ano de 1918 viu greves e forte repressão policial, com morte de muitos operários, e prisão de líderes dos representantes da esquerda mais radical – os espartaquistas, liderados por Rosa de Luxemburgo, Karl Liebknecht, Kurt Eisner e Gustav Landuer. Esse grupo, como o nome indica, inspirava-se em Spartacus, o líder revolucionário escravo contra Roma Antiga, cujo simbolismo era assim invocado (RICHARD, 1988).

No final de setembro de 1918, os jornais da capital anunciam que a guerra estava próxima de seu final, e que a Alemanha sairia perdedora do conflito. Esse anúncio foi evitado pelo Alto Comando e pelo Kaiser durante um longo tempo, e da mesma maneira os alemães foram mantidos na ignorância quanto às reais condições do front (OLIVEIRA, 2017).

A Alemanha, para a surpresa de sua população incrédula, havia perdido a guerra. Desde o início da guerra divulgava-se na imprensa alemã que o conflito seria breve e que o país poderia conquistar territórios suficientes para exaltar a grandeza do Império Alemão. O fato de nenhuma batalha ter sido lutada em seu território fez com que muitos acreditassem que a vitória era uma questão de tempo. Criou-se o mito da grande batalha, aquela que resolveria o conflito, colocando fim à guerra e conduzindo o país à glória. O triunfo nunca veio e a guerra deixou seu saldo de horror: quase dois milhões de alemães mortos e cerca de quatro milhões de feridos. Uma geração de jovens perdidos para quê? (OLIVEIRA, 2017, p. 85).

Friederich Ebert, líder do Partido Social Democrata, quando informado da derrota iminente, teria dito: “Nós fomos derrotados e traídos, derrotados e traídos” (RICHIE *apud* OLIVEIRA, 2017, p. 85). Mas quando ficou claro que a guerra estava perdida, houve reações diversas entre os alemães: entre os operários havia congratulação, com esperança de melhora de vida, enquanto que entre os demais grupos sociais em geral havia desgosto com a necessidade de capitulação e de negociar o ônus que seria assumido pelo país (RICHARD, 1988).

O Reich Imperial, pressionado de todos os lados, mas cômico da insustentabilidade da repressão policial sobre as greves, propôs modificações constitucionais que dariam mais poder ao parlamento. Isso aconteceu talvez dando passos para encaminhar uma monarquia constitucional democrática, em que a figura imperial ocupasse outra posição política, mas que não afastasse o imperador do poder, como desejavam os partidos ligados aos trabalhadores.

Assim, o novo governo rapidamente colocou fim à guerra e, por meio de diversos decretos foram feitas as principais mudanças necessárias para que a república fosse republicana, tais como liberdade de expressão, liberdade religiosa, de imprensa, o sufrágio universal e equitativo, inclusive para mulheres, e ainda anistia aos presos políticos (WEITZ, 2009, p. 32). Por esse tempo ainda havia no parlamento alemão um número elevado de representantes do partido social democrata e dos independentes, um grupo dissidente do primeiro, tendo ficado em minoria as demais forças políticas de centro e de direita.

Em novembro de 1918, iniciou-se um processo contestatório iniciado na marinha que levou a formação dos Conselhos de Operários e Soldados, improvisados mas com grande poder de disseminação, já que apareceram em quase todas as regiões alemãs. Esse movimento auxiliou a queda do Império, e teria impulsionado a formação do sistema constitucional parlamentar alemão.¹⁰

Naquela altura a negociação entre Alemanha e Estados Unidos por um armistício, embora feita discretamente pelo governo, era conhecida na

¹⁰ Rosa Luxemburgo, inclusive, afirmou, em seu discurso de fundação do Partido Comunista de 31 de dezembro de 1918, que os processos contestatórios daquele novembro visavam majoritariamente o “afundamento do imperialismo existente [...] colosso em pés de barro, interiormente apodrecido” e que, assim que o imperialismo fora derrubado, o movimento pareceu ficar desprovido de razão, “caótico, sem plano de batalha, pouco consciente” (LUXEMBURGO, 1976, p. 49).

sociedade. A armada alemã não fora especialmente vitoriosa em suas ações, em grande medida por causa do bloqueio imposto pelos britânicos. Repentinamente, em novembro, os marinheiros recebem ordens para partirem, o que pareceu ao baixo escalão incompreensível.

Convém mencionar que havia uma forte distinção social entre marujos e oficiais, e além da diferença das rações recebidas, os primeiros estavam sujeitos a um severo sistema disciplinar. A intenção dos oficiais era colocar fim à tentativa de acordo para o armistício, inspirados pela máxima de que mais valia morrer lutando que viver na vergonha de não ter lutado. Os marinheiros se recusaram a participar desse ataque à armada britânica (WEITZ, 2009, p. 29).

Weitz (2009, p. 30) atribui aos marinheiros a instauração dos conselhos, instituições democráticas de participação da população trabalhadora e militar de baixa patente:

Na tentativa de encontrar novas formas de representação política em uma época de industrialização galopante e guerra mundial, em um momento em que trabalhadores, soldados e marinheiros de toda a Europa passaram a desempenhar o papel de atores políticos decisivos, estes comitês se erigiram em símbolos para os que tinham que suportar situações mais que precárias. [...] Foi um movimento confuso e caótico, com intenções políticas incipientes, mas por todas as partes se estendia uma forma popular de democracia, que permitia uma participação política muito mais ampla e preocupada com assuntos de todos os tipos, como nunca havia existido antes na Alemanha.

Desse modo, operários e soldados formavam agora um bloco coeso, que seguia inflamado pela liderança presencial ou não dos espartaquistas, e em 9 de novembro de 1918 as ruas foram tomadas por essa população insatisfeita, armada de bandeiras vermelhas, pedindo o fim da guerra e da monarquia. Nem mesmo a polícia foi capaz de reprimir os atos, e desapareceu de suas posições, levando ao chamamento do exército, que aderiu parcialmente ao movimento. Diante do medo vermelho, o chanceler passou o governo ao Partido Social Democrata, maior partido do parlamento, e no dia seguinte anunciou a abdicação do Kaiser, que partiria para a Holanda em definitivo.

O anúncio da abdicação foi recebido com grande entusiasmo pelos revolucionários, mas chocou os nacionalistas, os conservadores e o *Mittelstand*. O *kaiser* simbolizava tudo aquilo no qual eles acreditavam; ele representava os sonhos e as ambições que essas pessoas cultivavam desde a unificação e ele proporcionava à sociedade uma sensação de segurança e de propósito comum. Sem ele todo o edifício entrou em colapso (RICHIE *apud* OLIVEIRA, 2017, p. 86).

Segundo propõe Isabel Loureiro (2006), os conselhos teriam tido força política para levar a formação de um novo sistema político na Alemanha, em face dos receios das elites e do Partido Social Democrata, então majoritário, de uma revolução. Mas sua descontinuidade teria sido responsável pelo falimento da democracia na República de Weimar, já que, para a autora, a manutenção dos referidos conselhos teria permitido uma “democracia radical” que poderia conter a “modernização conservadora” que se construía desde os finais do século 19 naquele país.

22 Esse entendimento se baseia no fato de que em tais conselhos, mantida a idealização originária de dar a eles poderes políticos na esfera legislativa e executiva, estaria a verdadeira democracia participativa, em vez da democracia representativa, que seria ainda dominada pelos mesmos interesses econômicos.

No entanto, sem desdenhar da tese levantada pela autora, e pela doutrina e pesquisa em que se baseia, quer parecer que tais conselhos não teriam tido condições de sobrevivência dentro da Alemanha de então, ainda que tivessem se mantido atuantes e organizados para fazerem frente às resistências das forças políticas de então.

De fato, em algumas regiões alemãs, antigos reinos no tempo imperial chegaram a constituir governos locais dentro da estrutura dos conselhos, como se viu em Estrasburgo em que um conselho tomou o Palácio da Justiça e convocou eleições para um conselho central. O caso mais marcante, pela extensão territorial, foi o da Baviera, em que igualmente os independentes instauraram a República Livre da Baviera, declarando-se autônomo do poder central de Berlim. De todo modo, em que pesem estes exemplos de inicial sucesso, na maior parte do território o que se viu foi a adesão ao Partido Social Democrata, que defendia a constituinte. Nenhum dos casos acima citados resistiram a forte repressão de que se serviu o governo para debelar os resistentes (RICHARD, 1988).

Loureiro (2006) sustenta que a hipótese de uma revolução socialista estava descartada na Alemanha na virada do ano de 1918 para 1919, sendo defendida apenas pela esquerda mais extremada que formaria o Partido Comunista. Nem mesmo os conselhos, segundo suas pesquisas, teriam interesse em ver tal revolução no país. O medo do socialismo nos moldes soviéticos teria sido muito mais um instrumento ideológico nas mãos dos que desejavam a manutenção do status quo.

Sem dúvida, a situação alemã era muito diversa da vivida na experiência russa em 1917, em especial porque a modernização, ainda que conservadora, já tivera tempo de alterar significativamente o modo de vida dos cidadãos, como já se discutiu anteriormente neste trabalho. E tais modificações implicaram em mudanças não apenas no dia a dia das experiências, mas também das mentalidades, dos anseios e das estruturas sociais ambientadas e admitidas.

Mesmo assim, a Revolução Russa causara um impacto significativo em todos os países ocidentais, mesmo aqueles em que a modernização ainda era uma semente, como nos países latino-americanos, tão distantes daqueles processos contestatórios. Observar, com o distanciamento histórico de décadas, que a instauração de uma revolução socialista ou comunista na Alemanha era muito improvável desconsidera a vivência daqueles dias de surpresa com a revolução ocorrida ali ao lado, na Rússia.

Além disso, os soviéticos defendiam ideologicamente a internacionalização do comunismo, o que sustentava o pavor coletivo dos líderes políticos ocidentais de que também em seus territórios o mesmo fenômeno se repetisse. Esse receio não pode igualmente ser desconsiderado, naquele momento, naquele país, em que as ideias socialistas tiveram tanta repercussão e no qual as condições sociais de penúria da classe mais pobre poderiam servir de pólvora de iminente explosão. Repentinamente, a classe trabalhadora adquirira outro *status*, é verdade, e as formas de restabelecer a ordem e reordenar as relações foram diversificadas.

Importa então pensar sobre a formação dos conselhos derivados dos levantes do início de novembro de 1918, que causava divergências entre os sociais-democratas, independentes e os espartaquistas. Os primeiros, depois acompanhados pelos independentes, pediriam a dissolução dos conselhos e chamamento de uma assembleia constituinte, que permitisse a construção legal de um estado democrático. Receavam não apenas a radicalização e a incapacidade de controle destes órgãos como também a resistência das demais forças políticas, levando o país a uma guerra civil. Os spartakistas,

diversamente, viam nos conselhos a realização da democracia radical, em que o povo decidiria e atuaria politicamente sem o sistema representativo. (RAMOS FILHO, 2009)

As divergências entre majoritários e independentes seguiu forte no período entre novembro de 1918 e maio de 1919 e foi marcado por confrontos sangrentos, já que entre os independentes estavam os espartaquistas. Em diversas cidades esse confronto adquiriu contornos de guerra civil, sendo mortos muitos cidadãos que se colocavam ao lado dos independentes.

Ao final, usando de instrumentos policiais repressores e de uma narrativa que equiparava os radicais a anarquistas violentos, os majoritários, que se haviam feito governantes até o resultado da constituinte, debelam a dissidência, e já em janeiro de 1919, quando a situação fora controlada em Berlim, realizam-se as eleições.

No mesmo ato inaugural da Liga Espartaquista, já mencionado, Rosa Luxemburgo (1976) trata desse processo discursivo que transformara aqueles que ela compreendia como defensores do verdadeiro socialismo em anarquistas, contrários ao poder legítimo alcançado e exercido no parlamento. No mesmo mês de janeiro, Rosa seria assassinada justamente por liderar os espartaquistas.

24

Um dia antes de sua morte, publicou um texto refletindo sobre as perdas do começo de janeiro em Berlim, conflito que ficou conhecido como “semana sangrenta” ou “semana espartaquista, no qual afirmava a necessidade de continuar defendendo a derrubada do capitalismo e a instituição de uma ditadura do proletariado. Também buscava explicar as razões do insucesso dos dias anteriores, entre os quais incluía a falta de amadurecimento de parte importante dos componentes das classes mais baixas, além das forças policiais usadas de forma extremada (LUXEMBURGO, 1976).

Como se vê, as instabilidades circundantes às eleições constituintes, voltadas a dissolver justamente as revoltas populares, foram não apenas políticas ou ideológicas, mas antes de tudo sociais e econômicas, derivadas da insurgência de uma parte da sociedade que se percebia relevante e capaz de reivindicações (mesmo se inspirada pela Rússia e pelos espartaquistas).

Os aspectos socioeconômicos dos movimentos revolucionários podem ser vistos na facilidade com que os partidos obtiveram, da parte dos conselhos, aquiescência para o retorno ao processo eleitoral democrático. Mais do que tudo, os conselhos desejavam a reorganização da vida, acesso a meios de existência, reorganização do Estado e concessão de direitos e prerrogativas, efetivamente observadas no texto constitucional

e na implementação de políticas de bem estar social nos anos seguintes (COVOLAN, 2019).

Houve uma reorganização política para tais eleições, nas quais o Zentrum tornou-se um partido maior, buscando abranger todos os cristãos. A direita havia se dividido, formando novos partidos, e destes apenas a burguesia liberal, reunida no Partido Democrata, defendia instituições republicanas, juntamente com os majoritários e independentes. O recém-formado partido comunista entendeu por abster-se das eleições (RICHARD, 1988).

Calcula-se que 83% dos eleitores votaram, agora incluídas mulheres e jovens com 20 anos completos. Dessas eleições, os majoritários confirmaram seu favoritismo, mas principalmente a confiança depositada pelo operariado, saindo com 38% dos votos. Mas apesar disso, o que se observou com os resultados dessas eleições foi o fim efetivo da revolução, sancionada pelo voto, e a vitória do sistema parlamentarista, já que nenhum partido tivera votos suficientes para governar sozinho, o que obrigou os majoritários a forjarem alianças com partidos mais à direita. Juntos, Zentrum, majoritários e democratas somavam 75% dos votos, e sob essa coalisão se construiu o gabinete bem como foram definidas as diretrizes da constituição (RICHARD, 1976).

As reuniões começaram em 6 de fevereiro na cidade de Weimar, mais calma, distante das convulsões que ainda se davam em diversas partes do país. Em cinco dias resolveu-se o impasse da acefalia governamental, com a condução à presidência de Friederich Ebert, principal representante dos sociais democratas.

Durante os próximos meses, os deputados discutiram intensamente o projeto constitucional elaborado por Hugo Preuss,¹¹ professor de direito que, embora não fosse partidário da social democracia, era o jurista reconhecido

¹¹ Preuss era um jurista liberal judeu, um dos mais brilhantes constitucionalistas da Alemanha daquela época. Foi chamado por Ebert para o trabalho de elaborar o anteprojeto constitucional, apresentando a primeira versão em 20 de janeiro de 1919 na gazeta oficial alemã. Esse primeiro projeto inicia por tratar do Estado alemão, deixando os direitos fundamentais liberais para parte posterior. Para Preuss, tal inversão era imprescindível para resolver o maior problema alemão: a supremacia da Prússia em relação aos outros estados alemães. Assim, propõe a fragmentação do território, mas especialmente do território prussiano, de modo a retirar dele a predominância de poder sobre os demais estados. Nesse novo território idealizado por Preuss haveria estados de mediano território, pelo que seria reconfigurada a Alemanha, com junções de pequenos estados e partição da Prússia em oito estados, bem como a junção da Áustria ao território, considerada parte da Grande Alemanha. Contra tais ideias revoltaram-se não apenas os pequenos estados, mas também a Prússia e o Conselho de Paris, que temia a união da Áustria e da Alemanha, em face da recente guerra. Em face

como o que melhor poderia representar a formação do novo estado alemão. Em 11 de agosto de 1919, foi promulgada a constituição que tornava a Alemanha um estado unitário, com características federativas, agora dividido em 17 regiões. Como afirma Bercovici (2004, p. 26):

A Constituição de Weimar foi elaborada sem maiorias claras, em um contexto político cujo equilíbrio era precário e instável. Desta forma, não era uma constituição homogênea, monolítica, mas uma expressão das relações entre as forças políticas em disputa em 1919. Neste contexto político, de acordo com Detlev Peukert, só seriam possíveis duas saídas: uma constituição instrumento de governo, limitando-se a organizar os poderes de Estado, ou uma síntese de conteúdos concorrentes, dentro de um quadro de compromisso pluralista.

Independentemente das significativas mudanças constitucionais, fato é que, com a situação econômica e social do pós-guerra, os sistemas de auxílio aos pobres anteriormente existentes não eram mais suficientes.

26

Antes, o sistema de bem-estar atendia aos que estavam fora do sistema econômico, incapazes de a ele pertencer e de tirar seu sustento econômico por não acharem lugar no mercado, mas com o fim da guerra os problemas tornaram-se muito maiores. “Seis milhões de soldados e mais de 3 milhões de sobreviventes dependentes e veteranos incapacitados precisavam ser integrados” (STOLLEIS, 2013, p. 98).

Além disso, muitos que haviam formado a classe média nos anos promissores que antecederam a guerra, e consideravam-se pertencentes a outro grupo social, viram-se igualmente desempregados e necessitados, como boa parte dos operários, em um país a ser reconstruído.

Do ponto de vista das estruturas institucionais, no entanto, a República herdara do Império tanto um sistema legal e as instituições, embora afetados pela nova constituição, mas também um funcionalismo público tido por exemplar.¹² E embora os sistemas de seguridade social já existentes estivessem com recursos muito diminuídos, estavam institucionalmente intactos.

disso é que foi necessária a redação de um outro anteprojeto mais alinhado com os interesses representados no Reichstag (SCHULZE, 2001).

¹² Essa referência do funcionalismo como exemplar está diretamente ligada ao tema deste parágrafo, que trata das estruturas de *welfare* existentes e, portanto, dos serviços e da burocracia implantada, em que esses funcionários conheciam bem suas funções e o próprio sistema.

Ao mesmo tempo, a nova constituição deu ao Reich a autoridade legislativa quanto às políticas de bem-estar, como se vê especialmente nos artigos 7º e 9º, logo na fixação das funções do Reich. Além disso, na sua segunda parte – a mais polêmica – inaugurou especificações sociais que ditavam princípios para as políticas, além de fixar princípios e competências quanto à interferência na ordem econômica.

Mas aparentemente havia uma dissociação entre as políticas de fortalecimento do sistema de bem-estar social e as previsões constitucionais, provavelmente derivadas da percepção histórica construída a partir de Bismarck na qual os direitos de cunho social tinham por finalidade minorar desigualdades com a finalidade de igualmente minorar a insatisfação social, motivo de insurgência, ou prevenir que a pobreza causasse danos ao coletivo, segundo a percepção de Ewald (2004).

Para o autor, as políticas sociais eram concessões do Estado para sanar a condição de miséria e penúria de grupos específicos, ainda que tenham alcançado diferenciadamente os chamados empregados – ou seja, trabalhadores urbanos cuja atividade não era ligada a produção industrial direta, como secretários, assistentes –, já que estes viam a si próprios como superiores aos primeiros, ainda que seus ganhos fossem semelhantes.

Stolleis (2013, p. 99) defende que o final da guerra e a inflação guiaram as políticas sociais, que não mais visavam especificamente os trabalhadores industriais. A situação econômica e social se deteriorara de tal maneira que era necessário criar um sistema abrangente, pelo que as políticas foram lentamente caminhando na direção de fazer emergir um sistema nacional de seguridade.

Logo, a estrutura institucional constituída pelo Império não viera à existência com a finalidade de democratizar socialmente o país, como desejava a Constituição de 1919, mas os benefícios e direitos já garantidos, uma vez incorporados, tornaram-se parte das expectativas sociais. E desses direitos postos – dentro da perspectiva de Ewald (2004) –, que criaram uma nova forma de organizar socialmente os problemas da modernidade, outros se somaram, alcançando os demais segmentos sociais, também participantes.

Ou seja, em que pese a guerra, mesmo o funcionalismo estava intacto em suas habilidades. Essa reserva é especialmente importante sob pena de se confundir sua proficiência com sua posição política, já que foram resistentes à nova constituição e suas tendências de ampliação dos poderes do Estado na esfera econômica e social, servindo para engrossar as fileiras dos que não receberam as propostas de Weimar com bons olhos. Cf. Richard (1988).

Nos anos imediatamente seguintes ao fim da guerra houve uma estagnação no número de trabalhadores industriais ao mesmo tempo que o número dos necessitados sociais aumentou. Assim, se deu uma transição para uma sociedade de massas mais complexa, havendo muito mais camadas e diferenciações de trabalho, e visões de si mesmo dentro desta sociedade industrial moderna. Quem possuía um trabalho estava em posição relativamente estável, com os direitos sociais existentes, enquanto que os desempregados rapidamente se viam em condições cada vez piores – miséria e necessidade.

Porém, com a extensão do direito de voto às mulheres, aos maiores de 20 anos, além dos homens, havia não apenas mais votantes como também mais interesses a serem considerados pelos políticos caso desajassem angariar votos, nessa Alemanha democrática, conforme as novas leis eleitorais pós-guerra.

Para Stolleis (2013), teria sido a admissão desses novos cidadãos políticos a pressionar para que o sistema de seguridade desenvolvesse capacidade maior de equalização. Se o sistema de seguridade social bismarckiano fora marcado pelo estigma advindo de tempos ainda muito anteriores, de assistencialismo aos pobres, era difícil para ex-veteranos, ex-membros da classe média e empregados não operários se verem dependentes do Estado, em particular quando os benefícios sociais mantinham as condições econômicas niveladas em patamar muito baixo.

28

Considerações finais

A Constituição Alemã de 1919 recebeu sobre si uma certa mitificação, na medida em que se consolidou como a primeira experiência de Estado de Bem-Estar Social no Ocidente devidamente consolidada em texto republicano. Serviu de inspiração para outros tantos textos constitucionais ao redor do mundo, em particular os que precisavam lidar com as demandas de uma nova classe social que se afirmava dentro do jogo democrático: os trabalhadores.

No entanto, a compreensão desse documento jurídico depende da compreensão da realidade vivida dentro da Alemanha naquele tempo e momento histórico, e que não pode ser reduzida apenas às contingências do pós-guerra ou a saída do período imperial. É preciso considerar com atenção o papel que a mudança do sistema de acesso ao voto havia causado nas décadas anteriores, o problema sócio econômico experimentado no país, mas sentido na carne pelos mais pobres.

Concomitantemente, também precisa ser considerada a tentativa revolucionária na virada de 1918 para 1919, o papel que esses movimentos tiveram junto aos mesmos trabalhadores, e de que maneira mantinham acesas as chamas do medo comunista, após a Revolução Russa.

Os espartaquistas, grupo simbólico da radicalização socialista na Alemanha naquele momento, cumpriram um papel muito importante, na medida em que seus esforços contestatórios junto aos trabalhadores inflamaram os comitês, deram-lhes suporte teórico, e mesmo após a dissolução dos comitês, souberam manter uma narrativa crítica que trouxe a população operária às ruas diante das condições de miséria em que se encontravam.

Como já afirmado anteriormente, é redutor afirmar, com o distanciamento que o tempo possibilita, que a revolução por eles desejada era inviável na Alemanha. Naquele momento havia suporte fático para os receios revolucionários: a Rússia não possuía organização operária que explicasse, segundo as teorizações socialistas, a Revolução, e mesmo assim ela se dera. Não bastasse, havia uma declaração expressa de que a revolução se internacionalizasse, e a Alemanha era considerada pelos próprios russos como o lugar natural para iniciar este processo.

Ainda que a Revolução não se tenha dado, houve uma mobilização social impactante o suficiente para levar a um consenso quanto a inclusão dos direitos sociais e econômicos no bojo da Carta Constitucional, o que implicou na integração de parte da população no gozo de direitos de cidadania, no pertencimento pleno além de sua condição econômica. Aliás, sua condição econômica díspar passa a ser considerada um problema para todo o corpo social.

Ao mesmo tempo que se percebia a necessidade de reformas legais e extensão dos direitos sociais e uma nova posição quanto a gestão pública do universo econômico, também ficava clara a impossibilidade de conviver com o caos revolucionário. Esse fato ajuda a explicar – e não justificar – que o primeiro-ministro tenha consentido, tácita ou expressamente, com o uso de força extrema contra a população revoltosa, e com a eliminação cabal dos líderes principais.

Não há, na história, apenas a narrativa de heróis; não há, na história, apenas vencedores constituindo o tempo; e não há, do lado dos perdedores, também mitos intocáveis. Há, em todos os tempos, muitos esquecidos que participaram de eventos trágicos sem serem lembrados, mas há também uma trama cuidadosamente trançada na formação das condições de um dado tempo.

Assim, a Alemanha iniciava seu período republicano com uma constituição referencial no pós-guerra, na medida em que incluiu os direitos sociais e econômicos, foi uma constituição feita dentro de regras de consenso republicanos desafiadores, mas embasada nos princípios democráticos em tempos de construção da democracia de massas.

Referências

BERCOVICI, G. **Constituição e estado de exceção permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BLOCK, M. **Apologia da história ou o ofício do historiador**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

COVOLAN, F. C. **Novos tempos, velhos problemas**: legislação sobre a questão social na Primeira República. Tese de doutorado (Direito Político e Econômico). São Paulo, Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2019.

DOSSE, F. **A história em migalhas**: dos Annales à Nova História. São Paulo: Ensaio; Campinas: Editora da Unicamp, 1992.

EWALD, F. **Diritto e Rischio**: il rapporto giuridico come rapporto assicurativo. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.

FAORO, R. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000.

FONSECA, R. M. **Introdução teórica à história do Direito**. Curitiba: Juruá, 2010.

LAYTON, G. **From Kaiser to Fürher**: Germany 1900-1945 for Edexcel. Londres: Hodder Education, 2009.

LOUREIRO, I. Os conselhos na revolução alemã de 1918/19. **Crítica Marxista**, v. 23, 2006, p. 97-110. Disponível em: < https://www.ifch.unicamp.br/criticamarxista/arquivos_biblioteca/artigo130artigoa.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2018.

LOUREIRO, I. Rosa Luxemburg: revolução e democracia. **Trans/form/Ação**, v. 11, p. 61-67, 1988.

LUXEMBURGO, R. **La liga espartakus**: dossier sobre la revolución alemana 1918-1919. Barcelona: Editorial Anagrama, 1976, p. 49.

OLIVEIRA, L. S. **Som e Fumaça**: um estudo sobre o cabaré berlinense durante a república de Weimar. Tese (Doutorado em Teatro). Florianópolis, Universidade Estadual de Santa Catarina, 2017.

RAMOS FILHO, W. As esquerdas e as crises capitalistas: repensando Weimar. **Crítica Jurídica**: Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho, n. 28, p. 129-155, 2009.

RICHARD, L. **A república de Weimar** (1919-1933). São Paulo: Cia das Letras: Círculo do Livro, 1988.

SCHULZE, H. **La Repubblica di Weimar**: la Germania dal 1918 al 1933. Bologna: Società Editrice il Mulino, 2001.

31

STOLLEIS, M. **History of social law in Germany**. Springer, 2014.

STOLLEIS, M. **Origins of the German Welfare State**: Social Policy to 1945. Primavera 2013.

WEITZ, E. D. **La Alemania de Weimar**: presagio y tragédia. Madri: Turner Publicaciones, 2009.

O debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre o artigo 48 da Constituição de Weimar

Dilson Cavalcanti Batista Neto¹

Larissa dos Reis Nunes²

Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil aponta, em seu artigo 102, que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”. A concretização de tal competência constitucional se repete em outros países que, após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), elegeram direitos fundamentais como elementos quase sagrados em seus respectivos ordenamentos e têm em suas cortes supremas o órgão que garante a obediência e adequação das leis e políticas públicas a tais garantias e direito.

¹ Doutor em Filosofia do Direito e Teoria do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Adventista de São Paulo, Campus Engenheiro Coelho (Unasp-EC). Advogado.

² Mestre em Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos pela Universidade Metodista de Piracicaba (Unimep). Graduada em Direito pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (Ibmecc). Professora do curso de Direito do Centro Universitário Adventista de São Paulo Campus Engenheiro Coelho (Unasp-EC). Advogada.

Ocorre que tal consonância sobre papel do Poder Judiciário executando o controle de constitucionalidade, por mais que pareça ser um fato óbvio e objetivo, não é isento de crítica. Muito questiona-se a legitimidade democrática dos magistrados, que não são, via de regra, eleitos pelo povo para ocuparem as cortes. O que por um lado parece ser uma desvantagem, por outro pode ser uma virtude, já que, com o objetivo de proteção dos direitos fundamentais, os magistrados encontram-se “neutros” em relação aos debates e interesses políticos que ocorrem nos parlamentos.

Tais controvérsias se acaloram ainda mais quando as democracias se encontram em situações de crises institucionais, de desconfiança na integridade dos agentes públicos, em especial na quase inexistência de representatividade entre o povo e seus representantes.

Esse era justamente o contexto que envolveu o debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre o artigo 48 da Constituição do Reich Alemão, conhecida como Constituição de Weimar. Por mais que não se viva hoje, no Brasil, uma crise tão profunda quanto no episódio citado, é essencial que se analise as razões apresentadas sobre quem deve dar última palavra numa democracia.

34

O objetivo central do presente capítulo não é realizar uma análise de fatos históricos, ou mesmo de buscar apresentar soluções para dilemas envolvendo a guarda da constituição e de seus direitos fundamentais. Busca-se escapar da postura maniqueísta de demonizar Schmitt por seu apoio, em certa parte da vida, ao regime nazista, para que se possa extrair de seus escritos – bem como da proposta de Kelsen – reflexões para as crises institucionais atuais.

Para tanto, parte-se, no primeiro tópico, de uma contextualização que envolvia a Constituição de Weimar. Trata-se de um cenário de grande desconfiança na capacidade dos poderes de lidar com graves problemas sociais e econômicos advindos da derrota da Primeira Guerra Mundial (1914-1918). No segundo tópico, apresenta-se a visão de Hans Kelsen, hoje festejada, de que o guardião da constituição deveria ser um tribunal específico, não um agente individual. A tarefa de guarda da constituição pressuporia a ideia de controle de constitucionalidade que foi reformulado em Kelsen, mas já ocorria no mundo da *common law* desde o precedente *Marbury vs. Madison* (1803). Tal controle exige uma neutralidade que não se poderia obter no Poder Legislativo nem no Executivo.

No terceiro tópico aborda-se a visão de Schmitt sobre tal questão. A redação do artigo 48 da Constituição de Weimar, através de uma interpretação

mais literal, favorecia a visão de Schmitt de que caberia àquele que fosse a personificação da escolha política do povo ser o guardião da constituição. Ou seja, o guarda seria o capaz de decidir sobre o estado de exceção.

No quarto tópico, busca-se aprofundar as razões que levaram Schmitt a identificar Hitler enquanto guardião da constituição. Schmitt, que nem sempre foi favorável ao movimento nazista, acabou abraçando os ideais do Terceiro Reich que basicamente tornou ineficaz a Constituição de Weimar. Coube, então, apontar a influência do pensamento de Thomas Hobbes no conceito de política de Schmitt e como influenciou toda a construção da concepção política de Schmitt através do que se chamou aqui de “tentação hobbesiana”.

Finalmente, no último tópico, buscou-se demonstrar como é possível retirar lições vitais para a existência da democracia quando esta se encontra em crise a partir do debate Schmitt/Kelsen.

A reflexão central que se buscou assentar é que o medo e a falta de esperança gerados por uma crise constitucional podem levar ao apoio não de “guardiões”, mas de “salvadores da pátria” que, para cumprirem sua missão, colocam-se acima (fora) do direito e, através da personificação da vontade política do povo, elegem inimigos primordiais que, uma vez eliminados, resultem na salvação do corpo político.

35

O cenário da República de Weimar e a fragilidade constitucional

A fim de contextualizar o debate entre Kelsen e Schmitt, faz-se necessário analisar brevemente o cenário histórico que lançou bases para que a Constituição de Weimar fosse promulgada, dando início, assim, à República de Weimar, em 1918.

Trata-se de um período relevante para o estudo do direito, pois

As constituições elaboradas após o final da Primeira Guerra Mundial têm algumas características comuns, como a declaração, ao lado dos tradicionais direitos individuais, dos chamados direitos sociais, ou direitos de prestação [...]. Essas novas constituições consistem em uma tentativa de estabelecer uma democracia social, abrangendo dispositivos sobre a ordem econômica e social, família, educação e cultura, bem como instituindo a função social da propriedade (BERCOVICI, 2003, p. 11).

A situação específica da Alemanha era complexa e marcada por antagonismos sociais e políticos resultantes do pós-guerra. Antes da Primeira Guerra Mundial, a Alemanha possuía um governo imperial que, mesmo sendo de natureza parlamentar, concentrava o poder nas mãos do imperador prussiano desde 1871 (ALMEIDA, 1987).

Após a guerra e todos os seus efeitos nefastos na sociedade, esse poder centralizado do imperador é anulado, e a necessidade de paz, aliada aos ideais socialistas já disseminados amplamente na Europa ocidental e oriental, especialmente com a Revolução Russa, provê uma fórmula singular para uma insatisfação popular generalizada.

O país encontrava-se em uma espécie de encruzilhada na qual as tensões e decisões políticas decorrentes dessa dualidade acabariam por influenciar diretamente a Constituição de Weimar (PINTO, 2015).

Ou seja, tratava-se de um momento bastante delicado, que, todavia, fez surgir a constituição mais famosa dessa época e, justamente por essas especificidades, foi

36

elaborada sem maiorias claras, em um contexto político cujo equilíbrio era precário e instável; [...] não era uma constituição homogênea, monolítica, mas uma expressão das relações entre as forças políticas em disputa em 1919 (BERCOVICI, 2003, p.12).

Na análise de Barroso:

A Constituição é resultado de influências ideológicas diversas. O Partido Social Democrata (PSD) possuía maioria na assembleia, mas não maioria absoluta, sofrendo a pressão dos partidos mais radicais e da mobilização das ruas. Nesse cenário, a constituição procurou conciliar tendências políticas contrapostas e estruturou-se em duas grandes partes: na Parte I, organizava o Estado alemão, disciplinando a relação entre os entes federativos (Capítulo I) e entre os Poderes (Capítulos II-VII); na Parte II, estabelecia o catálogo de direitos fundamentais, do qual constavam tanto direitos individuais, de origem liberal, quanto direitos sociais, aí incluídos a proteção do trabalhador e o direito à educação (BARROSO, 2011, p. 34).

Assim, apesar de suas características democráticas e de sua importância na construção e evolução das instituições políticas, sociais e jurídicas, o

momento não era propício. Portanto, logo foi superada, sem ter sido revogada, pela “instalação de um regime totalitário apenas rivalizado, na época, pelo vizinho totalitarismo implantado na União Soviética por Josef Stalin” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 62).

O processo de derrocada da República de Weimar, fundamentada na Constituição de Weimar, foi acompanhado por diversos confrontos e polarizações radicais de posições políticas de esquerda e de direita. O Estado não conseguia resolver as crises econômicas, que geravam fome e miséria, tampouco aliviar os efeitos da derrota alemã na guerra – com os consequentes traumas e sentimentos de inferioridade na sociedade (ALMEIDA, 1987).

As contradições do capitalismo, somadas aos posicionamentos políticos extremados, geraram críticas e controvérsias a respeito do sistema político, nas quais o debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt a respeito do controle de constitucionalidade e o artigo 48 da Constituição de Weimar foi imprescindível. A centralidade desse artigo na discussão entre os dois autores é de extrema importância, já que

A história do artigo 48 da Constituição de Weimar é tão estreitamente entrelaçada com a história da Alemanha de entre as duas guerras, que não é possível compreender a ascensão de Hitler ao poder sem uma análise preliminar dos usos e abusos desse artigo nos anos que vão de 1919 a 1933. Seu precedente imediato era o artigo 68 da Constituição bismarkiana, o qual, caso “a segurança pública estivesse ameaçada no território do Reich”, atribuía ao imperador a faculdade de declarar uma parte do território em estado de guerra (*Kriegszustand*) e remetia, para a definição de suas modalidades, à lei prussiana sobre o estado de sítio, de 4 de junho de 1851 (AGAMBEN, 2007, p. 28).

37

O artigo 48 conferia ao presidente do Reich poderes excepcionais e muito amplos, ao estabelecer o seguinte:

Se um estado não cumprir as obrigações impostas pela Constituição do Reich ou pelas leis do Reich, o presidente do Reich pode usar a força armada para obrigá-lo. Caso a segurança e a ordem pública estiverem seriamente conturbadas ou ameaçadas, o presidente do Reich pode tomar as medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e da ordem pública, eventualmente com a ajuda das forças armadas. Para esse fim, ele pode suspender total ou parcialmente os direitos

fundamentais estabelecidos nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153. O presidente do Reich deve informar imediatamente ao Reichstag todas as medidas tomadas com base nos parágrafos 1 e 2 deste artigo. As medidas devem ser suspensas imediatamente se o Reichstag assim o exigir. Se o perigo for iminente, o governo do estado pode, para o seu território específico, implementar as etapas descritas no parágrafo 2. Essas medidas devem ser suspensas, se assim for exigido pelo presidente do Reich ou pelo Reichstag. Mais detalhes são fornecidos pela lei do Reich (ALEMANHA, 1919, tradução nossa³).

Ainda na análise de Agamben (2007, p. 30), os governos da República usaram continuamente o artigo 48 para declarar estado de exceção e promulgar decretos de urgência mais de 250 vezes, inclusive instituindo tribunais de exceção.

Assim, em um período de sucessivas crises, o dispositivo constitucional que circunscrevia uma situação de exceção se torna a regra, e o conceito de guardião ou defensor da constituição liga-se perigosamente ao de estado de exceção, gerando, desse modo, inúmeros questionamentos políticos e jurídicos com relação à sua aplicabilidade.

Portanto, a discussão sobre o controle de constitucionalidade e sobre a competência para exercer o papel de guardião ou protetor da Constituição, realizada por Kelsen e Schmitt, não era “somente um debate acadêmico, mas, antes de tudo, uma questão de inflexão prático-política relevante” (PINTO, 2015, p. 109).

Para Lorenzetto (2009, p. 1.925), o debate entre os dois autores poderia ser resumido da seguinte maneira: “Enquanto Kelsen acredita na prevalência de um Tribunal de Justiça Constitucional, Schmitt afirma

³ If a state (8) does not fulfil the obligations laid upon it by the Reich constitution or the Reich laws, the Reich President may use armed force to cause it to oblige. In case public safety is seriously threatened or disturbed, the Reich President may take the measures necessary to reestablish law and order, if necessary using armed force. In the pursuit of this aim he may suspend the civil rights described in articles 114, 115, 117, 118, 123, 124 and 154, partially or entirely. The Reich President has to inform Reichstag immediately about all measures undertaken which are based on paragraphs 1 and 2 of this article. The measures have to be suspended immediately if Reichstag demands so. If danger is imminent, the state government may, for their specific territory, implement steps as described in paragraph 2. These steps have to be suspended if so demanded by the Reich President or the Reichstag. Further details are provided by Reich law.

que cabe ao presidente do Reich a tarefa de salvaguardar a constituição (em nome do povo).”

A redação do referido artigo 48, portanto, era compatível com a percepção de Schmitt. No entanto, como aponta Pinto (2015, p.111), “no âmago dessa disputa política, havia um precedente judicial; [...] o Tribunal Supremo do Reich firmara a ideia de que todo tribunal alemão tinha competência para realizar o controle de constitucionalidade difusa”.

Tratava-se de um terreno fértil para o debate que se desenrolou entre os dois juristas, especialmente com a referida contradição no ordenamento legal constitucional, apesar de não ter existido, na República de Weimar, um tribunal constitucional instituído. Assim, em um momento de crise – especialmente do Legislativo –, o cerne do debate encontrava-se na definição desse “guardião” da constituição, em que Kelsen defendia um Tribunal Constitucional com o objetivo de garantir as liberdades, os direitos fundamentais e o cumprimento da constituição, evitando abusos de poder por parte do Executivo e mantendo a constituição em sua posição correta no ordenamento jurídico (FURLAN, 2010).

Schmitt, por sua vez, sustentava que não caberia ao Judiciário discutir os conteúdos das normas, já que essa é uma atividade política, e a função desse poder restringe-se à aplicação das normas a casos concretos. Para o jurista, caberia ao chefe de Estado o papel de defensor da constituição, já que este foi eleito pelo povo, sendo, dessa maneira, legitimado politicamente e democraticamente para essa função, que deveria ser exercida nos momentos de crise, de acordo com o disposto no artigo 48 da Constituição de Weimar (AGAMBEN, 2007). Os detalhes e especificidades desses posicionamentos antagônicos serão explorados nos itens seguintes.

39

Kelsen: a Suprema Corte como Guardiã da Constituição

No ano de 1928, por ocasião do encontro anual da Associação Alemã dos Professores de Direito Público, Hans Kelsen e Heinrich Triepel apresentaram tópicos de discussão e análise constitucional, apontando a necessidade de uma corte constitucional (VINX, 2015, p. 7). Os argumentos de Kelsen estavam baseados amplamente em sua teoria de hierarquia das normas, na qual a constituição ocupa o lugar mais elevado no ordenamento jurídico, pois

A norma que regula a criação de outra norma é a superior, a norma criada em conformidade com a última é a inferior. O ordenamento jurídico não é um sistema coordenado de normas de valores iguais, mas uma hierarquia de normas jurídicas de diferentes níveis. Sua unidade é gerada pela conexão que resulta do fato de que a validade de uma norma, criada de acordo com outra norma, repousa sobre essa outra norma, cuja criação, por sua vez, é determinada por uma terceira norma. Essa é uma regressão que, no final das contas, acaba na norma básica pressuposta. Essa norma básica, portanto, é a razão superior para a validade das normas, uma criada em conformidade com a outra, formando, assim, um ordenamento jurídico em sua estrutura hierárquica (KELSEN, 1967, p. 221-222, tradução nossa).⁴

Para Kelsen, a constituição teria uma importante função: a de limitar os poderes e, portanto, o “defensor” ou “guardião” da constituição estaria encarregado de assegurar os limites entre esses poderes, certificando-se de que não haveria qualquer tipo de abuso, especialmente por parte do chefe do Executivo (KELSEN, 2015, p.25). E, para ele, esse controle seria de natureza jurídica, através da atuação de uma Corte Constitucional.

40

Vale ressaltar que essa visão de Kelsen pode ser vislumbrada também em sua colaboração na redação da Constituição da Áustria de 1920, com sua proposta de criação de um órgão judicial de controle concentrado de constitucionalidade referente a atos do Poder Executivo e do Poder Legislativo (VINX, 2015, p. 8).

Pode-se notar uma oposição direta à ideia de Schmitt, com relação ao chefe de Estado ser o protetor da constituição, já que, inclusive devido ao contexto histórico, a proteção da constituição vinha justamente contra abusos de poder pelo chefe do Executivo – na figura do monarca. Assim, na visão de Kelsen (2015, p. 50), transformar o presidente do Reich

⁴ The norm which regulates the creation of another norm is the higher, the norm created in conformity with the former is the lower one. The legal order is not a system of coordinated norms of equal level, but a hierarchy of different levels of legal norms. Its unity is brought about by the connection that results from the fact that the validity of a norm, created according to another norm, rests on that other norm, whose creation in turn, is determined by a third one. This is a regression that ultimately ends up in the presupposed basic norm. This basic norm, therefore, is the highest reason for the validity of the norms, one created in conformity with another, thus forming a legal order in its hierarchical structure.

no único defensor da constituição implicaria uma violação às normas da Constituição de Weimar.

Na concepção do jurista, não haveria que se falar em exercício político restrito ao Legislativo, já que este autorizaria o Judiciário a avaliar interesses em conflito, com limites específicos, e também para a resolução de tais conflitos, facultando um poder de criação do direito, ou seja, conferindo ao poder judiciário o devido caráter político (FURLAN, 2010).

Essa visão de Kelsen é organizada dentro de sua teoria de hierarquia das normas, na qual a lei ordinária nada mais é do que um ato de aplicação do direito, tendo em vista sua relação com a constituição. Assim, havendo um tribunal constitucional, em que essa lei viesse a ser anulada por sua inconstitucionalidade, esta seria uma atividade legislativa, e não meramente jurisdicional (KELSEN, 2015, p. 22).

No entanto, os decretos emitidos pelo Poder Executivo seriam, por sua natureza originária, atos de criação do direito, necessitando de controle mais rigoroso. Afinal, “a função do controle é reivindicada justamente pelo poder que em si mesmo é o que mais necessita ser controlado” (KELSEN, 2015, p. 27, tradução nossa).⁵

Pouco tempo depois, em resposta a um artigo de Schmitt, Kelsen continuaria defendendo suas visões, afirmando que a criação de uma instituição para controlar a constitucionalidade de certos atos do Estado, particularmente os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, não poderia se dar justamente no âmbito desses poderes que estariam sujeitos a controle. Dessa maneira, novamente afirmando que a função política da constituição é a de impor limites jurídicos ao exercício do poder (KELSEN, 2015, p. 175). Em contraposição aos pensamentos de Schmitt, que apontava para o defensor da constituição personificado no presidente do Reich, Kelsen afirmou:

Esta é uma ficção de ousadia notável, especialmente se se tem em mente que os seguintes ensinamentos são igualmente exibidos no arsenal da doutrina constitucionalista: que o monarca é o maior e, portanto, o único órgão do exercício do poder do estado; que o monarca é o verdadeiro processador, em particular, do poder legislativo; que o comando da lei procede dele e não do parlamento [...]. O monarca,

⁵ The function of control is claimed precisely by the one power that is itself most in need of being controlled.

então, é o possuidor de uma grande parte ou mesmo de todo o poder do Estado, mas ele deve ser, todavia, neutro com respeito à sua execução e, portanto, a única autoridade chamada a controlar seu exercício por sua constitucionalidade (KELSEN, 2015, p. 177), tradução nossa).⁶

De acordo com Lorenzetto (2009), ao ponderar sobre a centralidade da teoria de Benjamin Constant no pensamento de Schmitt, especificamente no que diz respeito ao *pouvoir neutre*⁷, Kelsen aponta para a natureza dual do Poder Executivo defendido por Constant, dividida em passiva e ativa, em que o monarca atuaria de maneira passiva e, portanto, neutra. Essa neutralidade, ligada à passividade, inviabilizaria o exercício de guardião da constituição ao monarca, pois tal função pressupõe justamente uma postura ativa, eficaz e continuada, descaracterizando esta passividade destinada ao Poder executivo (KELSEN, 2015, p. 179).

Na análise de Pinto (2015, p. 105), a discussão entre Kelsen e Schmitt encontrava sua maior fundamentação na visão da “precedência, ou não, da política (poder) sobre o direito (técnica)”. A teoria pura do Direito de Kelsen apontava para um governo das leis, uma teoria jurídica pura do Estado, chegando a equiparar o Estado ao ordenamento jurídico (BERCOVICI, 2003, p. 97).

Assim, para Kelsen, o direito prevalecia, e em seus desdobramentos, apoiados pela hierarquia das normas, tendo a constituição como norma superior defensora da limitação dos poderes, a posição de guardião da constituição jamais caberia ao presidente do Reich, e sim a um tribunal constitucional. A ideia dessa limitação, dessa distribuição de poderes nas diversas entidades estatais, com o propósito de exercício de controle mútuo, é essencial para a democracia, que sofreria danos irreversíveis com a possível concentração de poder em um só órgão estatal.

⁶ This is a fiction of remarkable boldness, especially if one keeps in mind that the following teachings are equally paraded around in the arsenal of the constitutionalist doctrine: that the monarch is the highest and therefore really the sole organ of the exercise of the state's power; that the monarch is the true processor, in particular, of legislative power; that the command of the law proceeds from him and not from the parliament [...]. The monarch, then, is the possessor of a large part or even of the whole of the power of the state, but he is nevertheless supposed to be neutral with respect to its execution and therefore the only authority called upon to control its exercise for its constitutionality.

⁷ Poder neutro.

Esse seria o entendimento básico do princípio da separação de poderes, e, para Kelsen (2015, p. 46), a instituição de uma jurisdição constitucional, através de um tribunal constitucional, representaria justamente a confirmação e efetivação desse princípio, afastando, de uma vez, a possibilidade de defesa da constituição concentrada no presidente do Reich.

Schmitt: a soberania política e o Estado de Exceção

Antes de expor a visão de Carl Schmitt neste debate, é necessário contextualizar melhor suas influências para tanto, pois nos primeiros anos da República de Weimar, Schmitt possuía uma identificação íntima com o catolicismo político. Esta relação influenciou fortemente suas obras, especialmente *Parlamentarismus* [Parlamentarismo], *Politische Romantik* [Romantismo político], *Die Diktatur* [A ditadura] e *Politichse Theologie* [Teologia política].

Especialmente em *Politichse Theologie*, são efetivadas as bases da fundamentação de Schmitt com relação a quem deve ser o guardião da constituição, já que logo no início dessa obra, ele define que “soberano é quem decide sobre o estado de exceção” (SCHMITT, 1985, p. 5, tradução nossa).

Para Bercovici (2003, p. 51), Schmitt, através dessa definição, coloca a soberania em destaque, já que é fundamentalmente através dela que viria a decisão sobre a afirmação de uma ordem, e, ao mesmo tempo, da negação desta ordem. Ainda na análise do autor sobre Schmitt:

A soberania é a competência imprevisível, estranha às normas de direito público, pois não se trata do término do direito, mas de sua própria origem. [...] Deste modo, definir soberania como decisão sobre o estado de exceção significa dizer que o ordenamento está à disposição de quem decide. O soberano, assim, está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico, pois ao utilizar o seu poder de suspender a validade do direito, coloca-se legalmente fora da lei. [...] Em suma, é a exceção que revela o fundamento da ordem jurídica, portanto, da normatividade. A normatividade está, assim, subordinada às condições efetivas de sua instauração, ou seja, às decisões fundadoras da ordem jurídica (BERCOVICI, 2003, p. 52-53).

A perspectiva de Schmitt também era carregada de críticas ao liberalismo e ao parlamentarismo. Em seu texto “O conceito do político”, ele afirma que todas as concepções políticas foram modificadas e deturpadas de maneira sistemática por causa do liberalismo (SCHMITT, 2008b, p. 75).

O estabelecimento do soberano como o verdadeiro guardião da constituição relaciona-se intimamente com essas críticas, especialmente no tocante às revoluções liberais, já que, para Schmitt (2008b, p. 10), “o Estado se afirma como o poder soberano somente ao oprimir a resistência revolucionária. O Estado é a guerra civil continuamente impedida”. Nas palavras do próprio Schmitt (1985, p. tradução nossa):

É precisamente a exceção que torna relevante o tema da soberania, ou seja, a questão da soberania por completo. [...] Do ponto de vista constitucional liberal, não haveria competência jurisdicional. A maior orientação que a constituição pode fornecer é indicar quem pode agir em tal caso. Se tal ação não está sujeita a controles, se não for prejudicada de alguma forma por freios e contrapesos, como é o caso de uma constituição liberal, então fica claro quem é o soberano. Ele decide se existe uma emergência extrema, bem como o que deve ser feito para eliminá-la.⁸

44

Agamben (2007, p. 48) pondera que Schmitt “vê no estado de exceção precisamente o momento em que Estado e direito mostram sua irreduzível diferença: no estado de exceção o Estado continua a existir, enquanto o direito desaparece”.

Portanto, quando da análise e debate sobre o artigo 48 da Constituição de Weimar, as bases para a defesa do presidente do Reich como o verdadeiro guardião e defensor da constituição, feita por Schmitt, já estavam lançadas. No entanto, o embate doutrinário continuou, especialmente entre Schmitt e Kelsen, por seu posicionamento contrário, de defesa da instituição de um tribunal constitucional, como já abordado.

⁸ It is precisely the exception that makes relevant the subject of sovereignty, that is, the whole question of sovereignty. [...] From the liberal constitutional point of view, there would be no jurisdictional competence at all. The most guidance the constitution can provide is to indicate who can act in such a case. If such action is not subject to controls, if it is not hampered in some way by checks and balances, as is the case in a liberal constitution, then it is clear who the sovereign is. He decides whether there is an extreme emergency as well as what must be done to eliminate it.

Para Schmitt, não se tratava de uma questão de direito, mas de uma questão política e, assim, o controle de constitucionalidade deveria ser desempenhado por uma instância política que, em seu entendimento, convergia com o Executivo, e não com o Judiciário. O jurista utilizou argumentos que indicavam uma característica antidemocrática inerente ao judiciário para tanto, já que seus representantes não eram efetivamente eleitos pelo povo.

De acordo com o jurista, o conceito de que o guardião da constituição seria função da Judiciário é absolutamente equivocado, por diversos motivos. O primeiro motivo seria uma concepção errada e abstrata do estado de direito, pois:

Parece natural identificar a decisão de todas as questões políticas através do emprego de procedimento judicial com o ideal do estado de direito e ignorar que tal expansão na matéria que não é justificável só pode prejudicar a jurisdição. A consequência, como mostrei várias vezes em relação às questões tanto do direito constitucional quanto do internacional, não seria uma juridificação da política, mas sim uma politização da jurisdição (SCHMITT, 2015, p. 91, tradução nossa).⁹

45

Dentro da lógica de um Estado democrático de direito, Schmitt apontava para a gravidade da politização da jurisdição, que geraria consequências profundas, já que esse tribunal estaria resolvendo questões políticas de maneira política, com resultados políticos, constituindo “tão somente uma aristocracia de toga, distanciada da radicalidade democrática cujo eixo é político” (PINTO, 2015, p. 115).

Segundo Schmitt, portanto, a criação de um tribunal constitucional geraria uma instância política soberana e capaz de estabelecer preceitos constitucionais, o que estaria absolutamente fora das funções e limites do Poder Judiciário. E essa instância política soberana já teria seu lugar na pessoa do presidente do Reich, pois ele seria o único com verdadeiros poderes de decisão, especialmente em momentos de crise, onde o parlamento estaria comprometido.

⁹ It seems natural to identify the decision of all political questions through the employment of judicial procedure with the ideal of the rule of law and to overlook that such an expansion into matters that are not justiciable can only damage adjudication. The consequence, as I have shown several times with respect to questions for constitutional as well as international law, would not be a juridification of politics but rather a politicization of adjudication.

Com o objetivo de afastar a burocracia e reforçar o poder de decisão, Schmitt se opunha ao normativismo de Kelsen, associando-o à derrocada do liberalismo na República de Weimar, denunciando justamente a ameaça às verdadeiras, necessárias e urgentes decisões políticas (PINTO, 2015, p. 116).

Assim, o guardião da constituição não poderia ser algo abstrato frente a perigos concretos, indicando mais uma crítica ao normativismo de Kelsen. Para Schmitt, o Estado não se reduziria ao ordenamento jurídico; pelo contrário, como já visto, em especial na condição do estado de exceção.

A necessidade de uma defesa concreta da constituição não poderia se basear em uma hierarquia de normas, e sim em decisões políticas essenciais, coordenadas através de um *pouvoir neutre*, revestido de atribuições especiais e com papel específico para intervenções (LORENZETTO, 2009). Este seria acionado somente em casos de emergência, agindo de maneira discreta, clara, objetiva e não intrusiva, um poder preservador (SCHMITT, 2015, p. 156).

Através dessa construção teórica, Schmitt, então, posiciona o chefe de Estado como representante desse poder neutro, justificando através da positivação do artigo 48 da Constituição de Weimar, como demonstrativo claro do presidente como um poder neutro capaz de manter o equilíbrio em momentos de crise.

Em seu entendimento, a posição do presidente do Reich, eleito pelo povo, é carregada de competências que o fazem independente das autoridades legislativas em certos aspectos. A doutrina jurídica deveria, portanto, balizar o desenvolvimento desse poder preservador, neutro, regulador, a fim de que a proteção da constituição seja efetivada quando necessário (SCHMITT, 2015, p. 157).

Um pouco mais de Schmitt: crise política e a “tentação hobbesiana”

Não podemos definir que a ascensão do nazismo se deu pelo pensamento de um só filósofo ou de um entendimento de guardião da constituição, mas por diversos fatores sobre os quais, ainda hoje, há controvérsia. Por outro lado, é impossível negar que a concepção de Schmitt apresentada no tópico anterior tenha sido um dos elementos de legitimação do regime nazista. Apesar disso, não se pode concluir que os estudos de Schmitt não tenham valor para reflexões atuais sobre o Estado democrático de direito. Ao contrário, sua pesquisa traz luz a uma série de conceitos na área da filosofia política,

sendo um marco em temas como o decisionismo político, estado de exceção, conceito de político de constituição, entre outros.

Após a exposição do debate sobre quem deveria ser o “guardião” da constituição feita nos tópicos anteriores, é essencial destacar alguns elementos do pensamento de Schmitt – em especial sua apropriação de Hobbes – para que, por fim, possa-se demarcar alguns pontos reflexivos para a atualidade no último tópico.

Schmitt não foi um simples teórico da exceção, mas alguém que viveu a excepcionalidade de direitos quando foi preso pelas Forças Aliadas em 1945. Não é demais ressaltar que o interesse de sua teoria, em diversas fases de seus escritos, estava em reforçar o papel da soberania estatal diante de um cenário de grave crise política e econômica, como apontado no tópico anterior. Sua concepção sobre o guarda da constituição parte, portanto, da compreensão de que o liberalismo estatal leva a um enfraquecimento da tomada de decisões políticas tão essencial em tempos de crise.

Contra a indecisão e eterno debate dos meios políticos liberais, é que Schmitt propõe que a marca da soberania está justamente no decisionismo (MACEDO JÚNIOR, 1997, p. 123), que é a antítese do que ele chama de “hamletismo” do liberalismo. Esse estado de indecisão (“hamletismo”, “ser ou não ser”), de indefinição sobre questões centrais, é causado pelo engrandecimento exagerado do Estado de direito que formaliza o interesse político humano em regras impessoais.

O Estado liberal tem íntima relação com a burocracia que, como descreve Weber, está baseada numa forma de organização social através de processos que buscam remover a irracionalidade e paixões pessoais em troca do formalismo dos processos de decisão, através de um “desencantamento do mundo”.¹⁰ A humanidade, por sua vez, não é “desencantada”, e a visão da soberania da regra legal enfraquece a decisão política do povo enquanto grupamento humano (STRONG, 2005, p. xxii).

Schmitt aponta, então, que a decisão política está relacionada com o conceito de soberania e identidade na democracia. Sobre o primeiro conceito, ele menciona que a soberania é a chave para a compreensão da política, sendo que soberana é a ação de um grupo que se identifica contra outro que não possui tais elementos identitários. Se a estética é definida pela distinção entre belo e feio, a política tem uma distinção própria, que é a categoria entre

¹⁰ Para uma compreensão mais ampla sobre todas as acepções desse conceito weberiano, cf. a obra de Antônio Flávio Pierucci (2003) sobre o tema.

amigos e inimigos (SCHMITT, 2008b, p. 27-29). Não se trata de uma questão de simples maldade contra outros humanos, mas de sobrevivência de um grupo politicamente diferenciado e identificado. A figura de um Estado vívido é justamente aquela na qual, através da sua soberania, consegue-se distinguir os que são seus inimigos. Sua força vem da neutralização da força de tais inimigos (SCHMITT, 1996b, p. 49).

A primeira oposição que se poderia fazer a tal concepção de soberania é que esta pode ser fonte de discriminação e diminuição de liberdades. Em relação aos direitos de liberdade numa democracia constitucional, para Schmitt, não se pressupõe que tais liberdades sejam uma carta branca para desobediência e declaração de guerra contra o Estado. Para ser protegida dentro do corpo político, uma liberdade deve pressupor a participação e limitação pelo próprio Estado (SCHMITT, 2008a, p. 207). Sendo assim, não se pode conceber a soberania com a existência, por exemplo, da condescendência para com um grupo declaradamente inimigo do Estado, mesmo que este alegue estar protegido pela liberdade de expressão.

O segundo conceito (identidade) está relacionado à forma de decisão política. Para Schmitt (2008a, p. 239, tradução e grifos nossos), em sua obra *Constitutional theory*, citando Rousseau:

Onde as pessoas como sujeitos do poder de constituição aparecem, a forma política do Estado se define pela ideia de uma *identidade*. A nação está lá. Não precisa e não pode ser *representado*. Essa é uma ideia que dá aos argumentos frequentemente repetidos de Rousseau (*Contrato social*, III, 15) sua irrefutabilidade democrática. (SCHMITT, 2008a, p. 239, tradução e grifo nosso).¹¹

A concepção de identidade entre o corpo de cidadãos e o seu líder gera uma concepção de poder político que vai além da representação democrática. O fim último da política deve ser – e aqui começa-se a apontar as ligações entre Schmitt e Hobbes – a autopreservação do corpo político através da promoção da segurança. “Para Hobbes, assim como para Schmitt, o fim supremo do direito e do maquinário estatal é seu próprio funcionamento

¹¹ Where the people as the subject of the constitution-making power appear, the political form of the state defines itself by the idea of an identity. The nation is there. It need not and cannot be represented. This is an idea that gives Rousseau’s oft-repeated arguments (*Contrat social*, III, 15) their democratic irrefutability

técnico eficaz e sem fissuras” (PIETRO, 2012, p. 124-125). A política não é um instrumento de representação de grupos fragmentados em busca de reconhecimento de direitos. Esse cenário é decorrência do liberalismo.

Como aponta Horst Bredekamp (1999, p. 255), a noção de identidade política de Schmitt tem íntima ligação com a descrição do corpo político na obra *O leviatã* (HOBBS, 1974, p. 59-61), mais especificamente em seu capítulo 17, para quem a identidade na política vai além da simples representação. Como descreve Hobbes (1974, p. 61), trata-se de um cenário no qual

todos submetendo assim suas vontades à vontade do representante, e suas decisões a sua decisão. Isto é mais do que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem.

Somente o poder político fruto da identidade é capaz de garantir a existência do corpo político. As vontades plurais e egoístas que constituem o estado de natureza é marcado, após o Contrato Social, por uma dinâmica em que se “possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade” (HOBBS, 1974, p. 61).

A decisão política – e não uma concepção de direito natural – é o elemento fundante do Estado. A desordem do estado de natureza é alterada por uma decisão política do corpo, não por uma ordem jurídica anterior. Schmitt tributa a Hobbes sua visão de que o liberalismo baseado em direitos naturais não explica a lógica da política, mas é o decisionismo político que antecede qualquer constructo jurídico (MACEDO JÚNIOR, 1997, p. 120).

O Estado moderno, burocrata, liberal, acabou transmigrando conceitos teológicos para a política asséptica, sem valores. Por isso que, na visão de Schmitt, a falta de uma figura que personifique a autoridade política faz com que os instrumentos de poder não consigam lidar com a crescente complexidade de interesses opostos.

Uma marca, então, da obra schmittiana, como a obra já citada *Teologia política* sugere, é a análise de modelos políticos através de conceitos teológicos, buscando inspiração, especialmente, no modelo católico de autoridade papal (SCHMITT, 1996a). Schmitt entende que o centro de poder que torna a igreja um só corpo é o fato de estar centrada em um só pastor. O papa, o vigário de Cristo, é quem identifica a igreja enquanto ordem diante da desordem da Terra. Ela seria um “*complexio oppositorum*,

conseguindo fazer frente às contradições da sociedade, adaptando-se ao longo do tempo” (ALVES; OLIVEIRA, 2012, p. 241-242).

Enquanto que para liberais deve-se – na esteira de John Locke (2014, p. 157-175) e sua concepção de desobediência civil – nutrir uma desconfiança do ente estatal, para Schmitt, com Hobbes, tal postura é totalmente oposta ao conceito de política. Como aponta John P. McCormick (2016, p. 270), além do elemento da personalização da identidade política (racionalidade católica apontada anteriormente), Schmitt critica o racionalismo liberal como algo que gera uma desconfiança da esfera política. Por isso a importância da restauração da concepção, quase mitológica, da identidade política numa pessoa digna de decidir. Afirma McCormick (2016, p. 270, tradução e grifo nossos) sobre esses dois pilares:

Eles [os liberais] insistem em que o Estado é governado por uma racionalidade econômica que postula um contrato social do qual as partes individuais podem desertar, mais ou menos por capricho. Ao contrário, Schmitt afirma que os sujeitos são amarrados com mais segurança ao Estado soberano por dois outros elementos que prevalecem na filosofia política hobbesiana: uma racionalidade jurídica quase católica, que torna o soberano uma pessoa representativa que equivale a algo muito mais qualitativo do que a soma total das vontades que o criaram ou capacitaram; e o elemento irracional do mito, que permite aos indivíduos perceberem-se como parte de uma coletividade com uma missão histórica ou providencial¹².

É a concepção de *soberania* e de *identidade* apresentadas até aqui que fundamentam a compreensão de Schmitt do soberano como guardião da constituição. Como apontado no tópico anterior, se existe uma identidade política, e esta se personaliza, é essa *voluntas* que antecede o direito. Para garantir, por conseguinte, a função básica de segurança e paz social é que

¹² They insist that the state is governed by an economic rationality that posits a social contract from which individual parties may defect, more or less at their whim. On the contrary, Schmitt asserts that subjects are tethered more securely to the sovereign state by two other elements that are prevalent in Hobbesian political philosophy: a quasi-Catholic juridical rationality that renders the sovereign a representative person who amounts to something much more qualitatively than the sum total of the wills that created or empowered him; and the irrational element of myth that allows individuals to perceive themselves to be part of a collectivity with a historical or providential mission.

Schmitt, assim como Hobbes, entende que o soberano está fora e acima da lei. Por isso, então, é que a constituição, e o próprio Estado, só se mantém através da decisão política soberana a qual pode determinar quando a própria constituição pode ser limitada, instaurando o estado de exceção.

É importante que se justifique aqui a razão de a presente reflexão se fixar mais em elementos da teoria de Schmitt do que sobre a contribuição de Kelsen no debate sobre o guardião da constituição. Não se quer dar aqui a impressão de que a perspectiva que confere à Suprema Corte cumprir a função de guardião seja isenta de críticas, como pode-se apreender do próximo tópico. Por outro lado, é extremamente importante apontar que a identificação de Hitler como o guardião da ordem jurídica alemã feita por Schmitt não foi algo automático e ingênuo. Nem sempre Schmitt foi o filósofo do Terceiro Reich. Para permanecer utilizando expressões teológicas, é que se escolheu a alcunha “tentação hobbesiana” como um dos fatores que podem ter levado Schmitt à “conversão” ao nazismo. Antes, porém, de se tratar desse percurso da desconfiança ao apoio ao regime de Hitler, é importante que se demonstre melhor o que se quer dizer com “tentação hobbesiana”.

Se a perspectiva hobbesiana, e consequentemente a de Schmitt, se restringisse à descrição do conceito de política, num âmbito fora da vida prática, não se poderia falar aqui em “tentação”, pois não haveria o perigo de identificação do soberano com alguma figura histórica. Acontece que se trata de uma teoria política normativa no sentido que estabelece da promoção da segurança e da coerção o fim maior do Estado, suas políticas públicas e regras legais. Para que tal estado de paz se concretize, é necessário que haja uma total obediência do cidadão ao coletivo. Enquanto a filosofia moderna de Descartes funda a chave da existência na racionalidade através da máxima “penso, logo existo”, Schmitt propõe que a política moderna seja guiada pelo princípio de “tenho proteção, logo obedeco” (MCCORMICK, 2016, p. 272).

A pergunta que surge é saber quais seriam os fundamentos de tal obediência. A linguagem hobbesiana não oferece razões para obedecer ao Estado além da garantia que este oferece de manutenção da ordem.

Por isso, caso alguém, egoisticamente, queira negar os termos do contrato social anteriormente aderido, Hobbes não tem outra solução a não ser o recurso à coerção. Para tanto, Hobbes, no capítulo 15 do *Leviatã*, apela ao poder coercitivo que obriga os indivíduos ao cumprimento de seus pactos. Ou seja, entende que o temor da punição deva ser maior que o benefício do não cumprimento contratual (HOBBES, 1974, p. 52-57).

Com efeito, como aponta Álvaro de Vita (2007, p. 123-124), a coesão social e a justiça para Hobbes possuem suas raízes somente na política. Já que, para ele, a injustiça é o não cumprimento contratual, não apresenta razões morais suficientes para convencer o cidadão de que deve cumprir os contratos. Na verdade, Hobbes não acredita que os cidadãos consigam conviver numa democracia representativa, através do compartilhamento de valores morais no campo político. Esse ceticismo na capacidade de laços morais entre cidadãos faz com que Hobbes tenha na administração do medo, no uso da coerção, o principal mecanismo de manutenção da ordem. É essa falta de fé nas capacidades humanas que se chama aqui de “tentação hobbesiana”.

A democracia, como se aponta no próximo tópico, pressupõe a *crença* de que os humanos são livres e iguais e de que são capazes de se governarem respeitando tal *status*, sem a necessidade de reconhecimento de um soberano fora ou acima do direito. Para Hobbes, não existem razões morais para se obedecer – como a ideia de que somos livres e iguais –, mas prima pela pura obediência como troca da segurança e da paz. Afirma Vita (2007, p. 124) que “Hobbes não diz que é racional ser moral (entendendo-se por isso a disposição de cumprir os próprios acordos e promessas); ele se limita a argumentar que é irracional a conduta injusta que vai de encontro à lei do soberano”.

A falta de fé na capacidade humana de viver em democracia representativa, juntamente com a necessidade de instauração de segurança e paz em tempos de grave crise econômica, institucional e política, levou Schmitt a desenvolver dois momentos na interpretação do já citado artigo 48 da Constituição de Weimar: num primeiro momento de desconfiança em relação ao movimento nazista; após, de apoio intelectual ao Terceiro Reich.

Schmitt, antes de aderir ao nazismo, em 1933, via tal movimento com desconfiança, assim como suspeitava, de igual modo, do comunismo. Uma concepção mais conservadora do artigo 48 foi vista por Schmitt como a chave da manutenção da própria constituição (MACEDO JÚNIOR, 1997, p. 133). Nesse momento, a teoria schmittiana já tinha no chefe do Executivo o protetor da Constituição de Weimar. Não se tratava, entretanto, de uma ditadura ilimitada, de um Estado absolutista, mas havia, nesse primeiro momento de Schmitt, um forte compromisso de manutenção da ordem constitucional de Weimar. Ele é claro em afirmar, sobre o artigo 48, que “está fora de questão, particularmente, que a

Constituição possa ser revogada através do artigo 48” (SCHMITT, 2011, p. 320, tradução nossa)¹³.

A preocupação em que o presidente do Reich estivesse dentro dos limites constitucionais nesse momento de seu pensamento é tão notória que ele chega afirmar que, uma vez instaurado o estado de exceção, a limitação de direitos deveria seguir a lista prevista no texto constitucional:

O texto do artigo 48, seção 2, então, fornece uma autorização geral para o presidente do Reich tomar as medidas necessárias, e uma autoridade específica para suspender certos direitos fundamentais enumerados. A limitação aplica-se apenas a esta autorização específica: se o presidente do Reich quiser suspender os direitos fundamentais, ele é limitado por essa enumeração. Segue-se que as restrições aplicadas pela interpretação predominante à seção 1 devem ser limitadas. *Toda tentativa de construir limitações legais a partir dessa enumeração, não apenas para suspensão, mas para ações que afetam todos os artigos constitucionais, à luz desse exame mais detalhado, é uma subreção* [isto é, usurpação, golpe] (SCHMITT, 2011, p. 306, tradução e grifos nossos).¹⁴

53

Acontece que os textos legais advindos do regime nazista basicamente realizaram o que Schmitt denunciou no excerto acima. Sem pretender ingressar numa análise histórica mais profunda, após a morte do presidente Hindenburg, em agosto de 1934, Hitler torna-se presidente e chanceler e, com isso, o Terceiro Reich é implantado. A ordem jurídica do novo regime, de cunho racista e totalitário, acabou quase que inutilizando a Constituição de Weimar.

Como apontam Adamo Alves e Marcelo Cattoni de Oliveira (2012, p. 259-260), após investigação bibliográfica da época, Schmitt passa a defender

¹³ “There is no question, in particular, that the constitution itself cannot be revoked by means of Article 48”.

¹⁴ “The text of Article 48, section 2 then provides a general authorization for the Reich president to take necessary measures, and a specific authority to suspend certain enumerated fundamental rights. The limitation applies only to that specific authorization: if the Reich president wants to suspend fundamental rights, he is limited by this enumeration. It follows that the restrictions applied by the prevailing interpretation to the whole of section 1, must themselves be limited. Every attempt to construct legal limitations from that enumeration, not only for suspension, but for actions affecting every constitutional article, in light of this closer examination is a subreption.”

o nazismo em revistas especializadas. Ele apontava, por exemplo, que as Leis de Nuremberg – que implantaram a ditadura racial ariana – eram a Constituição da Liberdade e que os judeus constituíam o inimigo substancial que colocava em risco a existência alemã.

Existe certa divergência entre autores especializados sobre quais seriam as razões de Schmitt para a adesão ao antisemitismo (ALVES; OLIVEIRA, 2012, p. 261). Ainda que por mera estratégia política ou puro preconceito, o fato é que os registros demonstram que a teoria do amigo/inimigo se concretizou em arianos/judeus e a personificação da identidade política teve em Hitler seu antítipo.

Constituição e crise: breve reflexão para a atualidade

É inegável que Schmitt, assim como Kelsen, figuram entre as principais referências da teoria política contemporânea. O debate sobre o guardião da constituição é necessário sempre que se apresentam tempos de crise política. Faz-se urgente refletir sobre tal debate para que, hodiernamente, possam-se extrair lições sem apelos maniqueístas que simplesmente demonizam Schmitt. Realmente é um mistério a capacidade humana de duvidar da própria humanidade de outros concidadãos em tempo de crise, a ponto de declarar e sustentar que a salvação estatal depende da inferiorização dos inimigos. Em tempos de crise, o estudo sobre a teoria e vida de Schmitt é essencial e vital.

Como afirmado anteriormente, não há espaço, num breve trabalho como este, para explorar todas as repercussões do debate Schmitt/Kelsen. A ideia de controle de constitucionalidade feita pelas supremas cortes ao redor do mundo, tributária aos escritos de Kelsen, sendo que este reinventou o modelo norte-americano, também possui desafios e perplexidades. Poder-se-ia apresentar diversas disputas teóricas que visam lidar com o problema da legitimidade democrática de uma suprema corte diante do seu papel de controle de constitucionalidade.

Um exemplo de reflexão do contexto brasileiro é feita por Conrado Hübner Mendes (2008). Inspirado no debate entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron sobre o papel da suprema corte no contexto de países da *common law* e na contribuição de autores brasileiros como Oscar Vilhena Vieira, Mendes realiza uma crítica pertinente ao Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro: o fato de a Suprema Corte aqui, além de realizar o papel

de legislador negativo (ao declarar leis inconstitucionais), também realiza o controle de emendas à constituição.

O desafio de países que adotam o sistema de jurisdição constitucional através do controle concentrado, como idealizou Kelsen, é lidar justamente com o problema da autoridade e com a decisão política, temas tão importantes da teoria schmittiana. Sobre o caso brasileiro (no qual o STF realiza controle de emendas à constituição) é essencial destacar a reflexão de Hübner no seguinte excerto:

O Poder Judiciário, de fato, é peça fundamental na redemocratização brasileira, ou em qualquer outra democracia. O STF, especialmente, transformou-se em importante arena de resolução de conflitos entre os principais atores políticos nacionais. *No entanto, na cadeia decisória, é necessário estabelecer uma autoridade última, sob a qual não caiba nenhuma revisão. Quando se dá ao Judiciário a possibilidade de controlar emendas, ele alça essa posição.* Nessa circunstância, ao contrário de contribuir para a democracia, ele sufoca a decisão tomada na principal arena deste regime. [...] É nesse sentido que se deveria entender a democracia constitucional: aplica-se um freio ao legislador majoritário e ordinário, mas a soberania permanece com o povo constituinte, aquele que deliberou no momento da fundação (MENDES, 2008, p. 184-185, grifos nossos).

55

O debate sobre o guardião da constituição é perene e essencial no contexto apresentado por Mendes acima exposto. Parece que é inescapável o fato de que a democracia tem dificuldades quando o assunto é decisão política. No caso brasileiro, se o povo, através dos seus representantes eleitos, quiser alterar os termos da constituição, podem ter um entrave no guardião STF. A pergunta clássica que surge é: Quem vigia o vigilante? Quem ou através de que procedimento deve-se dar a palavra final sobre questões políticas?

O presente trabalho não tem a mínima pretensão de solucionar tais problemas. O objetivo central é refletir principalmente sobre caminhos que não se deve tomar atualmente. Primeiro, não se deve, de forma maniqueísta, rejeitar o valor da contribuição de Schmitt e entender que a proposta de Kelsen triunfou e representa a melhor forma de decisão e manutenção da ordem constitucional. Mendes demonstra que é muito fácil desvirtuar a função de foro do princípio (Dworkin), de guardião dos direitos fundamentais, para um órgão que se arvora de “salvador” da constituição contra o próprio povo.

O segundo ponto de reflexão é, após falar de “tentação”, “teologia política”, “salvação”, apontar que a democracia exige um tipo de fé, de crença contrária ao ceticismo da “tentação hobbesiana”, principalmente para o Brasil, no qual se vive um clima de crise constitucional e de desconfiança da representatividade democrática e das instituições.

A palavra “democracia”, assim como qualquer palavra escrita, possui várias acepções e é especialmente ambígua. Como apontado no tópico anterior, é possível pensá-la como tendo por base o pressuposto de que as decisões estatais são tomadas por uma vontade que identifique a escolha política do povo tomado como uma unidade, de um lado; ou por representantes das mais diversas ramificações sociais que, em busca de consensos políticos, chegam a decisões, por outro.

Como assinala Jacques Derrida (2005, p. 103), ao analisar a palavra *phármakon* no diálogo *Fedro* de Platão, “a escritura e a fala são, pois, agora, dois tipos de rastros, dois valores do rastro”. A escrita é instrumento de comunicação, mas, sem “paternidade”, pode ser usada para fins diversos e, muitas vezes, contrários. Essa é justamente a questão da ideia de fármaco. A diferença entre a droga que salva e a que mata é justamente a dose, o meio-termo, a justeza. Entre o veneno e o remédio está a medida de humanidade. Mas o fato é que ambos (veneno e remédio) possuem o mesmo princípio ativo.

56

A concepção política hobbesiana de Schmitt deve ser encarada desta forma: ela possui o valor de esmiuçar conceitos difíceis, mas como um veneno não pode ser ministrado sob pena de morte do paciente, as concepções de Schmitt devem ser colocadas como um veneno perigoso, mas extremamente útil. Diversos autores, como o já citado Giorgio Agamben (2004), fizeram de Schmitt um interlocutor necessário. Matthew Specter (2016) coleciona essa influência de Schmitt em autores especialmente de matriz crítica, como Habermas.

Para Specter, a concepção de república de democracia procedimental de Habermas foi uma espécie de contrafação à teoria de Schmitt de uma nação homogênea. Não se trata, em Habermas, de uma homogeneidade mitológica, ancorada em uma consciência de seu passado, mas dialógica. Habermas desenvolve suas ideias através de “um engajamento com argumentos schmittianos que ele considerava uniformemente perigosos” (SPECTER, 2016, p. 437).

O caminho proposto por Habermas é de uma concepção de política inversa ao padrão de identificação entre os amigos e inimigos do Estado como forma de fortalecimento deste. Por mais que os sistemas vivos realizem essa

dinâmica imunológica de identificação e eliminação do “corpo estranho”, para posterior eliminação, as atrocidades do nazismo apontam para o caminho do dever ético-político de buscar, ao máximo, a “inclusão do outro” (HABERMAS, 2002).

Não se conhece uma forma perfeita de democracia. Acontece que, em tempos de crise social, econômica, política, a tendência é que ganhe força a “tentação hobbesiana” de que a salvação do Estado passa pela eliminação do inimigo essencial. Quando se trata de corpo social na realidade pós-reforma protestante – na qual a autoridade religiosa e a jurídica começaram a se desvencilhar progressivamente –, dois fatos são primordiais levantados por John Rawls: o fato do pluralismo e o fato da opressão.

Sobre o *fato do pluralismo*, Rawls (2005, p. xvi) entende que a sociedade contemporânea não é marcada somente por um pluralismo de doutrinas – filosóficas ou religiosas –, mas pelo fato de que tais doutrinas são eternamente incompatíveis. Por isso, propugna por um liberalismo político que não busque a uniformização totalitária dos cidadãos em todos os níveis (de crença, de filiação político-partidária), mas que se construam valores num nível político em que cada indivíduo ou associação, a partir de suas cosmovisões, possam apoiar, formando o que Rawls (2005, p. 38) denomina de *consenso sobreposto* (*overlapping consensus*).

O consenso político não deve ter abrangência religiosa ou moral abrangente, mas uma natureza moral e valorativa própria. Até porque quando se idealiza uma sociedade inteira compartilhando uma mesma doutrina abrangente, uma só cosmovisão, tal coesão só seria possível através de um poder opressivo de um Estado injusto, fato este que Rawls (2005, p. 37) denomina como o *fato da opressão*.

Essa concórdia democrática precisa estar ancorada na crença de que os cidadãos são livres e iguais principalmente na ideia de que não existe alguém iluminado capaz de “salvar” o corpo social. Existe uma linha perigosamente tênue entre a ideia de “guardião” da constituição e a de “salvador” da pátria. A “tentação hobbesiana” está em justamente igualar os dois. Foi essa a postura de Schmitt, descrita no tópico anterior.

A principal reflexão que se pretende no presente trabalho é demonstrar que o medo e a falta de esperança geradas por uma crise podem levar ao apoio de salvadores da pátria. Eles, para cumprirem sua missão, colocam-se acima (fora) do direito e, através da personificação da vontade política do povo, elegem inimigos primordiais que, uma vez eliminados, salvam o corpo político. Como sacramenta Bobbio (2002, p. 201, grifos nossos):

Para o crente, Cristo veio salvar o homem do pecado e da morte terrena, não para salvar o mundo, que não é o seu reino, o mundo com seus esplendores (o céu estrelado de que falava Kant) e com seus erros (os terremotos que engolem cidades inteiras, os vendavais que abatem indiferentemente plantas e casas). *Ao longo de toda a história que conhecemos, e por aquilo que até agora sabemos, o homem se salvou sozinho, quando se salvou, e se condenou sozinho, quando se condenou.*

Essa expressão de Bobbio – salvar-se sozinho – não implica na ideia de que o Estado, para ser democrático, deva exigir de seus cidadãos algum nível de ateísmo. Tal postura seria também uma forma de opressão sobre os que creem. Mas trata-se de um apelo para que não se conceda poderes políticos àqueles que prometam que salvarão a coletividade e que, para cumprir tal fim, precisam fazer uso da violência restauradora¹⁵ através da revogação da constituição ou da sua inutilização por atos ou leis contrários, por exemplo, às liberdades básicas de crença e de expressão.

58

Contra a “tentação hobbesiana”, que é um ceticismo sobre a capacidade humana de gerir seus problemas políticos sem a figura do poder suprajurídico, propõe-se que, por mais que sejam necessários guardiões da constituição, que estes não se autoproclamem “salvadores da pátria”. Salvar-se por si só, como afirmado, parece uma postura ateísta, mas trata-se do maior ato de fé que se pode vislumbrar na esfera política: o da negação da própria política enquanto meio de redenção, mas como meio de gestão das diferenças crendo que é possível discordar e conviver.

Política como redenção resulta, inexoravelmente, numa busca de identificação dos amigos e rejeição dos inimigos. Política como gestão pressupõe a adoção de uma postura de tolerância, daquilo que Thomas Scanlon (2003, p. 189) chama de *espírito de acomodação*. Isto é, por mais que um grupo minoritário não consiga ter reconhecido juridicamente suas visões sobre o mundo, estes não podem ser privados, num nível constitucional, de direitos básicos como o voto, acesso a cargos públicos, liberdade de expressão, direitos sociais, entre outros.

¹⁵ O estudo sobre a violência e salvação do corpo político foi uma das principais contribuições de Walter Benjamim, com quem Schmitt também dialogou. Para uma apresentação de tal diálogo, cf. o artigo de Saul Kirschbaum (2002). Por questões de limitações de espaço, não se pode aprofundar a relação entre violência e restauração do corpo político.

A força da política, segundo o autor de *Teologia política*, está na diminuição dos inimigos e fortalecimento dos amigos. A democracia atual precisa, então, da “teologia antipolítica” cravada na frase de alguém que foi uma vez considerado o inimigo exemplar dos judeus: “Digo-vos, porém, a vós outros que me ouvís: amai os vossos inimigos, fazei o bem aos que vos odeiam” (Lucas 6:27).

Considerações finais

O presente capítulo buscou abordar criticamente o debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre a questão de quem deveria ser considerado o guardião da constituição. O objetivo central não foi traçar e aprofundar fatos históricos, muito menos declarar um vencedor em tal debate. Buscou-se realizar uma breve reflexão para a atualidade brasileira que se encontra, por mais que de forma mais suavizada do que a Alemanha durante a Constituição de Weimar, inserta em crise das instituições democráticas, no relacionamento entre poderes estatais, e de uma forte desconfiança popular quanto à representatividade dos parlamentares.

59

Buscando escapar do maniqueísmo de demonizar Schmitt e recepcionar acriticamente a ideia de controle de constitucionalidade concentrada na Suprema Corte de Kelsen, tentou-se extrair a essência do conceito de política em tal debate. Ambas as visões possuem vicissitudes. A proposta liberal de Kelsen tem que lidar com o problema da decisão política e da autoridade final na democracia, ou seja, qual o limite do controle de constitucionalidade que não cerceie a titularidade do poder constituinte do povo.

Já a proposta de Schmitt foi alvo de maior atenção (dois tópicos) por ter sido, no momento da ascensão do Terceiro Reich, a visão com maior prestígio. Somente por tal fato é que o estudo sobre a teoria e vida de Schmitt é essencial e vital.

A palavra “vital” é utilizada justamente porque, assim como os remédios e venenos – que possuem o mesmo princípio ativo – podem salvar a vida ou levar à morte, a concepção hobbesiana de Schmitt encontrou no *Führer* aquele que personificou a identidade política do povo. Ele passou a ser considerado o verdadeiro guardião não só da ordem constitucional, mas da própria nação alemã através da ocupação do conhecido “espaço vital”. Ocorre que a salvação da nação levou à morte os inimigos, os indesejáveis.

O episódio histórico do totalitarismo nazista e da visão política de Schmitt devem ser o “veneno” necessário para a cura do que se chamou aqui da “tentação hobbesiana”. Deve-se desconfiar de qualquer movimento ou líder que prometa salvar a pátria através de movimentos políticos que mitiguem ou tornem ineficazes garantias constitucionais. A política não deve ser vista como meio de redenção, mas de gestão de diferenças e pluralismos que jamais deixarão de existir.

Referências

AGAMBEN, G. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEMANHA. **Weimar Constitution**. Disponível em: < https://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php#Third%20Chapter>. Acesso em: 25 abr. 2019.

ALMEIDA, Â. M. **A República de Weimar e a ascensão do nazismo**. São Paulo: Brasiliense, 1987.

ALVES, A. D.; OLIVEIRA, M. A. C. Carl Schmitt: um teórico da exceção sob o estado de exceção. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 105, p. 225-276. Disponível em: <http://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/P.00347191.2012v105p225/187>. Acesso em: 6 jun. 2019.

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERCOVICI, G. **Entre o estado total e o estado social: atualidade do debate sobre Direito, Estado e economia na República de Weimar**. Tese (Livre-docência em Direito). São Paulo, Universidade de São Paulo, 2003.

BREDEKAMP, H. From Walter Benjamin to Carl Schmitt, via Thomas Hobbes. **Critical Inquiry**, n. 25, p. 247-266, 1999.

DERRIDA, J. **A farmácia de Platão**. São Paulo: Iluminuras, 2005.

FURLAN, F. F. O guardião da constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, v. 10, n.

39, p. 127-146, 2010. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/291>>. Acesso em: 28 ab. 2019.

HABERMAS, J. **A inclusão do outro**. São Paulo: Loyola, 2002.

HOBBS, T. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

KELSEN, H. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

KELSEN, H. **Pure theory of law**. Berkeley: University of California Press, 1967.

KELSEN, H. The nature and development of constitutional adjudication. In: VINX, L. (Org.). **The guardian of the constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law**. Cambridge: University Printing House, 2015. p. 22-78.

KELSEN, H. Who ought to be the guardian of the Constitution? In: VINX, L. (Org.). **The guardian of the constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law**. Cambridge: University Printing House, 2015. p. 174-221.

KIRSCHBAUM, S. Carl Schmitt e Walter Benjamin. **Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade**, n. 8, p. 61-84, 2002. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.2318-9800.v0i8p61-84>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

LOCKE, J. **Segundo tratado sobre o governo civil**. São Paulo: Edipro, 2014.

LORENZETTO, B M. O debate entre Kelsen e Schmitt sobre o Guardião da Constituição. In: Congresso Nacional do CONPEDI, XVIII, São Paulo, 2009. **Anais**, p. 1.924-1.944, 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2236.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2019.

MACEDO JUNIOR, R. P. Constituição, soberania e ditadura em Carl Schmitt. **Lua Nova**, n. 42, p. 119-144, 1997. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451997000300005>>. Acesso em: 5 jun. 2019.

MCCORMICK, J. P. Teaching in Vain: Carl Schmitt, Thomas Hobbes, and the theory of the sovereign state. In: MEIERHENRICH, J.; SIMONS, O. (Orgs.). **The Oxford handbook of Carl Schmitt**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

MENDES, C. H. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

PIERUCCI, A. F. **O desencantamento do mundo**: todos os passos do conceito em Max Weber. São Paulo: Editora 34, 2003.

PIETRO, E. Poder, soberania e exceção: uma leitura de Carl Schmitt. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 105, p. 101-150, 2012. Disponível em: <<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/P.0034-7191.2012v105p101>>. Acesso em: 9 jun. 2019.

PINTO, R. B. Carl Schmitt X Hans Kelsen: defensor ou senhor da constituição? **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, v. 60, n. 3, p. 103-136, 2015. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/42346>>. Acesso em: 29 mai. 2019.

RAWLS, J. **Political Liberalism**. Nova York: Columbia University Press, 2005.

SARLET, I.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SCANLON, T. M. **The difficulty of tolerance**: essays in political philosophy. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SCHMITT, C. **Constitutional theory**. Durham, North Carolina: Duke University Press, 2008a.

SCHMITT, C. **O conceito do político**: teoria do partisan. Belo Horizonte: Del Rey, 2008b.

SCHMITT, C. **Political theology**: four chapters on the concept of sovereignty. Chicago: University of Chicago Press, 1985.

SCHMITT, C. **Roman Catholicism and political form**. Westpoint, Connecticut: Greenwood Press, 1996b

SCHMITT, C. The dictatorship of the reich president according to art. 48 of the reich constitution. **Constellations**, v. 18, n. 3, p. 299-323, 2011.

SCHMITT, C. The guardian of the constitution. IN: VINX, Lars (Org.). **The guardian of the constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law**. Cambridge: University Printing House, 2015. p. 79-173.

SCHMITT, C. **The Leviathan in state theory on Thomas Hobbes: meaning and failure of a political symbol**. Westpoint, Connecticut: Greenwood Press, 1996b.

SPECTER, M. G. What's "left" in Schmitt? From aversion to appropriation in contemporary political theory. In: MEIERHENRICH, J; SIMONS, O. (Orgs.). **The Oxford handbook of Carl Schmitt**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

STRONG, T. B. Foreword. In: SCHMITT, Carl. **Political theology: four chapters on the concept of sovereignty**. Chicago: University of Chicago Press, 2005.

63

VINX, L. **The guardian of the constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law**. Cambridge: University Printing House, 2015.

VITA, Á. **A justiça igualitária e seus críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Democracia econômica e suas bases estruturantes

Filipe Piazzini Mariano da Silva¹
Rafael Fernando dos Santos²

Introdução

Os ciclos históricos e a ciranda da vida, de tempos em tempos, cuidam de reacender debates e pautar questões que a fluência da civilidade humana e o avanço do movimento constitucional pareciam ter superado ou, quando menos, deveriam ter superado. Trata-se de uma engrenagem dialética da dinâmica das relações de poder e tempos presentes de dissensões em relação às formas de governo, nos quais o maniqueísmo e a polarização política “impõem” rejeição e depreciação a tudo quanto seja diverso do ponto de vista comungado. Diante disso, é imperioso considerar que o modelo democrático ainda permanece, ao menos em seu valor teórico, como instrumento de aproximação e organização social, valendo-se de estruturas destinadas a promoção da igualdade e da liberdade.

¹ Doutorando e mestre em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie, especialista em Direito Tributário pela mesma instituição. Coordenador e professor do Curso de Direito no Centro Universitário Adventista de São Paulo, campus Engenheiro Coelho (Unasp-EC).

² Advogado. Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Professor de Direito Tributário do Curso de Direito no Centro Universitário Adventista de São Paulo (Unasp-EC).

O ponto central de reflexão é a necessidade de se tratar de uma democracia econômica se dá justamente ante a constatação de que as ditas premissas democráticas – *igualdade e liberdade* – não se encontram limitadas ao contorno de representação política da sociedade. Esse fato revela uma igualdade meramente formal e promotora de um nivelamento da condição jurídica sem, contudo, ser transposta para além dos limites retóricos, dificultando inclusive a sua concretude. Em verdade, resulta mesmo deletério às pretensões de um constitucionalismo sadio um panorama democrático formado por grandes disfunções sociais, porque consagra em si mesmo o descrédito das premissas de igualdade e liberdade que tenham sido fincadas em bases normativas.

As indagações são, portanto, intuitivas: Como entender a igualdade apreendida democraticamente quando, no contexto social, impera a desigualdade? É a igualdade formal, destinada quase que exclusivamente ao sufrágio universal, capaz de representar igualdade social? Essas indagações, ou melhor, a tentativa de resposta a elas, promovem a conclusão de que os valores democráticos, quase sempre destinados a tratar das questões políticas e seus efeitos jurídico-formais, devem ser difundidos também à luz da concretude econômica. Tal concretude irrompe como instrumento capaz de reverter o formalismo em realidade e, conseqüentemente, fortalecendo o modelo democrático.

Assim, a compreensão dos comandos estabelecidos no bojo da ordem econômica no modelo constitucional de um Estado deve possibilitar a identificação do seu caráter diretivo e perfeitamente capaz de revelar o anseio constitucional para a formação de uma democracia econômica. Tal democracia, por sua vez, se baseia na promoção da tutelada existência digna segundo os ditames da justiça social. Tais considerações são ainda mais oportunas por ocasião da celebração do centenário da Constituição de Weimar, permitindo que esta reflexão coincida, em apanágio desse modelo constitucional pretendido, de uma *democracia econômica*. Essas constituem as mesmas bases do movimento de fortalecimento do constitucionalismo havido com a Constituição de Weimar, que revela um verdadeiro salto qualitativo na estruturação e fortalecimento de um Estado Social, em verdadeira superação do modelo liberal e as inegáveis crises havidas dele.

Democracia

Aristóteles consagrou a famosa *frase-conceito* de que todo homem é um ser essencialmente político, não levando em consideração o grau ou o campo

de sua atuação, sendo a política exercida em todos os sentidos da existência humana. É nesse contexto generalista que se desenvolve o espectro social humano, desde os modelos mais centralizados e autoritários até as estruturas que permitem diversificados graus de representatividade e participação, restando para ambas os seus devidos custos sociais. Surge, então, o que se entende por democracia, modelo político no qual os rumos de determinada sociedade são definidos de forma compartilhada entre todos os elementos que a compõe. Assim, se desenvolve o traço democrático.

Retomando, ainda que de maneira sintetizada, os conceitos centrais desse modelo, tem-se que, no aspecto conceitual e epistemológico, a palavra democracia, de origem grega, indica um governo que seja do povo³ ou, nas celebradas palavras de Abraham Lincoln,⁴ um “governo do povo, pelo povo e para o povo”. Isso significa que, em sua acepção teórica, passa por sua capacidade de se autogovernar pelo comando da maioria,⁵ tendo como objetivo a busca pelo bem comum. Tal fato, por si só, considera a supremacia do interesse público sobre o privado e se realiza em um contexto participativo e fiscalizatório, que terá por propósito o atendimento àqueles a quem se representa.

Estruturalmente, e em relação aos valores e princípios ditos democráticos, os tópicos a serem pinçados se relacionam com a compreensão de que a decisão da maioria é soberana. Estabelecem também que todos possuem igualdade perante a lei; que haverá livre-arbítrio de escolha, voto, consciência, pensamento, etc. Esses elementos, dirigidos pelos princípios consagradores da soberania, impõem que a vontade da maioria prevaleça, bem como a participação direta ou indireta, com o qual o titular do poder decide, direta ou indiretamente, os rumos da sociedade.

Centralizado a tudo isso encontra-se o elemento “povo”, razão da existência do modelo democrático, do qual emerge o poder político e para onde se direciona. Olvidar essa circunstância é o mesmo que negar a própria existência da democracia, uma vez que não se produz um modelo democrático, ou assim não se deveria denominá-lo, que não seja oriundo e destinado ao povo.

³ Do grego, *demos* (povo) + *kratia* ou *kratos* (governo).

⁴ Abraham Lincoln foi o 16º presidente dos Estados Unidos da América.

⁵ É importante esclarecer que o comando da maioria não será traduzido como ditadura desta sobre as minorias. Pelo contrário, uma estrutura democrática, muito embora centrada no mencionado valor, deve prestigiar e abranger a maioria em sua coordenação, sob pena de fugir aos seus propósitos.

Vai daí a importância de que o modelo de participação coletiva não tenha como propósito o sufocamento das minorias vencidas, mas alcance-as de maneira a atendê-las dentro das suas possibilidades, respeitadas as decisões tomadas pela maioria. É, portanto, a democracia uma forma de regime político que admite a participação direta ou indireta da população no processo decisório, bem como a sua influência na gestão do Estado, o qual encontra-se consubstanciado em princípios e valores indispensáveis ao seu correto funcionamento.

Outro valor indispensável à consideração na estrutura de um modelo democrático de governo é a noção de território,⁶ pois se trata do ambiente no qual se desenvolverá o modelo de governo participativo. Isso implica na necessidade de ser considerada a multiplicidade e diversidade de correntes havidas, que, a par das linhas descritivas do modelo democrático, merecem ser compreendidas e, na medida do possível, harmonizadas. Tem-se, com isso, a intenção de se fortalecer a estrutura de comando estabelecida, em total prestígio aos princípios e fundamentos próprios da estrutura democrática.

68

Uma decorrência óbvia da estruturação democrática até aqui apresentada⁷ é o surgimento do eixo político como elemento unificador do cenário de diversidade e multiplicidade de pensamentos que abriga o território. Tal eixo será utilizado para promover a unidade das ações em atos importantes e que tenham como objetivo manter os habitantes do respectivo território em harmonia social. Em outras palavras, na estrutura democrática, na qual a participação e a soberania popular são centrais, a unidade de um território abarcado pela inafastável diversidade somente se faz por meio da política.

Por essa razão, a estrutura democrática, aqui fundamentada pela soberania popular, deve ser considerada a partir de instrumentos que possibilitem ao povo – seu titular – o seu exercício. Não bastando possibilitá-lo à escolha de seus representantes, mas é necessário que este seja participante das decisões também de maneira direta. Isso se vê, por exemplo, no

⁶ O elemento território, utilizado como identificação entre o homem e determinada sociedade, é de crucial importância para o correto desenvolvimento de um Estado democrático. Isso porque sua relevância não se dá apenas pelos contornos geográficos, mas sim sociais-demográficos.

⁷ Com estrutura principiológica; o povo como elemento e o território em consideração.

plebiscito, referendo e iniciativa popular,⁸ nos quais a política novamente atua como instrumento harmonização desse processo.

Aprofundando ainda mais o conceito, deve-se considerar a teoria fixada por Hermann Heller (2001, p. 199-211). Segundo esse autor, a unidade de decisão sobre um território é o que permite a compreensão da essência da política como o equilíbrio dialético de uma multiplicidade e de uma diversidade infinita de ações sociais – que são implantadas em todas as direções – com a finalidade de formar uma unidade organizadora e organizada.

É nessa esteira, então, que se passa a compreender que a política, tida como o instrumento de promoção da unidade no território democrático, se aperfeiçoa quando se une a um comando central. Tal comando, por sua vez, se compreende como Estado, encarregado de estabelecer medidas capazes de preservar a unidade alcançada pela política.

O Estado, assim, possui o papel de indicação e preservação da unidade em determinado território, sendo primordial não só à preservação da sociedade a que se destina, mas sobretudo à existência do próprio homem, um ser social como forma de autopreservação. Logo, toda política consiste na organização e na manutenção dessa unidade social sobre determinado território, a qual se dá pela atuação do Estado em seu favor.

Não é por outra razão que a política pode ser compreendida como inerente ao homem em sociedade, já que aperfeiçoa suas necessidades e anseios, inclusive, como fator de sobrevivência. Tem-se assim, que a necessidade de unidade no processo político torna-se indispensável quando se identifica a expansão da civilização e da divisão do trabalho, sendo que as relações se tornam muito mais complexas e carregam como consequência a necessidade de ordem política, oriunda de um comando central. Esse comando é aqui entendido como Estado, o qual possui competências cada dia mais abrangentes e necessárias à existência social, já que toda política consiste na organização e na manutenção dessa unidade (HELLER, 2001, p. 199-211).

É novamente no cenário de multiplicidade e diversidade que se instala o desafio do eixo político do modelo democrático, o qual lança ao Estado – órgão que deve atuar na promoção da unidade – a incumbência de trazer pacificação e igualdade dentro de relações aparentemente desiguais. É justamente na busca de tais propósitos que se divide a teoria relacionada ao

⁸ No Brasil, tais comandos encontram-se previstos no artigo 14, incisos I a III da Constituição da República e regulamentados pela Lei nº 9.709/98.

tema, uma vez que diferentes são os entendimentos em torno dos mecanismos disponíveis para a consecução desses objetivos.

Instala-se, nesse contexto, relevante debate em relação à teoria encampada por Carl Schmitt (1993, p. 223, 226-228 *apud* BERCOVICI, 2005) e divergida por Hermann Heller. Schmitt entende que a unidade da estrutura democrática social é conquistada a alto custo, motivo pelo qual a sua manutenção estará condicionada à teoria que nomeou como “amigo/inimigo”.

Com essa premissa, ele defende que uma sociedade que não se encontra disposta a eliminar o perturbador, interno ou externo, da sua unidade, está basicamente negando a política. Em outras palavras, um Estado que não se encontra disposto a reagir fortemente contra os que abalem a sua unidade estará fadado à autodestruição, pois não haveria de se conceber um modelo democrático que não prestigie, a todo custo, a unidade territorial e social.

Destaca-se ainda do pensamento de Schmitt que, para ele, a igualdade substancial deve ser preservada em relação à liberdade, sendo a igualdade democrática discriminatória a ponto de esclarecer quem são os inimigos da unidade territorial. Esse ponto, por óbvio, possui traços de repudia aos “diferentes”, não obstante tenha sido negada, é salutar destacar que o próprio autor encampa a teoria que relaciona homogeneidade social com pureza racial (SCHMITT, 1993, p. 223, 226-228 *apud* BERCOVICI, 2005).

Esse, contudo, não é o entendimento de Hermann Heller (2001, p. 199-211) sobre o tema, segundo o qual a distinção “amigo/inimigo” de Schmitt é circular na medida em que adota um discurso político como justificativa. No entanto, suas medidas em nada guardam relação com o conceito de política; pelo contrário, a ele se antagoniza. A razão disso é que a máxima de “*meus amigos são seus amigos e seus inimigos devem ser meus inimigos*” não considera a esfera da formação da unidade, dentro do Estado, como sendo político, isto é, harmonizador.

Não só por isso, acompanhando Hermann Heller (2001, p. 199-211), entende-se que a partir da conjectura social e global em que os Estados atualmente encontram-se imersos, seria temerária a adoção de postura semelhante à defendida por Carl Schmitt. Seu entendimento desconsidera os elementos diplomáticos e amistosos que, essencialmente, estão afetos à política, sendo que sua concepção vem de *cortesia* (*polis*) e não de *guerra* (*polemos*), não obstante a origem comum da raiz linguística dos dois termos.

Ademais, como já se afirmou anteriormente, o processo dinâmico da sociedade atual imprime ao Estado, por meio da política, a necessidade de uma atuação mais eficaz como um instrumento de produção de unidade na

multiplicidade de seus elementos. Tal operação, à luz da teoria estabelecida por Carl Schmitt, não se demonstra razoavelmente sustentável tanto no aspecto social, mas sobretudo no campo econômico.

Entende-se que a política é instrumento necessário ao Estado para que, ocupado do papel central de formação e manutenção da unidade, promova e preserve a harmonia social. Portanto, negá-la, no tocante à sua essência, corresponde, ao contrário do que defende Carl Schmitt, à autodestruição não só da sociedade, mas da própria vida humana, como já defendido acima.

Suponhamos, no entanto, que fosse possível realmente trazer todas as ações políticas para a distinção “amigo/inimigo”. Assim, o inimigo viria a significar aqui “*na sua própria existência e, em um sentido particularmente forte, esse outro ser estrangeiro*” que deve ser repellido ou combatido e, eventualmente, aniquilado para preservar o modo de vida de acordo com nosso próprio ser. Somente assim, portanto, o nascimento e a existência de unidade política seria algo eminentemente apolítico (HELLER, 2001, p. 199-211).

Portanto, se em um modelo de Estado democrático, no qual o poder pertença ao povo e deva ser exercido por esse, a democracia deve ser um sistema de unificação de vontades e de prestígio às igualdades. Por essa razão, todo representante democrático deve sempre ser nomeado e demitido direta ou indiretamente pelo povo, e a ele e à sua vontade permanece legalmente vinculado, não obstante a autonomia de seu poder de decisão representativa.

71

Democracia política e homogeneidade social

Intrínseco ao conceito de democracia fixado acima, tem-se o valor da igualdade como indispensável à consecução do modelo democrático aplicado. Afinal, é ele que confere ressonância de suas ações, uma vez que considera cada um dos elementos envolvidos socialmente iguais entre si, sem que haja distinção formal com relação aos seus anseios perante o modo de governo.

Contudo, é imperioso considerar que, para a ocorrência plena dos anseios democráticos, outros fatores devem ser considerados além da igualdade formal que se busca prestigiar. De outra forma, se anularia o real sentido da sua existência, já que a ideia de igualdade está intrinsecamente relacionada ao conceito de democracia moderna (BERCOVICI, 2005, p. 2-14).

Por essa razão, é igualmente necessária a fluidez da estrutura democrática, a homogeneidade social que deve ser perseguida pelo Estado. Considerando-se que o modelo democrático pende de uma unidade política que deve ser estruturada das camadas mais baixas até as camadas mais altas da sociedade, deve existir um determinado grau de homogeneidade social dentro de tal conformação. Só isso é capaz de possibilitar a formação da unidade política em um ambiente cada vez mais caracterizado pela multiplicidade de pensamento.

Por isso, a efetividade, desde as menores até as maiores decisões em torno da representatividade, pende de um certo grau de homogeneidade social que consequentemente implicará em maior estabilidade do cargo dos representantes. Esse, por exemplo, tem sido um dos problemas experimentados pelo Brasil em sua estrutura política, que, diante das suas diversas desigualdades sociais, tem enfrentado grande turbulência no tocante ao seu sistema democrático, que, como consequência, desestabilizam os seus representantes.

Para Hermann Heller (2001, p. 199-211), a difícil entrega dos governos de coalizão, sua curta duração, assim como sua falta de eficácia, são os sintomas mais evidentes de uma homogeneidade social insuficiente e, portanto, sinais de crise muito preocupantes nos modelos democráticos. No entanto, ele ressalta também que a homogeneidade social não pode nunca significar a abolição da estrutura necessariamente antagônica da sociedade. Uma comunidade pacífica e sem oposições, uma sociedade sem dominação, pode fazer sentido no plano espiritual, mas como objetivo político constitui uma desnaturalização tanto da esfera religiosa quanto da esfera política.

A afirmação acima, contudo, não encerra as compreensões necessárias. Em vez disso, ela objetiva justamente, dentro das linhas pragmáticas a que se destina, a estabelecer conexão com um nível de homogeneidade que vá de encontro com estruturas que, no âmbito do cotidiano, impliquem em gritante ou antagônica falta de homogeneidade social.

Logo, a homogeneidade social, atuando como instrumento de validação e efetivação da democracia, deve ser sempre posta no contexto de que diversas camadas da sociedade, distintas entre si, encontram-se conectadas por um senso comunitário e comum, capaz de prescindir das diferenças naturais havidas entre essas.

Tomando como exemplo o Brasil, são indiscutíveis os avanços em relação à busca da homogeneidade no campo político, considerado o plano jurídico-formal. Introduziu-se o sufrágio universal em repulsa ao voto anteriormente censitário. Além disso, adotou-se diversas medidas que possibilitaram

o exercício da capacidade passiva eleitoral indistintamente, utilizando-se a democracia política com o objetivo de oferecer a cada um dos membros do Estado a igualdade de oportunidades para influenciar a organização da unidade política através da nomeação de representantes.

Entretanto, ao se pontuar a igualdade formal atingida no âmbito jurídico-formal da política, que possibilitou a todos os mesmos acessos no processo democrático, é que se vai notar barreiras formadas pela ausência de homogeneidade social. Essa situação pode resultar em desigualdade ainda mais radical, servindo a democracia meramente formal em uma forma de ditadura da classe dominante.

Consideremos, por exemplo, que o proletariado tome conhecimento dessa discrepância e, saiba, além disso, que não só todas as rodas das fábricas, mas também todas as rodas do Estado param se o seu braço quiser. Nesse caso, ele só respeitará a forma democrática da luta das classes em duas condições: se ela lhe garantir certas perspectivas de sucesso ou se o proletariado for capaz de descobrir um fundamento espiritual-moral e uma necessidade histórica para a atual situação das relações de poder (HELLER, 2001, p. 199-211).

Concordando com a premissa estabelecida por Heller de que a democracia política formal é capaz de produzir efeitos catastróficos em um ambiente de ausência de homogeneidade social, discorda-se apenas no tocante às condições em que a classe dominada se sujeitaria a essa. Isso porque, na constatação com relação à desigualdade entre as classes, entende-se que não haveria condição espiritual ou moral capaz de ensejar a sujeição desta para com aquela que não passasse necessariamente pela equalização das possibilidades cotidianas.

Nesse ponto, parece acertado concluir que a ameaça que corre a democracia política pela disparidade econômica das classes pode ser atenuada – embora nunca definitivamente – por uma homogeneidade das convenções em uso na vida cotidiana, como é o caso, em certa medida, na Suíça e nos Estados Unidos.⁹

⁹ “Nos Estados Unidos, a igualdade política está intimamente relacionada à ideia de freedom from desperate conditions, ou seja, ninguém pode ser privado de proteção, alimentação ou saúde, pois estaria sendo privado da sua própria cidadania. Embora não se defenda a igualdade econômica, a igualdade de oportunidades (rouger equality of opportunity) deve ser garantida pelo Governo, especialmente no setor da educação, fundamental para a formação dos cidadãos em uma democracia deliberativa.” Cf. Sunstein (1997, p. 137-140 apud BERCOVICI, 2005).

Assim, quanto mais as relações no cotidiano enfatizam as diferenças econômicas, como na educação e no acesso aos bens de consumo, tais como vestuário e alimentação, mais deficitária se torna a homogeneidade social e, como consequência, a democracia e a política que utiliza para formação de unidade. Em outras palavras, não há como almejar da política e do Estado a atuação como um instrumento de formação de unidade, sem que antes se resolva a ausência de homogeneidade social, a qual será cada vez mais atenuada quando o acesso aos frutos da vida cotidiana for cada vez mais igualitário.

É importante ressaltar que o que se defende não é a criminalização dos lucros e da utilização da propriedade privada com liberdade, inclusive por serem esses valores inerentes ao modelo econômico capitalista. No entanto, o que se prega é a elevação das condições gerais, de modo que ao abastado não haja grandes distinções entre o que ele, com seus recursos, possa ter acesso, como ao outro, não tão bem estabelecido economicamente.

Relacionando a definição já consagrada por Celso Furtado (1992, p. 38), verifica-se que o conceito de homogeneização social não toca, necessariamente, à uniformização dos padrões de vida. Antes disso, diz respeito aos membros de uma sociedade, que satisfazem de forma apropriada às necessidades de alimentação, vestuário, moradia, acesso à educação e ao lazer e a um mínimo de bens culturais. Isto é, o que se defende pelo nivelamento das condições da vida cotidiana como forma de efetivação democrática é a elevação das condições gerais de vida, e não o rebaixamento para nivelar por baixo.

Enquanto se achar normal que uns estudem em estruturas refrigeradas e com acesso às atuais e avançadas tecnologias, enquanto outros nem sequer têm um teto para se abrigarem do sol ou uma cadeira para sentar enquanto estudam, cada vez mais distante se estará da homogeneidade social, instrumento, esse sim, capaz provocar unidade política desde as esferas mais baixas até as mais altas, como já ressaltado.

Destaca-se ainda, no contexto de uma homogeneidade social levada a efeito em bases de uma democracia econômica, as disparidades antropológicas entre brancos e negros, bem como entre proletariado e empresariado, nas quais a defesa de uma inferioridade original não pode passar despercebidamente pelo Estado. Tal é um comportamento totalmente adverso aos seus objetivos, competindo a esse incluir respectiva luta no âmbito de equalização da vida cotidiana, utilizando-se, portanto, de instrumentos, além da política, para preservação social.

Nesse sentido, porém, Heller adverte no tocante ao uso da religião para fins meramente políticos, uma vez que é notório o poder desta em provocar a consciência e o sentimento de comunidade entre os cidadãos, integrando classes sob um mesmo propósito e provocando homogeneidade. Entretanto, quando viciada e inescrupulosa, a sua utilização se transforma para fins políticos, pois retira do povo o fenômeno religioso e subjuga a fé, valor tão defeso socialmente, a interesses privados, revelando-se uma blasfêmia religiosa e uma estupidez política.

Portanto, a busca pela homogeneidade social é um elemento a ser perseguido democraticamente, pois é a partir dela que os valores igualitários que permeiam o senso democrático passam a existir. Esses valores não estão restritos apenas a uma igualdade jurídico-formal dirigida ao aspecto político, devendo, assim, surtir os seus efeitos aos demais ramos da vida civil, equalizando a vida cotidiana da sociedade e provocando uma conformação democrática mais consolidada e estruturada. Por essa razão, se defende, e por aí caminham as considerações aqui propostas, a expansão da democracia para além dos rincões da esfera política. Sob tal seara, a igualdade que perpassa os valores democráticos resultará aplicada apenas no aspecto formal.

No entanto, uma sociedade democrática deve considerar igualmente a existência dos seus valores sob os aspectos econômicos, tornando, portanto, efetivamente iguais em todos os seus termos os cidadãos que a ela pertencem. No mesmo sentido, falho é o Estado que reputa ser democrático unicamente por conceder aos seus membros igualdade formal-política. Essa deve ser, porém, apenas uma das facetas de um Estado democrático, o qual replicará seus ideais também no campo social e econômico.

75

Democracia econômica

Considerar a ressonância da democracia sob o campo econômico revela a indispensável necessidade de se considerar o legado deixado por Weimar no bojo da sua Constituição. Foi somente a partir da Primeira República Alemã que o Estado passou a se ocupar de promover valores democráticos também em relação à seara da atividade econômica.

Essa dita inovação comportou verdadeira mudança de paradigma do Estado em relação ao aspecto procedimental, não se limitando a ser um instrumento de defesa dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, mas imputando a esse o dever de agir positivamente por meio de medidas ativas.

Como bem destaca Gilberto Bercovici (2005, p. 2-14), citando Gerhard Leibholz, a democracia não pode também ser entendida apenas como técnica de representação e de legislação, como mera técnica jurídica.

Por isso, influenciada por dois outros movimentos constitucionais de especial relevância,¹⁰ Weimar inovou ao atribuir proteções à valorização do trabalho, ao estabelecer função social à propriedade privada e ao tornar o Estado protetor e fomentador de direitos, em vez de mero opressor. Inovou também ao criar os conselhos de empresa, com a participação de empregadores e empregados, servindo como instrumentos para se alcançar a democracia também à seara econômica.

Foi nesse contexto que se deu o trabalho, por exemplo, de Hugo Sinzheimer (1875-1945), erudito jurista e político cujo trabalho tinha uma influência direta e altamente significativa sobre o direito do trabalho e constituição da República de Weimar. Sinzheimer chegou inclusive a ser considerado o pai do Direito do Trabalho alemão, tendo em seus escritos acadêmicos desenvolvido diversas das ideias que sustentaram o Direito alemão (RUTH, 2011, p. 57-68).

76

O legado dos estudos e propostas de Sinzheimer é presente em diversos pontos do Direito do Trabalho alemão, tais como o sistema de “canais duplos” com clara influência dos “conselhos dos trabalhadores”. Tais conselhos, incentivados por Sinzheimer, em que, devido à atuação central de trabalhadores como soldados na revolução, fora-lhes creditada grande força política e, por consequência, buscar por representação. Contudo, a relação entre democracia política e democracia econômica que se propõe neste capítulo vem a partir do reconhecimento do trabalhador como um ser humano subordinado ao seu empregador e, por tal razão, sujeito aos seus ditames inclusive no aspecto social (RUTH, 2011, p. 57-68).

De acordo com Sinzheimer (1976 *apud* RUTH, 2011, p. 57-68), a origem da subordinação do trabalhador se dá por ocasião de pertencer ao empregador a propriedade dos meios de produção. Para viver e trabalhar, o trabalhador se encontra integralmente dependente do empregador, uma vez que pertence a esse os meios de se viver e trabalhar.

¹⁰ A constituição do México e a da Rússia, ambas de 1917, atribuíram natureza de direito fundamental a direitos trabalhistas (limitação jornada de trabalho, desemprego, proteção maternidade, idade mínima para admissão, trabalho noturno, hipossuficiência do trabalhador), prestigiando, outrossim, liberdades individuais e direitos políticos.

Não obstante o conceito que extrai de tal premissa, é importante novamente esclarecer que os textos de Sinzheimer encontram-se permeados pela cultura pós-Primeira Guerra Mundial, na qual a Alemanha, derrotada, se via envolta na reconstrução do seu Estado. Entretanto, é imperioso se considerar o valor contido na assertiva disposta, que passa a considerar o trabalhador como ser humano, dotado assim de direitos e deveres, mas que igualmente ao que se prestigia sob o efeito da democracia, dotado de liberdade e igualdade na relação havida.

Em outras palavras, totalmente vinculado ao empregador – aqui entendido de maneira generalista para ambas as partes – encontra-se o sustento e a própria sobrevivência do trabalhador, posto que pertencente ao “proprietário”¹¹ os meios de vida desse. Por isso, Sinzheimer afirma que há uma relação de subordinação entre as partes, não apenas sob o enfoque contratual ou legal, mas de própria vida, razão pela qual entende ser indispensável haver reconhecido o humanismo sob essa.

Ruth Dukes (2011, p. 57-68) complementa que, tendo concordado em realizar trabalhos em troca de salários, o trabalhador permaneceu sob o controle do empregador cujo “direito de comando” é inerente à propriedade do capital. Ou seja, o trabalhador passa a ser considerado propriedade do empregador, seu detentor, sendo que, nas democracias liberais, essa dominação do trabalhador como *property* se faz obscurecida pela noção de liberdade contratual. Em tal condição, não há grandes obstáculos aos pactos entre pessoas jurídicas, sendo cada um ser portador de direitos legais e capacidade legal.

Outro, porém, é o cenário que se vislumbra quando são aplicados valores inerentes a uma democracia econômica, que perpassa aspectos meramente formais. Em tal contexto, a aludida subordinação do trabalhador em relação ao seu empregador é reconhecida de forma que se adotem medidas a fim de torná-lo verdadeiramente livre nessa relação, estabelecendo-se limites ao exercício do poder inerente à propriedade privada. Essa é a tarefa primordial, defendida por Sinzheimer, acerca do direito do trabalho: “*Libertar o trabalhador e, assim, efetuar sua transformação, em lei, de pessoa jurídica a pessoa humana*” (RUTH, 2011, p. 57-68).

Em uma democracia econômica, a liberdade dos agentes sociais deve ser resguardada a ponto de promover a liberdade dos hipossuficientes no tocante às condições sociais e cotidianas a que estarão submetidos e, ao mesmo tempo, para participar da formação de tais condições. Esse é o objetivo a

¹¹ Nomenclatura atribuída por Sinzheimer na relação entre empregado e empregador.

ser alcançado. Cabe, contudo, à estrutura máxima normativa disposta pelo Estado circular tal valor. Tal qual se identifica em uma constituição política a proclamação de valores democráticos, refere-se igualmente a uma constituição de característica econômica, promover princípios relacionados a democracia que atinge também a seara econômica da sociedade.

A razão da intervenção do Estado na economia deve ser no sentido de promover e incentivar seus valores perante a economia e, por meio dele, promover os propósitos a que se destina. Assim, deve atuar, inclusive de forma diretiva, como um garantidor de políticas e meios que visem proteger os indivíduos contra o abuso do poder econômico, elemento sempre combatido quando ser reconhece a subordinação havida entre os agentes sociais.

Assim como a constituição política serviu para limitar o poder do rei sobre seus assuntos, consultando as pessoas como cidadãos, então a constituição econômica,¹² signo de uma democracia econômica, servirá para limitar o poder econômico. Os hipossuficientes dessa relação constituiriam como algo diferente de *commodities*, mas sim como seres humanos, ou como defendido Sinzheimer, como “cidadãos trabalhistas” (RUTH, 2011, p. 57-68).

78

No Brasil, os valores em torno da democracia econômica passaram a ser tratados de maneira melhor estruturada a partir da Constituição de 1988, quando promulgou-se uma estrutura constitucional voltada ao prestígio da democracia e da cidadania. Nesse sentido, não foi diferente no tocante à ordem econômica, que fixou, no bojo do artigo 170 (BRASIL, 1988), a busca pela valorização do trabalho e da existência digna segundo os ditames da justiça social, entre outros. É certo, porém, que a conformação pragmática de tais valores se demonstra cada dia mais dificultosa, visto que demanda do Estado um papel regulador da atividade econômica que se impõe diante do interesse privado, muitas vezes defeso dentro de um plano político excludente do plano de Estado.

A disposição pela valorização do trabalho e da existência digna, segundo os ditames da justiça social, como fundamentos da ordem econômica, traduz valor já devidamente insculpido como fundamental ao Estado

¹² A expressão “constituição econômica” destina-se exclusivamente pelo fator de tratamento do texto constitucional ao ordenamento econômico. Em outras palavras, ao Estado adotar no âmbito do seu texto constitucional aspectos relacionados à regência da atividade econômica, impondo-lhe determinada ordem, há premente interação entre aspectos jurídicos e econômicos, denominado por Constituição Econômica.

brasileiro (art. 1º). No entanto, a repetição deste como norteador também da ordem econômica demonstra não só a unidade do texto constitucional, mas sobretudo a importância dada, pelo menos no campo teórico constitucional, ao propósito da intervenção do Estado no domínio econômico, o qual deverá servir a promoção de uma democracia também econômica.

Uma dificuldade, porém, se impõe ao tentar identificar-se a exatidão dos limites em torno de tais valores, porque tratam-se de aspectos aparentemente subjetivos e de alcance abstrato. No entanto, sob a baliza da democracia dirigida também aos aspectos econômicos, que garante o bem-estar social, a valorização humana nas relações de trabalho e a supremacia do interesse coletivo sobre o privado, a busca por esses se fará possível. Por essa razão, competirá ao Estado, observando tais comandos, positivar as relações sob tal fundamento.

É inegável que a globalização do capital e a liberalização dos mercados produziram mudanças significativas no trabalho e nas relações de trabalho, desde o tempo em que Sinzheimer delineou sua teoria. Entretanto, também é indiscutível que os elementos de sua escrita mantêm sua relevância e sua utilidade, sobretudo nos dias atuais, em que as crises econômicas geram a precarização das relações de trabalho, retomando traços da subordinação anteriormente combatida.

Como já destacado por Ruth Dukes (2011, p. 57-68), sem controle democrático, a economia colapsa em sua forma de mercado. O trabalho volta a ser entendido como uma mercadoria, e os baixos salários e as condições de trabalho precárias são entendidos como medidas racionais de redução de custos e de competitividade interna e internacional. É justamente nesse ponto que se instala de forma agravada a divergência havida entre os eixos político econômico da democracia, pois confrontam-se no sentido de exigir a regulação da economia pela democracia, enquanto a vertente econômica, aqui ameaçada pela interferência democrática, intensifica a sua busca por mais poder político (BERCOVICI, 2005, p. 2-14).

É temerário o custo social de tais propostas, porque passam a desconsiderar o cidadão como um ser humano na relação laboral. Ele é tornado novamente uma mercadoria e submetido aos ditames anteriormente combatidos, sem que isso implique, necessariamente, no aumento da eficiência ou produtividade econômica, a qual encontra-se atrelada a diversos outros fatores.

Considerações finais

Democracia se constrói além de aspectos jurídico-formais, destinados apenas a tratar das questões políticas, mas sim por meio de uma democracia que toque igualmente o campo econômico, promovendo igualdade nas relações sociais e cotidianas. Com isso, provoca-se maior homogeneidade social, fator de extrema relevância para a consecução dos anseios democráticos de liberdade e igualdade.

Considera-se também que a democracia, em seu sentido mais abrangente, aqui entendida tanto política quanto econômica, fortalece a tensão vivida entre o Estado brasileiro e a superação do subdesenvolvimento¹³ nacional. Dessa maneira, ela possibilita um maior direcionamento das políticas de Estado a serem implementadas e, por consequência, reduzem a disparidade vivida à esfera ordinária, possibilitando a almejada justiça social, a qual se faz por meio de uma estrutura democrática pluralizada.

Referências

80

BERCOVICI, G. **Democracia, inclusão social e igualdade**. XIV Congresso Conpedi, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

DUKES, R. Hugo Sinzheimer and the constitutional function of labour law. In: DAVIDOV, G.; LANGILLE, B. (Orgs.). **The idea of labour law**. Oxford/New York: Oxford University Press, 2011. p. 57-68.

FURTADO, C. **Em busca de novo modelo: reflexões sobre a crise contemporânea**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

FURTADO, C. **Brasil: a construção interrompida**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

¹³ Celso Furtado (2000, p. 197, 203, 207, 265) entende que o subdesenvolvimento reflete as relações complexas havidas entre os povos que ocuparam determinado território, sendo, inclusive, passível de ser insuperado. No entanto, ele reflete que a superação pretendida deve ser acompanhada de um projeto político e de Estado que tenha o apoio de diversos setores sociais, e que seja capaz de romper com o impasse histórico vivido (FURTADO, 1992, p. 37-45, 57, 74-75; 2000, p. 152-153; 2002, p. 8-9, 35-36).

FURTADO, C. **Teoria e política do desenvolvimento econômico**. 10^a ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

HELLER, H. Démocratie politique et homogénéité sociale. *Cités*, v. 6, p. 199-211, 2001.

SCHMITT, C. **La notion de politique**. Paris: Calmann-Lévy, 1972.

Weimar e a função social da propriedade nas constituições brasileiras

José Antonio Remedio¹
Davi Pereira Remedio²

Introdução

A Constituição de Weimar, promulgada em 1919, logo após o término da Primeira Guerra Mundial, instituiu a Primeira República Alemã e estabeleceu uma democracia social, contemplando, entre outros institutos, os direitos sociais. O texto constitucional alemão, que completa cem anos em 2019, está dividido em duas partes: a primeira trata da organização do Estado; a segunda apresenta a declaração dos direitos e deveres fundamentais, entre os quais estão inseridos os direitos sociais.

¹ Pós-doutorando pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (Uenp). Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Metodista de Piracicaba (Unimep). Professor de graduação e pós-graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba (Unimep). Professor de graduação em Direito do Centro Universitário Adventista de São Paulo, campus Engenheiro Coelho (Unasp-EC). Promotor de Justiça do Estado de São Paulo aposentado. Advogado.

² Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (Unimep). Professor de graduação em Direito do Centro Universitário de Araras Dr. Edmundo Ulson (Unar). Advogado.

A proposta e a implementação dos direitos de ordem social na Constituição Alemã em 1919 eram bastante inovadoras e propunham um caminho coerente para alcançar a unidade democrática (AUD, 2008, p. 338), praticamente destruída com a derrota da Alemanha na Primeira Guerra Mundial. Entre os direitos sociais instituídos pela Constituição de Weimar, podem ser citados a educação, a saúde, a proteção à infância, a proteção à maternidade, o trabalho, a habitação, a função social da propriedade e a previdência social.

Historicamente, os direitos sociais inserem-se entre os denominados direitos de segunda dimensão, e somente no contexto do século XX passaram a ser previstos na maioria das constituições, consagrando o que a doutrina chama de igualdade material, em contraposição à igualdade meramente formal dos direitos de primeira dimensão (REMEDIO; NUNES, 2018, p. 132). Os direitos de segunda dimensão são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade, como o direito ao trabalho, à saúde e à educação, tendo como sujeito passivo o Estado (LAFER, 2006, p. 127).

A Constituição de Weimar influenciou em grande parte as constituições de outros países, que também passaram a adotar a proteção dos direitos sociais, inclusive com a incorporação da função social à noção de propriedade. O direito de propriedade, com o advento dos direitos sociais, deixou de ter caráter absoluto, passando a estar atrelado à função social da propriedade.

A presente pesquisa tem por objeto analisar a influência da Constituição de Weimar de 1919 nas constituições brasileiras de 1934, 1937, 1967, 1967 e 1988, relativamente aos direitos sociais instituídos pela Constituição Alemã, com foco na função social da propriedade. O método utilizado é o dedutivo, com fundamentação histórica, tendo como base da pesquisa a legislação, a doutrina e a jurisprudência.

O direito de propriedade e a função social da propriedade

O conceito de propriedade é bastante variável no decorrer da história, ora sendo focado em seu caráter coletivo ou público, ora sendo enfatizado em seu aspecto individual ou privado, dependendo do período considerado. Segundo André Ramos Tavares (2015, p. 551), encaminhou-se historicamente “de uma concepção coletiva da propriedade, considerada como bem comum de todos, para a ideia de um direito individual e absoluto até se alcançar a

concepção atual de que, embora assegurada individualmente, a propriedade deverá atender à sua função social”.

É importante observar que o modelo histórico liberal de Estado toma a propriedade como direito absoluto da validade do respectivo ordenamento jurídico, sendo a propriedade vista como manifestação interna do indivíduo (GROSSI, 1992). A Idade Contemporânea marcou a ampliação da proteção e amparo jurídico e legal ao direito da propriedade, tornando referido direito objeto de proteção do Estado.

O direito de propriedade é nodular à anatomia e à fisiologia do Estado, bem como de toda a base jurídica da sociedade. Possui *status* constitucional, porque “não é mero direito individual, de natureza privada, e sim uma instituição jurídica que encontra amparo num complexo de normas constitucionais relativas à propriedade” (BULOS, 2017, p. 626).

Em relação ao conceito, para Clóvis Beviláqua (2003, p. 127), a propriedade corresponde ao poder assegurado pelo grupo social à utilização dos bens da visa física e moral. A propriedade, segundo Washington de Barros Monteiro (2012, p. 99), “é a parte nuclear ou central dos direitos reais, que pressupõem, necessariamente, o direito de propriedade, do qual são modificações ou limitações, ao passo que o direito de propriedade pode existir independentemente de outro direito real em particular”.

Todavia, da mesma forma como ocorre em relação à integralidade dos direitos fundamentais, a propriedade não possui caráter absoluto, pois está limitada, entre outros aspectos, à sua função social. Como expressado pelo Ministro Ricardo Lewandowski quando do julgamento do Recurso Extraordinário 638.491-PR pelo Supremo Tribunal Federal, depois das revoluções do início do século passado, da Constituição de Weimar de 1919 e da Constituição Mexicana de 1917, foi introduzido um novo conceito, que é exatamente a função social da propriedade, ou seja, a propriedade deve ser usada no sentido social, em prol do bem comum (BRASIL, 2017).

A função social da propriedade corresponde “à destinação economicamente útil da propriedade, em nome do interesse público”, tendo como objetivo “otimizar o uso da propriedade, de sorte que não possa ser utilizada em detrimento do progresso e da satisfação da comunidade” (BULOS, 2017, p. 627). Na doutrina, assevera Dallari (2011, p. 22) que o texto constitucional de 1988 contemplou a garantia concernente ao direito de propriedade “umbilicalmente atada ao cumprimento da sua função social”.

A função social, enquanto requisito dado pela própria ordem jurídica, corresponde ao fundamento para o reconhecimento e a garantia do

direito de propriedade em sua plenitude (TAVARES, 2015, p. 560). Ao tratar da política urbana, dispõe o artigo 182, § 2º, da Lei Maior Brasileira de 1988, que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” (BRASIL, 1988).

Ao dispor sobre a política agrícola e fundiária, estatui o artigo 186 da Constituição Federal de 1988 que a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: “I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores” (BRASIL, 1988).

O princípio da função social da propriedade condena seja dado a ela uma concepção absoluta, em que haveria o direito de usar, gozar e tirar todo o proveito de uma coisa, de modo puramente egoístico, sem levar em consideração o interesse alheio e particularmente o interesse da sociedade. Embora a Constituição não negue o direito exclusivo do dono sobre a coisa, ela exige que seu uso seja condicionado ao bem-estar geral (FERREIRA FILHO, 2009, p. 361).

De acordo com Cunha Júnior (2009, p. 690), o direito de propriedade, seja material ou imaterial, é garantido pela Constituição Federal (art. 5º, XXII) e, embora seja um importante direito individual, está condicionado ao bem-estar da comunidade, na medida em que deverá atender à sua função social (art. 5º, XXIII).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 assegura o direito de propriedade como regra geral (art. 5º, XII). Todavia, a propriedade deverá atender à sua função social (arts. 5º, XXIII, e 170, inciso III), e seu desrespeito implica na sujeição a diversas sanções, entre as quais a desapropriação-sanção, que pode ser urbana ou rural (arts. 182, § 4º, e 184).

A desapropriação-sanção urbana ou desapropriação sancionatória urbana está prevista no art. 182, § 4º, da Lei Maior, sendo cabível, a critério do município, em razão do não cumprimento da função social da propriedade, relativamente ao “imóvel urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, com pagamento mediante títulos da dívida pública com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais” (REMEDIO, 2018, p. 586).

A desapropriação-sanção rural ou desapropriação sancionatória rural está contemplada no artigo 184 da Constituição Federal, sendo admissível a critério da União, “por interesse social, para fins de reforma agrária, do imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos” (REMEDIO, 2018, p. 586).

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.213-DF, destacou o caráter relativo ao direito de propriedade com ênfase à sua função social, nos seguintes termos:

O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. – O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade. A desapropriação, nesse contexto – enquanto sanção constitucional impositiva ao descumprimento da função social da propriedade – reflete importante instrumento destinado a dar consequência aos compromissos assumidos pelo Estado na ordem econômica e social (BRASIL, 2004).

87

A importância do princípio da função social da propriedade não só no Brasil, mas também no mundo contemporâneo, é incontestável. A respeito, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco fazem referência ao artigo 14.2 da Constituição da Alemanha, norma essa que dispõe que “a propriedade obriga”. Para os autores, o texto constitucional alemão, sem sombra de dúvida, corresponde a um postulado que configura “a mais radical contraposição ao dogma individualista que reputava sagrado o direito de propriedade e assegurava ao seu titular, em termos absolutos, o poder de usar, gozar e dispor dos seus bens, sem nenhuma preocupação de caráter social” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1.356).

A constituição de Weimar de 1919 e o estado social de direito

As Revoluções Liberais do século XVIII deram origem ao que passou a ser denominado como Estado Liberal de Direito, sendo que a liberdade era seu principal lema. O objetivo primordial buscado pelo Estado Liberal era a liberdade dos indivíduos, ainda que também fosse dada importância para a positivação de outros direitos (REMEDI; BERTOLOTTI, 2017, p. 27).

Coube ao Direito instituir e organizar o Poder e, na mesma esteira, disciplinar sua atuação, tomando sempre o cuidado para que o Poder não avançasse sobre a liberdade e os demais direitos do homem. O Estado Liberal de Direito, quando de seu advento, caracterizou-se pelo reconhecimento de que o Poder é limitado por um Direito Superior, no caso o Direito Natural, que não pode ser por ele alterado, tendo como regra a autonomia da conduta individual, direito esse garantido pela Constituição e que, em última instância, destina-se a limitar o poder e a proteger a liberdade (FERREIRA FILHO, 1997).

Ênio Moraes da Silva (2005, p. 224), depois de destacar a importância da Constituição Francesa de 1848 em prol do social, assevera que:

Outras duas cartas políticas ficaram conhecidas por esse pioneirismo em prol do Social: a Constituição Mexicana de 1917, que anteciparia determinados direitos sociais; e, em especial, a Constituição Alemã de Weimar (1919), que instituiria um novo parâmetro para o Estado, marcado pelo Espírito social, introduzindo importantes elementos para o avanço de direitos relativos a educação, propriedade, trabalho, Previdência Social, etc.

O Estado Social, sob influência da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919 (sendo a Carta de Weimar objeto específico da presente pesquisa), altera o formato institucionalidade pelo Estado Liberal, representando uma transformação superestrutural pela qual o Estado Liberal passou (BONAVIDES, 2013, p. 184).

Embora a Constituição Mexicana de 1917 tenha sido a pioneira na implementação dos direitos sociais, foi a Carta de Weimar de 1919 que teve um caráter marcante para a cultura ocidental, simbolizando o moderno constitucionalismo, com foco nos direitos sociais e no estabelecimento do denominado Estado Social de Direito (DONADELI; CANAVEZ, 2014).

Weimar, cidade da Saxônia, foi o palco da instituição da Primeira República Alemã em 1919, na sequência da Primeira Grande Guerra Mundial, ocorrida entre 1914 e 1918, que levou ao colapso da civilização alemã. A Constituição de Weimar, de 1919, buscou estabelecer uma democracia social, com a inclusão de dispositivos normativos sobre a ordem econômica e social, a família, a educação e a cultura, e a função social da propriedade (BONAVIDES, 1991). Segundo Fábio Konder Comparato (s.d.):

O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição Mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-fascista e a Segunda Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos – que o sistema comunista negava – com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo.

A Constituição Alemã de 1919 contém estrutura dualista: a organização do Estado é tratada na primeira parte da constituição; na segunda parte é apresentada a declaração dos direitos e deveres fundamentais, com a inclusão de direitos de conteúdo social em acréscimo às liberdades individuais clássicas.

O título IV da Constituição, inserido na segunda parte do texto constitucional de Weimar, dispõe sobre a vida econômica (arts. 151/165), destacando, entre outros institutos, a garantia da propriedade privada (art. 153), o direito à sucessão (art. 154), a função social da propriedade e o direito à habitação (art. 155), a coletivização dos meios de produção (art. 156), a proteção ao trabalho (art. 157), a criação do sistema de segurança social (art. 160) e a livre negociação de salários e condições do trabalho (art. 165).

No que se refere ao objeto específico da presente pesquisa, a propriedade, antes considerada em sua tríplice dimensão característica (usar, gozar e abusar), com a Constituição de Weimar passa também a obrigar, sendo dotada de uma função social (art. 163, alínea 2ª). O uso da propriedade deve visar o interesse geral (art. 153), sendo admissível a repartição das terras (art. 155) e possível a socialização de empresas (art. 156).

Os direitos individuais, que tradicionalmente se caracterizam como direitos de defesa contra o Estado (seu objeto é uma abstenção do Estado, um *non facere*), distinguem-se dos direitos sociais basicamente em

relação ao seu objeto (que consiste numa prestação positiva em benefício do indivíduo, um *facere*).

Os direitos sociais surgiram na tentativa de solucionar profunda crise de desigualdade social instalada no mundo após a Primeira Guerra Mundial. Assentados no princípio da solidariedade humana, foram alçados a categorias jurídicas concretizadoras dos postulados da justiça social, embora dependentes de execução de políticas públicas voltadas a garantir amparo e proteção aos hipossuficientes. Em suma, os direitos sociais

são aquelas posições jurídicas que credenciam o indivíduo a *exigir* do Estado uma *postura ativa*, no sentido de que este coloque à disposição daquele, [sic] prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais e que possibilitam realizar a *igualização de situações sociais desiguais*, proporcionando melhores condições de vida aos desprovidos de recursos materiais (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 715).

90

Conforme Fábio Konder Comparato (s.d.), os direitos sociais têm por objeto “uma atividade positiva do Estado, pois o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à previdência social e outros do mesmo gênero só se realizam por meio de políticas públicas, isto é, programas de ação governamental”. Não apenas os indivíduos, mas também os grupos sociais passam a exigir dos poderes públicos uma orientação determinada na política de investimentos e distribuição de bens.

Os direitos sociais, segundo José Afonso da Silva (2015, p. 288-289), como dimensão dos direitos fundamentais do homem, “são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”, ou seja, são direitos que se ligam ao direito de igualdade.

Para Alexandre de Moraes (2017, p. 209), os direitos sociais são “direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras *liberdades positivas*, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social”, sendo consagrados, no Brasil, como fundamentos do Estado Democrático, conforme artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal.

André Ramos Tavares (2015, p. 705) sustenta que os direitos sociais, como direitos de segunda dimensão, visam a oferecer os meios materiais imprescindíveis à efetivação dos direitos individuais e “exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado na implementação da igualdade social dos hipossuficientes.”

Todavia, é importante destacar que os direitos sociais inserem-se entre os direitos subjetivos, ou seja, podem ser implementados judicialmente, caso necessário. Nesse sentido, de acordo com Cristina Queiroz (2006, p. 143), “os direitos fundamentais sociais são ‘direitos subjetivos’ sempre que possam ser feitos valer a justiça, isto é, desde que possam ser accionados judicialmente a requerimento do respectivo titular”. A justiciabilidade dos direitos fundamentais, entre os quais os direitos sociais, pode ser entendida como

a possibilidade de o titular do direito reclamar perante um juiz ou tribunal o cumprimento das obrigações que derivam desse direito. Neste sentido, ser titular de um direito subjetivo significa deter um poder jurídico reconhecido pelo direito objetivo, isto é, deter o poder de participar na criação de uma norma jurídica individual por intermédio de uma acção específica em justiça, designadamente através de reclamação ou queixa (QUEIROZ, 2006, p. 149).

91

Na atualidade, não se deve desconsiderar, em relação aos direitos sociais, que “a utilização de instrumentos de tutelas coletivas, nesses casos, favorece a ampliação do acesso à justiça e fomenta a justiça distributiva, especialmente no âmbito dos direitos fundamentais sociais, de sorte que a utilização do processo subjetivo deve ser residual” (COELHO, 2017, p. 143).

Embora a Constituição de Weimar tenha vigorado apenas entre 1919 e 1933, sua influência nas constituições modernas foi enorme, especialmente em face dos direitos sociais nela instituídos. A função social da propriedade foi prevista expressamente no artigo 153 da Constituição de Weimar, além do fato de o dispositivo constitucional estabelecer também limitação ao direito de propriedade pela lei (BERCOVICI, 2003).

Em relação à sua importância, a Constituição de Weimar de 1919 motivou, influenciou e conformou a elaboração de constituições que por todo o mundo passaram “a sistematizar, em seus textos, disposições pertinentes aos direitos econômicos e sociais dos indivíduos, bem assim relativas à maneira como deve atuar o Estado na implementação de tais garantias” (PINHEIRO, 2006, p. 121-122).

Influência da Constituição de Weimar nas constituições brasileiras de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988

A primeira constituição brasileira a inserir um título sobre a ordem econômica e social foi a Carta de 1934, sob influência da Constituição de Weimar 1919, o que continuou a ser exercitado nas constituições brasileiras subsequentes (SILVA, 2015, p. 287). A Constituição Brasileira de 1934 foi substancialmente influenciada pela Constituição de Weimar, inclusive por ter inserido em seu corpo os direitos sociais, e por ter realizado expressiva mudança em relação à concepção de propriedade em seu art. 113, n. 17.

A Lei Maior de 1934 é a primeira constituição brasileira a enunciar dois novos títulos, um denominado “Da ordem econômica e social” (título IV, arts. 115 a 143), e outro chamado “Da família, da educação e da cultura” (título V, arts. 144 a 158), evidenciando a mudança constitucional no sentido de estabelecer juridicamente uma democracia social.

92

Segundo Orlando Soares (1990, p. 60-61), a Constituição de 1934 introduziu no Brasil

um capítulo especial sobre a ordem econômica e social, suscitando a problemática da intervenção do Estado no setor privado da economia, através do exercício do poder de polícia, meio de agilização dessa intervenção, como conjunto de limitações impostas pela administração pública à atividade dos indivíduos, em benefício do bem comum e da subsistência do Estado.

A Carta de 1934, a par de assumir teses e soluções da Constituição de 1891, “rompeu com a tradição até então existente, porque, sepultando a velha democracia liberal, instituiu a democracia social, cujo paradigma era a Constituição de Weimar” (BASTOS, 2001, p. 119).

De acordo com Pinto Ferreira, a Constituição de 1934 sofreu decisiva influência da Constituição de Weimar, sendo um reflexo sul-americano dela, “catalogando-se o nosso regime não mais como uma democracia liberal, e sim como uma democracia social, com a poderosa ampliação da atividade do governo no campo econômico”. Para o autor:

A justiça do trabalho, o salário mínimo, a nacionalização das empresas, a limitação de lucros, a função social da propriedade privada, o sindicalismo, a representação profissional no Congresso, o intervencionismo estatal, em suma, as grandes bases da democracia social, foram instituídas, guardando-se, em certas variantes, no mais, o modelo constitucional de 1891 (FERREIRA, 1971, p. 111-112).

De acordo com Dirley da Cunha Júnior (2009, p. 493-494), a Carta de 1934, ao lado dos clássicos direitos de defesa, ou seja, direitos civis e políticos, sob forte influência da Constituição de Weimar de 1919, reconheceu os direitos sociais e econômicos em título dedicado à ordem econômica e social (título IV) e em título dedicado à família, educação e cultura (título V), consagrando no Brasil um regime de democracia social. A socialização implantada no Brasil em 1934, sob a influência da Constituição de Weimar, perdurou nas constituições brasileiras seguintes, consagrando-se um Estado preocupado com o bem-estar social.

Sem dúvida, é inequívoca a influência da Constituição de Weimar no que se refere de forma geral aos direitos sociais, e no que concerne especificamente ao direito de propriedade e à sua função social, não só na Carta de 1934, mas também nas constituições brasileiras que a sucederam, ou seja, aos textos constitucionais de 1937 (art. 122, n. 14), 1946 (art. 147 e parágrafos), 1967 (art. 157, III) e 1988 (arts. 5º, XXIII, e 170, III).

Nesse sentido, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 assegurou aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade (art. 122, *caput*). O direito de propriedade foi assegurado pela Lei Maior de 1937, salvo desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia, sendo ainda estabelecido que seu conteúdo e limites seriam definidos nas leis que lhe regulariam o exercício (art. 122, n. 14). Também dispôs a constituição que o uso dos direitos e garantias previstos no art. 122 tinha por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da nação e do Estado (art. 123).

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 assegurou aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade (art. 141, *caput*), sendo garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro (art. 141, § 16). Ao tratar

da ordem econômica e social, a Lei Maior de 1946 estabeleceu que o uso da propriedade estaria condicionado ao bem-estar social, podendo a lei, desde que observados os ditames constitucionais, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos (art. 147, *caput*).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, ao dispor sobre os direitos e garantias individuais, assegurou o direito de propriedade aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país (art. 150, *caput*). O direito de propriedade foi garantido pela Lei Maior de 1967, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro (art. 150, § 22). Ao tratar da ordem econômica e social, a Constituição de 1967 estatuiu que a ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base em diversos princípios, entre os quais o princípio da função social da propriedade (art. 157, III).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 contempla de forma ampla os direitos sociais, tendo-os inserido no capítulo II (denominado “Dos direitos sociais”) de seu título II (intitulado dos “Direitos e garantias fundamentais”).

94

Inserem-se entre os direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988 a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados, todos na forma da própria constituição (art. 6º).

A Lei Maior Brasileira de 1988 assegura o direito de propriedade, ao dispor sobre os direitos e garantias fundamentais, estabelecendo que é garantido o direito de propriedade (art. 5º, XXII) e que a propriedade atenderá à sua função social (art. 22, XXIII). Além disso, ao estatuir que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, entre outros, o princípio da função social da propriedade (art. 170, III).

Portanto, nos termos da Constituição Federal de 1988, para que o direito de propriedade seja garantido, é imprescindível que a propriedade venha a cumprir sua função social (arts. 5º, XXII e XXIII, e 170, III). Tal função social, como antes visto, foi prevista na Constituição de Weimar de 1919 e nas constituições brasileiras promulgadas a partir da Carta de 1934.

Inserida no artigo 5º, XXII e XXIII, e artigo 170, II e III, a função social produz expressiva “mudança no conteúdo do direito de propriedade, que passou a ter não mais apenas composição privada, mas também pública, em

que o patrimônio individual deixou de ser o núcleo principal de proteção do ordenamento jurídico e a dignidade da pessoa humana passou a nortear o direito de propriedade” (REMEDIO; NUNES, 2018, p. 135).

Considerações finais

O Estado Liberal de Direito surge, dentre outros fatores, em decorrência das Revoluções Liberais do século XVIII, rompendo com o modelo de Estado absolutista, tendo como principal lema e objetivo a liberdade do indivíduo e o controle do poder do Estado. No início do século XX, principalmente sob influência da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919, surge no âmbito constitucional o denominado Estado Social de Direito, com destaque dado aos direitos sociais. A Constituição de Weimar, promulgada em 1919, instituiu a Primeira República Alemã e estabeleceu uma democracia social, com ênfase à instituição dos direitos sociais.

O texto constitucional alemão, que completa cem anos em 2019, foi dividido em duas partes, uma tratando da organização do Estado, e outra apresentando a declaração dos direitos e deveres fundamentais, entre os quais os direitos sociais. Entre os direitos sociais instituídos pela Constituição de Weimar estão a educação, a saúde, a proteção à infância, a proteção à maternidade, o trabalho, a habitação, a função social da propriedade e a previdência social.

Os direitos sociais, historicamente enquadrados entre os denominados direitos de segunda dimensão, como direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade, atualmente integram a maioria das constituições, consagrando a igualdade material entre os indivíduos, em contraposição à igualdade meramente formal caracterizadora dos direitos de primeira dimensão.

A Constituição de Weimar influenciou em grande parte as constituições de outros países, que passaram a adotar a proteção dos direitos sociais nela contemplados, inclusive em relação à incorporação da função social ao direito de propriedade. O direito de propriedade, com o advento dos direitos sociais, deixou de ter caráter absoluto e passou a estar atrelado à sua função social.

A Constituição Brasileira de 1934 foi sensivelmente influenciada pela Constituição de Weimar de 1919, em especial em relação à adoção dos direitos sociais instituídos pela Constituição Alemã, inclusive no que se refere à função social da propriedade. Assim, a Carta Brasileira de 1934, inspirada

na Constituição de Weimar, reconheceu os direitos sociais e econômicos em título dedicado à ordem econômica e social (título IV) e em título dedicado à família, educação e cultura (título V), consagrando no Brasil um regime de democracia social.

O mesmo se verificou em relação às constituições brasileiras que sucederam a Carta de 1934, sempre preservando a consagração do Estado com a preocupação com o bem-estar social, através da previsão dos direitos sociais. Nesse sentido, é inequívoca a influência da Constituição de Weimar no que se refere aos direitos sociais e especificamente ao direito de propriedade e à sua função social, nas constituições brasileiras subsequentes à de 1934, ou seja, aos textos constitucionais de 1937 (art. 122, n. 14), 1946 (art. 147 e parágrafos), 1967 (art. 157, III) e 1988 (arts. 5º, XXIII, e 170, III).

O presente estudo conclui que a Constituição de Weimar de 1919, um dos marcos da instituição do Estado Social de Direito nos Estados modernos, influenciou expressivamente a Constituição Brasileira de 1934, em especial em relação à instituição no sistema brasileiro dos denominados direitos sociais, inclusive em relação à função social da propriedade, objeto específico da presente pesquisa, influência essa também exercida em relação às demais constituições brasileiras que a sucederam, ou seja, as constituições de 1937, 1946, 1967 e 1988.

96

Referências

AUD, D. 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, p. 337-355, 2008.

BASTOS, C. R. **Curso de direito constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BERCOVICI, G. O direito de propriedade e a Constituição de 1988: algumas considerações críticas. **Cadernos de Direito**, v. 3, n. 5, p. 67-77, 2003.

BEVILÁQUA, C. **Direito das coisas**. Brasília: Senado Federal, 2003. (Coleção História do Direito Brasileiro, v. 1).

BONAVIDES, P. **Do estado liberal ao estado social**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BONAVIDES, P. **História constitucional do Brasil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.213-DF. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília: **DJ**, 23 abr. 2004, p. 6.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 638.491-PR. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília: **DJe** 186, publ. 23 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=13413414>>. Acesso em: 30 maio 2019.

BULOS, U. L. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

COELHO, R. B. **Direitos fundamentais sociais e políticas públicas: subjetivação, justiciabilidade e tutela coletiva do direito à educação**. Leme: Habermann Editora, 2017.

COMPARATO, F K. A Constituição alemã de 1919. s.d. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/alema1919.htm>>. Acesso em: 29 maio 2019.

CUNHA JÚNIOR, D. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

DALLARI, A. A. Solo criado: constitucionalidade da outorga onerosa de potencial construtivo. In: DALLARI, A. A.; DI SARNO, D. C. L. (Coords.). **Direito urbanístico e ambiental**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 19-42.

DONADELI, P. H. M.; CANAVEZ, L. L. O Estado Social de Direito na história constitucional brasileira (1934-1988): o reconhecimento e a aplicabilidade dos direitos sociais e a teoria da reserva do possível. **I Seminário Internacional de Pesquisa em Políticas Públicas e Desenvolvimento Social** – 2014. Disponível em: <<https://bit.ly/2q0KaMQ>>. Acesso em: 31 mai. 2019.

FERREIRA, P. **Princípios do direito constitucional moderno**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de direito constitucional**. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA FILHO, M. G. **Estado de Direito e Constituição**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GROSSI, P. **La propiedad y las propiedades: un análisis histórico**. Madrid: Civitas, 1991.

LAFER, C. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. 6ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

98

MONTEIRO, W. B.; MALUF, C. A. D. **Curso de direito civil: direito das coisas**. 42ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, A. **Direito constitucional**. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

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**, v. 43, n. 169, p. 101-126, 2006.

QUEIROZ, C. **Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

REMEDIO, J. A. **Direito administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Verbatim, 2018.

REMEDIO, J. A.; BERTOLOTTI, B. A influência da ideologia no Estado de Direito. **Revista de Teoria e Filosofia do Estado**, v. 3, n. 2, p. 1-16, 2017.

REMEDIO, J. A.; NUNES, L. R. Direito fundamental à moradia: justiciabilidade e efetividade. **Argumenta Journal Law**, n. 28, p. 125-154, 2018.

SILVA, Ênio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 167, p. 213-229, 2005.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SOARES, Orlando. **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

A Constituição de Weimar e a Constituição Federal de 1988

Carlos Alberto Ferri¹
Lélio Maximino Lellis²

Introdução

Em 11 de agosto de 1919, a Constituição de Weimar entrava em cena, assumindo seu lugar na história das nações como resultado do esforço de estudiosos do direito e do trabalho do parlamento alemão. Embora inovadora em outros temas, a exemplo do estabelecimento da “regra da igualdade jurídica entre marido e mulher (art. 119)” “pela primeira vez” no “direito ocidental” (COMPARATO, 2003, p. 190), a referida Lei Suprema trouxe como contribuição mais importante para o constitucionalismo comparado

¹ Doutor e mestre em Direito Constitucional, respectivamente, pela Faculdade Autônoma de Direito (Fadisp) e pela Universidade Metodista de Piracicaba (Unimep). Igualmente, é Coordenador e Professor Titular do Curso de Direito do UNASP Campus Hortolândia.

² Pós-doutorado em Direito Constitucional Comparado pela Columbia University School of Law (Estados Unidos) e em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e doutor em Língua Portuguesa pela mesma universidade. Pró-reitor acadêmico do Centro Universitário Adventista de São Paulo (Unasp).

a *veiculação sistêmica de conjunto de direitos sociais, outorgando-lhes fundamentalidade* em relação ao ordenamento jurídico alemão de então.³

Para os estudiosos do direito brasileiro, importa analisar a Constituição de Weimar no contexto da evolução histórica do constitucionalismo pátrio, uma vez que a Constituinte de 1933 abeberou-se do Texto Magno germânico para a elaboração da Constituição getulista de 1934. Isso aconteceu principalmente quanto à inserção e posicionamento sistêmico dos direitos sociais ou prestacionais no ordenamento nacional, vindo a servir de inspiração para todas as constituições brasileiras que lhe são posteriores.

Porque a atual Constituição do Brasil foi indiretamente influenciada pela Constituição de Weimar,⁴ o objetivo deste capítulo é realizar uma análise comparativa dos direitos sociais basilares plasmados naqueles textos supremos. Isso é feito a partir da compreensão do contexto histórico em que as referidas leis fundamentais se inserem, marcado por características comuns, a exemplo de crise socioeconômica e dificuldade de auferimento de

³ Não se nega a precedência cronológica da constituição mexicana de 1917 quanto à constitucionalização dos direitos sociais. Todavia, lembra-se que apenas a constituição alemã de 1919 influenciou efetivamente vários outros países quando da elaboração de suas constituições, inexistindo “maiores expressões e influências” da Lei Fundamental de 1917 “fora do México”, segundo Kist (2000, p. 95-96), salvo no tocante à “Constituição espanhola de 1931”, a se concordar com Suanzes (1998, p. xxix). Apontam-se os seguintes fatores para que a Lei Suprema mexicana de 1917 restasse olvidada, diferentemente do que ocorreria com a Constituição de Weimar: a) a Alemanha era um Estado europeu e de central importância na coletividade das nações, ao contrário do México; b) a constituição alemã de 1919 fora redigida “com critérios cientificamente elaborados”, sendo caracterizada por sua natureza “magisterial” (BISCARETTI DI RUFFIA, 2000, p. 522); c) apenas a Constituição de Weimar viria a ser alvo de interpretações e intensos debates doutrinários, logo após seu surgimento, por estudiosos do porte de “Schmitt, Kelsen, Heller, Anschütz, Smend, entre outros” (PINHEIRO 2006, p. 121); d) o “Estado da democracia social”, emanado em contexto da constitucionalização dos direitos sociais, “adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada” (COMPARATO, 2003, p. 189).

⁴ Segundo Lellis (2011), pode-se afirmar que Constituição Federal de 1988 teve por fontes, de um lado, as leis fundamentais pátrias de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967/1969 e, de outro, constituições estrangeiras como a de Portugal de 1976, da Espanha de 1978 e da Itália de 1947. Lembre-se, ainda, que cada constituição brasileira sofreu, a seu tempo, influências de constituições alienígenas que lhes foram contemporâneas. Tome-se como exemplo a Constituição dos Estados Unidos de 1887, decisiva para a Lei Suprema de 1891 no tocante à configuração do Brasil como Estado republicano federal de governo presidencialista, da separação Igreja-Estado e defesa de liberdades, inclusive a de crença (JAMES, 1923), além da Constituição de Weimar (1919), fundamental para a inserção dos direitos sociais no Texto Magno pátrio de 1934, inserção essa que se daria, a partir daí, em todas as constituições brasileiras.

legitimidade democrática pelos partidos e lideranças políticas, que resulta em risco de divisão da nação.

Logo, utilizar-se-á como metodologia a contextualização histórica das constituições alemã de 1919 e brasileira de 1988, comparando-se-lhes os textos nos excertos veiculadores dos direitos sociais fundamentais a partir de revisão bibliográfico-doutrinária aliada à interpretação de dispositivos constitucionais.

Deste modo, o item 1 tratará dos *antecedentes históricos*, o item 2 abordará o *conteúdo social* da Constituição de Weimar e o item 3 efetivará uma *interpretação comparativa* do conteúdo daquela Lei Suprema com o texto da Constituição Federal de 1988, verificando-se semelhanças e diferenças em suas normas exprimidoras de direitos sociais basilares. Após, passar-se-á à *conclusão*.

Espera-se que este estudo possa contribuir para a veiculação de reflexões úteis ao fortalecimento do estado de direito social-democrático existente no Brasil, com a tomada de consciência das razões pelas quais a Constituição de Weimar, sob o prisma de sua intenção normativa de outorga de estado de direito social-democrático, teve breve período de vigor ou efetividade. Com isso, será possível evitar realidade semelhante na pátria sul-americana, preservando-se a dignidade da pessoa humana mediante a proteção dos direitos fundamentais sociais que requerem prestação positiva do Estado para sua eficácia plena.

103

Antecedentes históricos

Não se pode contar ou recordar um fato senão pela história. Dessa forma, a digressão histórica é o meio pelo qual busca-se rememorar feitos do passado. Quando o tema é constituição ou constitucionalismo, este não é visto desassociado de Estado, o que, para muitos juristas, é ponto de discórdia, pois não há unanimidade do surgimento deste.⁵

A história do Direito nos traz inúmeros marcos que necessitariam de muitas páginas para sintetizar seu conteúdo e conseguir precisar os fatos. Assim, por questões metodológicas e didáticas, passa-se à apresentação das

⁵ Sobre o tema apontado, conferir: Barros (1999, p. 45-70; 2003, p. 1-12, 121-171); Miranda (2019, p. 4-25); Canotilho (2003, p. 51-54); Ferreira Filho (2009, p. 1-8); Pisaneschi (2016, p. 8-16); Novelino (2008, p. 38-44); Padilha (2014, p. 34-35); Bandeira; Ferri (2015, p. 28-34).

principais constituições, que, de alguma maneira, estão relacionadas com a temática proposta, ou seja, constituições que se relacionam com os Direitos Fundamentais Sociais.

Com esse foco (nos Direitos Fundamentais Sociais), toma-se apoio em Jorge Miranda (2019, p. 225), para dizer que “a ideia de Constituição é de uma garantia e, ainda mais, de uma direção da garantia”, ou seja, o fim deve estar em proteger os cidadãos de um determinado Estado.

Temos então, como uma das primeiras Cartas de Direitos, a Magna Carta, de 1215, cujo “intuito das declarações era preservar direitos imemorais, especiais e próprios dos súditos ingleses⁶” (BARROS, 1999, p. 50). Tal diretriz se aplicou em grande medida nas Declarações de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 12 de junho de 1776, e na de Massachusetts, de 15 de julho de 1780.

Nove anos depois, na França, em 26 de agosto de 1789, temos a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, visando a garantia de direitos fundamentais do homem e do cidadão. Ainda em território francês, a Declaração Francesa, de 1793, traz preocupações sociais – art. 21 e 22, artigos estes que, mais tarde, influenciaram a Carta Brasileira de 1824 (FERREIRA FILHO, 2009, p. 45) – e que se tornam mais efetivas na França, com sua Constituição de 1848.

Segundo Ferreira Filho (2009, p. 46), a constituição mexicana de 1917 “é considerada por alguns como o marco consagrador da nova concepção de direitos fundamentais”, do que o próprio autor diverge, apresentando como argumento sua repercussão mínima na América Latina.

Após a constituição mexicana de 1917, tivemos a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, editada na Rússia em 1918, mas, segundo Ferreira Filho (2009, p. 46-47), esta não enuncia direitos, e sim princípios.

Após um período de guerras,⁷ especialmente no ano de 1918, era proclamada na Baviera, em 8 de novembro de 1918, a República

⁶ J. J. Canotilho (2003, p. 55) acrescenta que também a *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Acts*, de 1679, e o *Bill of Rights*, de 1689, contribuíram para a “sedimentação de algumas dimensões estruturantes da constituição ocidental”.

⁷ Em novembro de 1918, eclodiu na Alemanha uma rebelião naval que culminou por transformar-se numa guerra civil. Pinheiro (2006, p. 113-114), citando Leonel Richard (1988, p. 29-31), assim descreveu a revolta que se iniciou, em 1918, no porto de Kiel: “Os marinheiros se haviam recusado a seguir os oficiais que queriam continuar a guerra no mar. As más condições de vida fizeram o resto: a bandeira vermelha foi hasteada nos navios e 20 mil marujos armados ocupa-

Democrática e Socialista, em oposição à reforma constitucional de 3 de novembro de 1918 (PINHEIRO, 2006, p. 114).

A Constituição da República de Weimar (1919)

Como em vários países da Europa, o pós-guerra deixou a Alemanha em situação periclitante. Segundo Ferreira Filho (2006, p. 48), as instituições políticas estavam destruídas. De igual modo, a situação social também fora fortemente abalada. “Nesse contexto, a esquerda radical lutava para tomar o poder em favor dos conselhos de operários e soldados.”

O cenário em Berlim era caótico e não reunia condições mínimas de se convocar a Assembleia Constituinte a fim de se estabelecer um novo cenário constitucional. “Por isso, reuniu-se ela em Weimar, de passado intelectual” (FERREIA FILHO, 2006, p. 48), o que se mostrara ideal, “que, além de trazer a inspiração de Goethe,⁸ que ali vivera, ficava afastada das lutas travadas” (PINHEIRO, 2006, p. 114).

A Constituição de Weimar consagra importantes avanços no cenário jurídico da época (BREGA FILHO, 2002, p. 14). Foi, segundo Ferreira Filho (2006, p. 49), “um novo modelo”, sendo seguido e imitado nas constituições europeias e na brasileira de 1934. O que, para Padilha (2014, p. 53), estava

105

ram o porto. Desarmaram oficiais, libertaram os prisioneiros nos quartéis, elegeram um conselho de soldados. Com esse exemplo, interromperam o trabalho nas fábricas. Os grevistas formaram um conselho de operários. Após Kiel, o processo se repetiu em Stuttgart e Hamburgo. As estações foram ocupadas, as tropas levantaram contra os oficiais, os comandantes militares foram substituídos, os meios de transporte requisitados por soldados em revolta. Símbolos de séculos de opressão, as insígnias foram por toda parte destruídas; bandeiras vermelhas foram hasteadas; organizaram-se conselhos de operários e de soldados [...].”

⁸ Johann Wolfgang Goethe (1749-1832) foi um escritor alemão, poeta trágico, obra prima da literatura alemã. Foi filósofo e cientista. Fez parte, junto com Schiller, Wieland e Herder, do “Classicismo de Weimar” (1786-1805), período do apogeu literário na Alemanha. Nasceu em Frankfurt, Alemanha, em 28 de agosto de 1749. Filho do juiz Johann Gaspar Goethe e de Catharina Elisabeth Goethe, descendente de rica e culta família alemã. Cresceu em meio aos livros da biblioteca de seu pai, que possuía mais de 2 mil volumes. Educados por tutores, recebeu aulas de inglês, francês, italiano, grego e latim. Estudou ciências, religião e música. Em 1765, inicia o curso de Direito da Universidade de Leipzig. Em 1774, é nomeado ministro do ducado de Weimar, onde se fixa. Morreu em Weimar, Alemanha, no dia 22 de março de 1832.

“inaugurando a segunda dimensão dos direitos fundamentais e marcando a transição das características individualistas para as sociais”.

Segundo Comparato (2017, p. 204), o projeto da Constituição de Weimar foi redigido por Hugo Preuss. Instalada em 6 de fevereiro de 1919, a Assembleia Constituinte termina seus trabalhos em 31 de julho, sendo aprovada a então nova constituição, por 272 votos, com 75 contrários e várias abstenções.

Quanto à estrutura da Constituição de Weimar, esta é, sem dúvidas, dualista, ou seja, em sua “primeira parte tem por objeto a organização do Estado”. Já a segunda parte se preocupou em albergar “a declaração de direitos e deveres fundamentais, acrescentando às clássicas liberdades individuais os novos direitos de conteúdo social” (COMPARATO, 2017, p. 205). Diante do que se via no cenário mundial do pós-guerra, especialmente pela queda da Bolsa de Nova York, e pela ação nazista que se seguia, a República de Weimar acaba no início de 1933.

Análise comparativa dos textos da Constituição de Weimar (1919) e da Constituição Federal de 1988

Como se viu, a Constituição de Weimar (1919) foi uma construção cultural de cunho político, jurídico e econômico surgida com o objetivo de conciliar os ideários de grupos sociais alemães antagônicos que, então, defendiam o capitalismo liberal ou o socialismo. Por isso, traz os direitos fundamentais sociais na segunda parte de seu texto, o que gerou oposição de juristas,⁹ uma vez que, para fins de interpretação e aplicação do direito, essa conciliação textual objetivada entre capitalismo e socialismo requereu grande quantidade do que hoje denominamos normas programáticas. No entanto, não havia um sistema constitucional que exigisse sua implementação, haja vista a ausência de corte constitucional, bem como a inexistência

⁹ Ver, por todos, Schmitt (1982, p. 53), que aponta existirem duas constituições contraditórias no Texto Magno de Weimar. A primeira delas refere-se à organização da República Federal e inserindo “garantias individuais burguesas” em seu conteúdo. Já a segunda, continente dos direitos sociais e exprimidora das condições de intervenção do Estado na atividade econômica, oriunda do “programa socialista”, o que levaria a “uma síntese confusa”.

de mecanismos normativos que tornassem obrigatória a submissão das condutas dos poderes legislativo, executivo e judiciário às funções diretivas das normas programáticas.¹⁰

Embora esse tenha sido o preço pago pelo pioneirismo, ficando a Constituição de Weimar marcada como elitista, magisterial, emanada de projeto elaborado por professores de direito,¹¹ foi ela “a primeira das grandes constituições europeias a interessar-se profundamente pela questão social” (MIRANDA, 1997, p. 202). Ela abordou sistemicamente os direitos à educação, trabalho, saúde e previdência e assistência sociais, procurando dar-lhes suporte para a efetividade ao prever a intervenção do Estado na economia, fazendo com que, “desde então”, as “constituições modernas” outorguem aos direitos sociais “um lugar próprio” (ANDRADE, 2012, p. 59).

A Constituição de Weimar cria a República Federal alemã, composta pelo Reich e os Estados federados (arts. 2 e 5), com os municípios sendo apenas entidades dotadas de autonomia administrativa (art. 127). A Constituição Alemã de 1919 atribui, no artigo 7, ao Reich – governo central – as competências legislativas sobre “proteção da maternidade, dos lactantes, da infância e da juventude” (item 7), “direito do trabalho, garantia e proteção dos empregados” (item 9), “implantação de representações profissionais” (item 10), “regime de seguros” relacionados à saúde e previdência social (item

107

¹⁰ Jörg Polakiewicz (1993, p. 33-35) afirma que os seguintes fatores minaram a eficácia da Constituição de Weimar: a) seu “caráter neutro” perante “qualquer emenda constitucional”, já que, “de acordo com o artigo 76”, todo o Texto Magno “podia ser modificado pelos legisladores” mediante aquiescência de “dois terços” do parlamento; b) “a sobrecarga do texto constitucional com conteúdos programáticos”, sem que houvesse instrumentos constitucionais para obrigar à obediência das normas que os veiculavam, seja por ausência de controle estrito de constitucionalidade a partir de jurisdição constitucional, seja por não aprovação pela Assembleia Constituinte de dispositivo que previa que todos “os direitos fundamentais representam as diretrizes e restrições para a legislação, administração e atividade judicial no Reich e nos Estados federados”. Tudo porque essa realidade ensejou “o problema da aplicabilidade direta e eficácia de direitos fundamentais”, que passaram a “marchar no vazio”. Consequentemente, em relação a tais elementos, a Constituição Federal de 1988 leva vantagem, uma vez que pode ser vista como semirrigida, detentora de sistema processual e rol de ações para a sua proteção, além de inserir-se em contexto de amadurecimento da doutrina e jurisprudência no tocante às normas programáticas, vistas enquanto detentoras de eficácia diretiva das ações dos poderes do Estado e com proibição de retrocesso das conquistas alcançadas.

¹¹ Como lembra Biscaretti di Ruffia (2000, p. 522), a constituição alemã de 1919 fora redigida “com critérios cientificamente elaborados”, sendo caracterizada por sua natureza “magisterial” ou professoral, enfrentando “difíceis situações ambientais em que devia funcionar”, vindo a naufragar por sua dissociação da realidade social.

17). Já o artigo 9 atribui “competências legislativas” ao Reich “quando surja a necessidade de ditar disposições uniformes”, no tocante ao “fomento do bem-estar geral” e ao “ensino” básico e “superior”.

Em relação às disposições do artigo 7, cabe ao Reich elaborar normas gerais e, ainda, específicas sobre as matérias acima arroladas. No tocante às competências exaradas no artigo 9, cabe-lhe tão somente fazer normas gerais, sendo atribuição dos Estados promulgar normas específicas. Seja como for, havendo omissão legislativa do Reich poderiam os Estados legislar para suprir lacuna (art. 12). Ademais, nos “assuntos em que o Reich ostenta competência legislativa”, cabe-lhe o exercício “da inspeção”, ou seja, da fiscalização de seu cumprimento, o mesmo valendo para os Estados (art. 15).

A Constituição Federal de 1988 afirma que a União, os estados, os municípios e o Distrito Federal formam a “República Federativa do Brasil” (art. 2º), exprimindo serem competências legislativas privativas da União (art. 22) aquelas referentes à “organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões” (inc. XVI), à “seguridade social” (inc. XXIII) e às “diretrizes e bases da educação nacional” (inc. XXIV). Contudo, reza o texto constitucional, “lei complementar poderá autorizar os estados a legislar sobre questões específicas” das “matérias relacionadas” no artigo 22 (par. único).

O artigo 23, por seu turno, dispõe serem de “competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” o “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência” (inc. II), “proporcionar meios de acesso à cultura” e “educação” (inc. V), bem como “combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização” (inc. X). Nesses casos, “leis complementares fixarão as normas para a cooperação” entre os entes federados (par. único). Já o artigo 24 estabelece os temas de competência legislativa concorrente entre os União, estados e Distrito Federal, cabendo ao Poder Central tão somente “estabelecer normas gerais” (§ 1º), ficando sob encargo de estados e Distrito Federal promulgar legislação específica e, ainda, exercer “competência complementar” para fazer normas gerais em caso de omissão da União, enquanto tal omissão durar (§ 2º a 4º).

Como se vê, a principal diferença entre as constituições alemã de 1919 e brasileira de 1988 está no fato de que os municípios eram, na vigência da Constituição de Weimar, apenas entidades dotadas de autonomia administrativa e nunca políticas, ao contrário do que ocorre no Brasil atual. Afora isso, percebe-se, em ambas as constituições, uma preponderância em termos de competência legislativa dos estados federados em relação aos municípios,

a exemplo do que dispõem os artigos 12, da Lei Suprema alemã de 1919, e 24, da Constituição Federal de 1988.

A partir da explicitação das competências legislativas, as constituições de Weimar (1919) e do Brasil (1988) deixam claro, respectivamente, em seus artigos 151 e 1º, inciso III, que *os direitos sociais existem com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana e para a sua proteção e concretização*. Frise-se que a Constituição Federal de 1988 traz em seu “Título II – Dos direitos e garantias fundamentais”, no “Capítulo II – Dos direitos sociais”, a enumeração destes, a saber, “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”.

Rol em grande medida similar constava já da Constituição de Weimar, embora sem enumeração, merecendo destaque aqueles afetos à educação (arts. 145; 146), saúde (arts. 161), trabalho (arts. 7, item 9; 157; 163), previdência social (art. 161), proteção à maternidade, à infância e à juventude (art. 7, item 7; 119; 122), “assistência social compensatória” a “famílias numerosas” (art. 119) e concessão de bolsas de estudo aos carentes aptos ao “acesso ao ensino médio e superior” (art. 146).

A principal diferença entre os textos constitucionais alemão e brasileiro, para além da *enumeração dos direitos sociais fundamentais e da maior quantidade deles na Constituição Federal de 1988*, reside no reconhecimento, havido nesta Lei Suprema, de que *tais direitos têm por titulares não apenas brasileiros, mas, sim, “todos os residentes no país”, sejam eles nacionais ou “estrangeiros”* (art. 5º). Tal declaração é reiterada nos dispositivos referentes aos direitos à saúde (art. 196), assistência social (art. 203) e educação (art. 205).

Ao contrário, na Constituição de Weimar, *os direitos sociais eram, por vezes, de titularidade exclusiva dos nacionais*, como o exemplifica aquele inerente ao pleno emprego ou “trabalho produtivo”, outorgado somente aos alemães para que ganhassem “o sustento mediante um trabalho produtivo” (art. 163). Também o direito de “todo alemão” a ser beneficiário de partilha justa e igualitária da terra a ser realizada pelo Estado, a fim de usufruir “uma existência digna” (art. 155). Isso porque haviam deveres exclusivamente impostos aos alemães, como os de prestação de serviços e encargos não remunerados (arts. 132 e 133), além do dever de “contribuir” pelo pagamento de tributos ao Poder Público “na proporção de seus haveres e em conformidade com a Lei” (art. 134).

Contudo, no tocante a alguns direitos sociais, como os de associação dos empregados para a melhoria das condições de trabalho (art. 159) e o

de constar como segurados no regime de seguros ou previdência social alemã (art. 161), estrangeiros poderiam ser beneficiários ou titulares, desde que cumprissem as demais obrigações também impostas aos alemães, a exemplo da coparticipação no financiamento do regime de previdência e seleção por aptidão e ingresso no mercado de trabalho.

É possível verificar que a Constituição de Weimar (1919) e a Constituição Federal de 1988, que daquela recebeu influências indiretas na temática dos direitos sociais fundamentais, como visto, possuem *direitos a prestações estatais em muitos aspectos similares nos campos da educação, trabalho, previdência e assistência social*.

Na educação, ambas as constituições atribuem o *direito gratuito à educação inicial e aos meios para estudar, juntamente com o dever de obrigatoriamente cursá-la*. Tal direito, na Constituição de Weimar, alcançava os “ensinos primário e secundário” – que ia “até os dezoito anos de idade” – e impunha, ainda, a gratuidade dos “meios de aprendizagem”, ou seja, dos insumos necessários à aprendizagem, tais como material escolar e transporte (art. 145). Na Constituição brasileira de 1988, igualmente, a educação básica, que compreende aquela infantil e os ensinos fundamental e médio, indo dos quatro aos 17 anos, é obrigatória e gratuita, com “atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde” (art. 206, I e VII). Todavia, diferentemente da Constituição de Weimar, a Lei Suprema de 1988 trata o direito social à educação como direito público subjetivo (art. 206, § 1º), ensejando “o não oferecimento”, ou oferecimento “irregular”, “do ensino obrigatório pelo Poder Público” à “responsabilidade da autoridade competente” (art. 206, § 2º) nos âmbitos administrativo, cível e penal do ordenamento jurídico pátrio.

No que diz respeito ao *direito do trabalho*, em ambas as constituições há a *busca da proteção das relações laborais e do empregado, considerando-se o trabalhador hipossuficiente*. Na Constituição de Weimar, exige-se que o Reich proteja “a força de trabalho” de modo “especial” (art. 157), outorgando-se “a todos e em todas as profissões a liberdade de associação para a defesa e melhora das condições econômicas e de trabalho” (art. 159). Garante-se, ademais, “o domingo” e os feriados oficiais “como dias não laborais e de elevação espiritual” (art. 139), além de instituir-se a previsão à participação de empregados e empregadores na regulação estatal da economia alemã (art. 165). Adicionalmente, porque essa Lei Fundamental prevê a igualdade entre “todos os alemães” “perante a lei” e a igualdade política entre home e mulher

(art. 109), bem como a igualdade entre marido e mulher no matrimônio (art. 119), lança as bases para a igualdade laboral entre os gêneros.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu artigo 7º, extensa lista de direitos sociais laborais, dentre os quais proteção contra despedida “sem justa causa” que, ao ocorrer, ensejará indenização, concessão de seguro em caso de desemprego involuntário, fundo de garantia por tempo de serviço, salário mínimo fixado em lei e “capaz de atender” às necessidades vitais básicas do empregado “e de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”. Além disso, “irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”, “décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria”, “proteção do salário” contra “sua retenção dolosa”, “participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração”, “salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda”, “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”. Também “repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos”, “gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal”, “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias” e “licença-paternidade, nos termos fixados em lei”. Acrescenta-se “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”, “aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias”, “aposentadoria”, bem como “assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas”. Finalmente, a Constituição do Brasil declara ser “livre a associação profissional ou sindical” (art. 8º, *caput*).

No tocante à *previdência e assistência sociais*, a constituição alemã de 1919 prevê, mediante norma programática, a criação “de um amplo sistema de seguros para poder, com o concurso dos segurados, atender à conservação da saúde e da capacidade para o trabalho, a proteção da maternidade e a previsão das consequências econômicas da velhice, da enfermidade e das vicissitudes da vida” (art. 161). Assim, a previdência social alemã era prevista na Lei Suprema de Weimar como sistema securitário baseado no financiamento por empregados e empregadores. Adicionalmente, aquela constituição prevê “assistência social compensatória” às “famílias numerosas”, ou seja, com muitos filhos (art. 119) e a concessão de bolsa ou subsídios de estudos para

os pais que tenham filhos capazes de avançar para a educação superior e não disponham de recursos econômicos para sustentá-los (art. 146).

Já a Constituição Federal de 1988 traz como direitos dos trabalhadores um “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa” (art. 7º, XVIII). Preconiza, ainda, ser “a saúde” um “direito de todos” e “dever do Estado”, a ser efetivado por políticas estatais “que visem à redução do risco de doença” e “ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196). Além disso, a organização da previdência social “sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial”, de modo a cobrir os “eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada”, a proteger “à gestante” e “ao trabalhador em situação de desemprego involuntário”, a conceder “salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda” e “pensão por morte do segurado” ao “cônjuge ou companheiro e dependentes” (art. 201). Também aqui, a exemplo do que ocorrera na Alemanha de 1919, há previsão de financiamento da previdência social por empregados e empregadores.

112

Finalmente, nos termos da Constituição Federal de 1988, “a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social”, tendo “por objetivos” a “proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice”, “a promoção da integração ao mercado de trabalho”, “a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária” e a “garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família” (art. 203).

É, pois, perceptível, que a Constituição de Weimar (1919) e a Constituição Federal de 1988, embora separadas por quase setenta anos e inseridas em contexto cultural e social distintos, a saber, europeu e sul-americano, possuem muitas características em comum, dentre as quais a sistematização dos *direitos sociais vistos como fundamentais*. Estes são *inseridos em ambos os textos magnos de modo sistematizado, especialmente por meio de normas programáticas, com o objetivo de se conciliar elementos dos ideários de origem liberal e gênese socialista*, consubstanciando-se, por conseguinte, no que se denomina socialdemocracia ou estado de direito sócio-liberal.

Adicionalmente, lembra-se que os contextos históricos dos quais emanaram ambas as constituições foram pautados pela convulsão política,

incerteza econômica e dificuldade de conciliar interesses opostos. Lançou-se, então, mão das normas programáticas para adiar conflitos que à época eram insolúveis e ensejaram dissociação entre teoria constitucional e prática político-jurídica, dando origem a um constitucionalismo que pode ser visto, parcialmente, como simbólico sob o prisma da eficácia das normas, como ensina Neves (1994).

Deste modo, a fim de que se não incorra nos insucessos fáticos vividos pela Alemanha sob a égide da Constituição de Weimar, em pouco tempo transmutada em documento normativo legitimador do Nazismo, impõe-se contribuir para a efetividade das normas sociais existentes na hodierna Constituição do Brasil, defendendo-as, outrossim, contra revogações desprovidas de análises e compromissos efetivados pelos diferentes setores da sociedade nacional.

Considerações finais

Como se viu, em 11 de agosto de 1919, a Constituição de Weimar entrava em cena, assumindo seu lugar na história das nações como resultado do esforço de estudiosos do direito e do trabalho do parlamento alemão.

Foi, de fato, uma constituição que inovou para a época, lançando luzes para diversas outras cartas que surgiriam em anos seguintes, tais como: a Convenção de Genebra sobre a Escravatura; a Convenção Relativa ao Tratamento de Prisioneiros de Guerra; a Carta das Nações Unidas; a Declaração Universal dos Direitos Humanos; a Convenção para Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio; as Convenções de Genebra de 1949 sobre a Proteção das Vítimas de Conflito Bélicos; a Convenção Europeia de Direitos Humanos; os Pactos Internacionais de Direitos Humanos de 1966; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural; a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos; a Convenção sobre o Direito do Mar; a Convenção sobre a Proteção do Meio Ambiente; o Estatuto do Tribunal Penal Internacional etc.

A contribuição da Constituição de Weimar, como visto no cenário mundial, também influenciou o direito brasileiro, especialmente a constituição de 1934, o que ficou mais evidente na constituição de 1988, ainda que esta tenha sido influenciada de forma indireta. Ficou claro e evidente a

integração de direitos fundamentais e direitos sociais entre as constituições analisadas, deixando clara a preocupação na valorização de tais direitos.

Com isso, espera-se que a análise proposta, especialmente a parte comparativa entre a Constituição de Weimar e a Constituição Federal de 1988, tenha contribuído sobremaneira, a fim de se evidenciar os Direitos Fundamentais e Direitos Sociais, que devem sempre esperar do Estado uma ação positiva para sua efetividade. Assim, reafirma-se a importância histórica-normativa da Constituição de Weimar, que lança para o mundo um modelo de Constituição Social.

Referências

ANDRADE, J. C. V. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

BANDEIRA, M. T. Souza; FERRI, C. A. Constituição: uma ideia liberal. In: FERRI, C. A. (Org.). **Direitos humanos fundamentais**. Jundiaí: Paco Editorial, 2015. p. 13-40.

BARROS, S. R. **Direitos humanos: paradoxo da civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROS, S. R. **Liberdade e contratos: a crise da licitação**. 2ª ed. Piracicaba: Editora da Uniep, 1999.

BISCARETTI di RUFFIA, P. **Introducción al derecho constitucional comparado: las formas de estado, y las formas de gobierno, las constituciones modernas**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

BREGA FILHO, V. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERREIRA FILHO, M. G. **Direitos humanos fundamentais**. 11ª ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2009.

JAMES, H. G. **The constitutional system of Brazil**. Washington, DC: Carnegie, 1923.

KIST, D. J. O estado social e o surgimento dos direitos fundamentais de segunda geração. **Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência**, v. 26, n. 80, p. 82-103, 2000,

LELLIS, L. M. **Princípios constitucionais do ensino**. São Paulo: Lexia, 2011.

MIRANDA, J. **Manual de direito constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

MIRANDA, J. **Teoria do estado e da constituição**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NEVES, M. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

PADILHA, R. **Direito constitucional**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

PINHEIRO, M. C. B. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais. **Revista de Informação Legislativa**, v. 43, n. 169, p. 101-126, 2006.

PISANESCHI, A. **Dirito costituzionale**. 2ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2016.

POLAKIEWICZ, J. El proceso historico de la implantación de los derechos fundamentales em Alemania. **Revista de Estudios Políticos**, v. 81, p. 23-45, 1993.

SCHMITT, C. **Teoria de la constitución**. Madri: Alianza Editorial, 1982.

SUANZES, J. V. (edição, prólogo e introdução). **Textos básicos de la historia constitucional comparada.** Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

O constitucionalismo econômico de Weimar: dignidade da pessoa humana e mercado de capitais

Antônio José Iatarola¹

Karina Teresa da Silva Maciel²

Introdução

A Constituição da República de Weimar, de 1919, é um documento com grande valor histórico, pois representa o início de uma nova concepção dos direitos fundamentais, inaugurando o chamado constitucionalismo econômico, com previsões de normas constitucionais econômicas e limitadoras.

No presente capítulo serão apresentados os principais fatos históricos que influenciaram a redação da Constituição de Weimar, além da importância de se encontrar a extensão da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, com base no princípio da dignidade humana na sociedade

¹ Mestre e especialista em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (Unimep). Professor titular na Universidade Paulista e professor na Facamp e no Centro Universitário Adventista de São Paulo, campus Engenheiro Coelho (Unasp-EC). Advogado.

² Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Metodista de Piracicaba (Unimep). Especialista em Direito Empresarial e Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora de Direito. Advogada e mediadora de conflitos societários e empresariais.

contemporânea. Passando pela discussão da chamada teoria do “mínimo existencial” criado e aplicado na Alemanha e a sua aplicação no Brasil.

Por fim, pretende analisar algumas questões referentes à relação entre a dignidade da pessoa humana e o mercado de capitais, especialmente a questão central de buscar um equilíbrio de forças dentro do mercado de capitais, uma vez que proporcionaram importantes modificações na regulação da economia, para a efetivação da solidarização dos ganhos e riscos empresariais.

Contexto histórico da Constituição de Weimar

No início do século XX, o mundo se encantava com a possibilidade de conquistarem o desejado sistema de “paz perpétua” de Immanuel Kant.³ A humanidade conclui que era necessária a concretização de um sistema internacional fundamentado na paz e baseado na igualdade jurídica das nações, efetivando, assim, o princípio previsto desde o Tratado de Westfália, em 1648.⁴

Tal entusiasmo se deveu principalmente pelo fim das guerras napoleônicas⁵ e das realizações das Convenções de Genebra, na Suíça.⁶ A

³ A obra *À paz perpétua* foi escrita pelo filósofo Emmanuel Kant, em 1795. Sua base filosófica é acreditar que uma paz perpétua entre as nações será possível apenas na razão e não na força do poder. Para Kant, a guerra deve ser eliminada e, por consequência, deve-se buscar o fortalecimento das normas jurídicas internacionais. Para ele, os Estados não podem sobrepor-se uns aos outros, nem mesmo impor seus interesses diante da sua força bélica ou econômica.

⁴ O Tratado de Westfália, também chamado da Paz de Westfália, compreende uma série de tratados que puseram fim na Guerra dos Trinta Anos. Sua importância está na inauguração de um moderno sistema de relações internacionais entre os Estados, em razão de adotar juridicamente a soberania estatal e o próprio conceito de Estado-nação. A partir da Paz de Westfália os Estados passam a ser considerados iguais perante a ordem jurídica internacional, ocasionando a sua independência e liberdade nos assuntos internos, além de total liberdade na condução de sua política internacional.

⁵ Guerra liderada pelo francês Napoleão Bonaparte, cujo fim ocorreu em 1815. Remodelou o sistema político e jurídico internacional, estabelecendo um novo sistema multilateral de cooperação política e econômica na Europa. Foi o surgimento do “Concerto Europeu”, sistema de relações internacionais que durará até a Primeira Guerra Mundial.

⁶ Conjunto de tratados internacionais que definiram e criaram as normas do Direito Humanitário Internacional.

harmonização de interesses entre os países europeus, na busca pela paz entre as nações, proporcionou uma grande evolução no sistema jurídico internacional, pautando as relações internacionais numa ordem jurídica como pilar principal era a efetivação da paz e o respeito ao direito humanitário internacional.

Entretanto, os interesses das dinastias europeias encontravam-se em plena rota de colisão. A tentativa de acomodação dos anseios e ambições das nações europeias era frágil e ineficaz. Desta feita, um fato isolado acabou sendo o descortinador de uma das mais sangrentas guerras, ocasionando milhões de mortes e a destruição de grande parte da capacidade econômico-financeira de toda a Europa. É nesse contexto que a Constituição Alemã da República de Weimar, em 1919, iniciou sua vigência, com base nas transformações políticas produzidas pela guerra, numa sistema organizacional diferente e inaugural.

A Primeira Guerra Mundial inicia seus confrontos em 1914, exatamente com a declaração de guerra da Áustria à Sérvia, em 28 de julho de 1914, tendo como principais beligerantes a Alemanha e a Áustria-Hungria, de um lado, e a Tríplice Aliança, do outro, tornando-a mortamente eficaz. Em 11 de novembro de 1918, o primeiro-ministro inglês, David Lloyd George, anunciou que fora assinado um armistício entre a Alemanha e os aliados, chegando ao fim uma guerra que deixou marcas insuperáveis na sociedade alemã.

No final da Grande Guerra, os aliados exigiram que Alemanha assinasse um dos Tratados de Versalhes, que tinha como principal objetivo humilhar e impedir a recuperação econômica e militar da Alemanha, levando-a a uma grave crise econômica e social. Assim, o descontentamento era geral na Europa, principalmente entre os Estados derrotados.

A insatisfação com o *status quo* não se restringia aos Estados derrotados, embora estes, notadamente a Alemanha, sentissem que tinham bastantes motivos para ressentimento, como de fato tinha. Todo partido na Alemanha, dos comunistas na extrema esquerda aos nacional-socialistas de Hitler na extrema direita, combinavam-se na condenação do Tratado de Versalhes como injusto e inaceitável (HOBSBAWM, 1995, p. 35).

Indubitavelmente a Alemanha representava uma grande “panela de pressão”, podendo explodir a qualquer momento. Influenciada pela

Revolução Russa de 1917, o sistema econômico liberal é altamente criticado. Nesse momento os alemães entendem que era o momento de iniciar um novo sistema econômico no país.

Com o fim da guerra, ocorreu a abdicação de Guilherme II e o advento da República de Weimar, uma república é constituída na Alemanha com base num acordo realizado entre as forças armadas e o Partido Social Democrata Alemão (SPD), alicerçada numa nova constituição, ou seja, na Constituição da República de Weimar.

Constituição democrática econômica

A constituição econômica, ou seja, o sistema econômico delimitado por normas jurídicas constitucionais tem origem na Constituição Alemã da República de Weimar, de 1919. Para muitos estudiosos, ela representa a base do constitucionalismo contemporâneo, razão pela qual acaba influenciando quase que a totalidade das constituições moderna dos Estados democráticos.

120

Apesar de a República de Weimar, fundamentada em sua constituição, ser encarada como um grande fracasso na condução da sociedade alemã, uma vez que levou ao Estado totalitário nazista, ela não pode ser julgada de forma simplista e genérica. Aprofundando seu estudo, podem-se encontrar grandes conquistas históricas, como a previsão constitucional de um capítulo dedicado exclusivamente à ordem econômica e sua limitação na dignidade da pessoa humana.

Na Constituição de Weimar encontra-se o artigo 151, que irá impor à ordem econômica limitações na justiça e na dignidade da pessoa humana, impulsionando grande parte dos estudiosos do período ao fervoroso debate sobre o assunto. A redação da norma constitucional alemã deixa claro que as normas jurídicas de cunho econômico, que regerão o sistema econômico e o mercado deverão se submeter na limitação da existência humana digna, ou seja, que o Estado deverá garantir que os agentes econômicos tenham em suas diretrizes uma sociedade mais homogênea. Diz o artigo 151:

Art. 151. A organização da vida econômica deve corresponder aos princípios da justiça e ter como objetivo a garantia de uma existência humana digna a todos. Dentro destes limites, a liberdade econômica do indivíduo deve ser assegurada.

É inegável a revolução que esse artigo trouxe para as constituições vindouras. Representa um marco na mudança da teoria constitucional, que ora passa a ter como matriz de proteção da dignidade da pessoa humana, prevendo a limitação da ordem econômica, gerando muitas dúvidas e discussões sobre o tema.

Essa vinculação acabou influenciando nossas constituições, que a partir de 1934⁷ trouxeram artigos prevendo a limitação da ordem econômica à dignidade da pessoa humana, incluindo a atual Constituição Federal de 1988, em seu artigo 170.⁸ Dessa forma, vivemos numa sociedade cuja norma magna possui normas jurídicas que irão interpretar e limitar o sistema econômico nacional (TAVARES, 2011, p. 77).

Nesse sentido, as regras constitucionais econômicas previstas em nossa constituição irão definir os direitos e a responsabilidade dos agentes econômicos, buscando determinar qual o fim que se pretende atingir com esse sistema econômico, e o mercado deverá estar engajado com essas normas constitucionais.

Portanto, não há dúvidas de que nossa constituição adota regras econômicas limitadas pela dignidade da pessoa humana, nos remetendo a uma importante indagação: qual será a relação entre a dignidade da pessoa humana e a constituição econômica. Ou seja, a limitação exercida pela vida digna se resume no mínimo existencial desenvolvida pelo Estado alemão após a Segunda Guerra Mundial? (BERCOVICI, 2007, 457-467).

A teoria do mínimo existencial tem seu berço no Tribunal Federativo da Alemanha, especificamente na decisão BverwGE 1, 159, de 1954, em que se reconheceu como direito subjetivo, fundado na dignidade da pessoa humana, a necessidade do Estado em garantir auxílio material para as condições mínimas de existência de todos os indivíduos.

Essa teoria passa a ser aplicada por demais Estados Democráticos de Direito, uma vez que sua aplicação garante a efetivação da dignidade humana, base do constitucionalismo contemporâneo. Dessa forma, o Estado passa

⁷ Art. 115, *caput* da Constituição de 1934: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos a existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.” Pode-se observar que a redação desse artigo é praticamente a tradução literal do artigo 151 da constituição alemã, demonstrando a grande influência exercida por esta nas constituições contemporâneas.

⁸ Art. 170, *caput* da Constituição de 1988: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a exigência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...]”

a ter a obrigação de garantir aos indivíduos uma vida digna, com base em direitos mínimos garantidos pelo Estado.

Por consequência, a discussão passa a ser a definição e alcance dos direitos englobados pelo mínimo existencial. Nossa constituição de 1988, ao prever que a ordem econômica seja limitada na garantia e respeitabilidade da dignidade da pessoa humana, está determinando que apenas os direitos individuais de liberdades são passíveis de uma vida digna ou devem-se incluir os direitos sociais?

Numa perspectiva liberal e individualista, alguns autores defendem a exclusão dos direitos sociais e econômicos desse mínimo existencial, se fundamentando na teoria de Carl Schmitt, “para afirmarem categoricamente que direitos sociais não são direitos fundamentais” (BERCOVICI, 2007, 457-467). Ocorre que o próprio Tribunal Constitucional Federal alemão, quando demandado a apresentar critérios objetivos, construiu a concepção da chamada “reserva do possível” a partir do confronto entre os interesses individuais e o interesse coletivo. Dessa forma, chegou-se a conclusão de que os interesses individuais estariam limitados ao *razoavelmente exigível*.

Entretanto, não é crível a exclusão dos direitos sociais da Constituição de 1988, quando se fala em mínimo existencial. Diante da conjuntura histórico-social da nossa constituição, o estabelecimento do conteúdo do mínimo existencial é nitidamente maior, envolvendo claramente os direitos sociais.

Mas qual seria o conceito científico de mínimo existencial? Existe um grande risco à população quando se utiliza uma abordagem sem tecnicidade, uma vez que o resultado poderá ser totalmente contrário ao que se deseja com o mínimo existencial. Uma destinação moldada por interesses econômicos e desmedida poderá retirar a força vinculante desses direitos sociais, sua exigibilidade imediata, dificultando ou mesmo impedindo a efetivação dos respectivos direitos sociais pelo Estado.

A discussão se conecta na efetivação de uma democracia econômico-social e não apenas política. Não há possibilidade de falarmos em democracia eficaz dentro de uma sociedade em que há graves assimetrias econômicas, formada por uma camada populacional excluída, sem qualquer dignidade.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2001, p. 77) prega que uma democracia deve gerar “três condições socioeconômicas: pluralismo social, com concentração e dispersão dos fatores de Poder, e ausência de desigualdades extremadas”. A falta de êxito nesse campo social e econômico pode proporcionar a perda da legitimidade do poder, com base na necessidade de garantir uma vida digna a todos.

Não há dúvida de que é necessário o desenvolvimento de um mínimo existencial no Brasil que seja capaz de proporcionar uma sociedade homogênea e a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana. Defender um sistema de proteção de direitos fundamentais sem a inclusão de direitos sociais, na atual situação social e econômica brasileira, é buscar a perpetuação da desigualdade e a transformação da constituição nacional numa simples carta poética de direitos.

Assim, os direitos fundamentais do homem devem transcender os direitos individuais e sociais básicos descritos na história. Na verdade, eles devem influenciar ou até mesmo limitar o sistema econômico vigente, como previsto no artigo 170 da Constituição Federal de 1988, submetendo os principais agentes econômicos ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Inúmeros desafios existem para a compreensão e aplicação dos direitos fundamentais no Brasil. Nas palavras de Ricardo Lobo (s.d.), “o trabalho da interpretação deve ter o objetivo de dilatar e aprofundar a compreensão dos direitos humanos, que não se expressem em catálogo completo e acabado, e, ao mesmo tempo, traçar a linha demarcatória que os estrema dos direitos econômicos e sociais”.

Nesse sentido, o direito empresarial, por intermédio de seu principal agente, o empresário, deve ser desenvolvido e interpretado nos limites impostos pela dignidade da pessoa humana, a fim de que essa dignidade seja uma realidade factível às pessoas na sociedade contemporânea.

Esse constitucionalismo econômico, claramente adotado pela constituição brasileira, se choca e cria limitações diretas com o sistema capitalista financeiro que vivemos nos últimos anos. Sabendo que esse sistema tem como motor principal o mercado de capitais, as dúvidas que existem é como iremos interpretar e aplicar as limitações impostas pelos direitos fundamentais na estrutura econômica capitalista, sem que possa prejudicar o crescimento e a circulação da riqueza.

Dignidade da pessoa humana como pedra angular do direito empresarial constitucional

Os direitos fundamentais do homem, em especial a dignidade da pessoa humana e a função social da propriedade, ganharam assento

constitucional e passaram a ser valores centrais do sistema jurídico, de modo a qualificar e limitar a liberdade econômica, superando-se o Estado Liberal na pós-modernidade.

Identicamente, no Brasil, a dignidade da pessoa humana representa um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito contidos na Constituição Federal de 1988 que, sistematizada com os direitos fundamentais da liberdade econômica e da função social da propriedade, obrigam o Estado brasileiro a engendrar todos seus esforços para a efetivação da dignidade da pessoa humana no desenvolvimento econômico. Essa base constitucional se constitui como pilar à construção e interpretação de todo o sistema legislativo infraconstitucional que tutela as relações privadas, em que se inserem as normas empresariais.⁹

Assim sendo, o mercado de capitais, como meio apto à captação, distribuição e circulação de riquezas, ocupa um lugar de destaque como instrumento ao desenvolvimento econômico. É capaz de propiciar a satisfação direta das necessidades financeiras de investimento em produção para as companhias, rentabilidade para investidores e, indiretamente, com base na ampliação a produção, é capaz de produzir novos empregos, produtos e serviços, beneficiando uma gama coletiva de trabalhadores, consumidores e o próprio Estado.

Segundo Berle e Means (1984, p. 236-237), o mercado de capitais possui três funções:

[1] A primeira é a de manter um ponto de encontro e facilidades de negociações reunindo uma corrente constante de compradores e vendedores. Isso envolve a manutenção de um “mercado livre”. [2] Em segundo lugar, os mercados de ações fornecem uma medida de valor contínua, tornando as ações úteis como base de crédito ou troca por todo o país por uma cifra aproximadamente baseada no preço de mercado da bolsa. Isso envolve a disponibilidade de informações

⁹ O processo de fortalecimento da Constituição Federal como carta de direitos fundamentais efetivos e exequíveis (e não mais como mera carta programática ou intencional de direitos) se iniciou com a Constituição Federal de 1988, enquanto a discussão e o reconhecimento dos direitos metaindividuais começaram a ter relevo a partir do Código de Defesa do Consumidor de 1990. Sob esse viés, cumpre notar que a constitucionalização do direito privado e o reconhecimento de direitos difusos e coletivos no Direito entre particulares é relativamente recente no Brasil, em especial o direito empresarial constitucional e o direito empresarial difuso e coletivo, o que costuma-se denominar de publicização do direito privado.

adequadas sobre as quais basear uma estimativa. [3] Em terceiro lugar, esses mercados proporcionam o único meio importante pelo qual um investidor pode retirar seu capital, seja para empregá-lo em outra parte, seja para despesas pessoais. O mercado é o guichê do caixa pagador. A quantia a pagar varia diariamente, mas praticamente não há o outro meio de assegurar qualquer quantia, ou, pelo menos, todos os meios dependem da existência do mercado. Em síntese, o mercado desempenha a função de dar liquidez às ações.

Logo, é evidente que sobre o mercado de capitais gravita o princípio da dignidade da pessoa humana. Como fundamento do Estado Democrático de Direito, ele está na base dos direitos fundamentais à igualdade, à função social da propriedade e à liberdade econômica, tornando-se a pedra angular de todo o sistema normativo que tutela a economia e as relações privadas.

Afinal, a existência desse mercado, em última análise, visa garantir o desenvolvimento econômico buscando a satisfação das necessidades humanas e a existência digna. Para tanto, como atingir tal objetivo no mercado de capitais, tornando-o transparente e confiável para que cumpra com sua função no desenvolvimento econômico salutar do país?

125

Igualdade de informação, de oportunidades e liberdade econômica

Conforme tratou-se no decorrer do presente estudo, essa base constitucional transfigura-se nos princípios da igualdade de informação e de oportunidades ao atingir a legislação infraconstitucional, moldando a liberdade econômica no mercado de capitais.

É certo que, em sua atuação, os atores do mercado tendem a avaliar os riscos e valores dos títulos com base em probabilidades, num esforço para antecipar os resultados financeiros positivos ou negativos. E a presença de informações abundantes e tempestivas (*full disclosure*) no mercado propicia uma maior aproximação do valor da avaliação dos títulos (feita pelos investidores no mercado) em relação ao seu valor real (MACIEL; MARTIN, 2014, p. 179-180).

Nesse íterim, o princípio da igualdade de informações, também denominado princípio da transparência ou *full disclosure*, é reconhecido globalmente como pressuposto básico e essencial ao desenvolvimento econômico,

na medida em que gera a construção de uma relação de confiança salutar entre o investidor e a companhia, atraindo investimentos:

La transparencia procura asegurar un nivel de información parejo en todos cuantos participan de un modo o de outro em los citados mercados; persigue que el conocimiento de causa sobre el que asentar la toma de decisiones por parte de inversores de la más diversa condición sea relativamente equiparable; y genera, en fin, un ambiente de confianza alrededor del correcto funcionamiento de los mercados, beneficioso a la postre para el conjunto de la economía (CUETO, 2003, p. 1).

Deste modo, constitui-se como constante preocupação a manutenção de um sistema de informações públicas neste mercado:

É ponto pacífico que sem uma boa política de divulgação de informações, é fácil tirar proveito dos minoritários [acionistas investidores que não detêm o poder de controle]. O *full disclosure* emerge, então, como importante instrumento para impedir a expropriação dos investidores externos pelos internos (gestores e acionistas controladores) (MARTINEZ, 2005, p. 97).

Sendo assim, o Estado visa a garantia das mesmas oportunidades econômicas a todos os investidores, sejam eles *insiders*¹⁰ ou minoritários externos à companhia, para além da uniformidade e tempestividade de informações disponibilizadas ao mercado. Isso é feito pelo Estado, por meio da Comissão de Valores Mobiliários (órgão de regulamentação e fiscalização), ao proibir a negociação de títulos mobiliários por aqueles *insiders*¹¹ que disponham de forma privilegiada informações que possam influenciar a negociação do ativo mobiliário, enquanto essa informação não

¹⁰ *Insider* é toda pessoa que, em razão de uma relação de trabalho, societária, de administração ou representação da sociedade empresária, detenha informações privilegiadas (desconhecidas dos demais investidores).

¹¹ Cumpre asseverar que a mesma proibição de negociação de valores mobiliários incide sobre qualquer terceiro que tenha obtido a informação privilegiada de determinada companhia antes de essa informação ser disponibilizada de forma pública e simultânea a todos os investidores.

for colocada à disposição de todos os investidores por meio de publicação de informação relevante.¹²

Entretanto, conforme aponta doutrina abalizada, nem sempre foi assim. Os primeiros relatos da apropriação de informações privilegiadas por aqueles que se mantinham em uma situação de especial confiança na companhia surgem no século 18. Por um vasto período, essa conduta foi tolerada como “expressão do privilégio dos mais informados”, sendo, inclusive, considerada uma forma legítima de remuneração dos dirigentes das sociedades anônimas (COSTA; RAMOS, 2006, p. 18-22).

O juízo de valoração de tal prática passou a mudar somente a partir do início do século 20 – primeiramente nos Estados Unidos da América¹³ e posteriormente na Europa – com a reiterada e insistente denúncia do enriquecimento daqueles *insiders* em prejuízo da própria companhia e dos demais investidores do mercado.

No Brasil, absorveu-se a experiência europeia e americana capitalista pós-moderna para a construção do mercado de capitais nacional, inaugurando-se a constitucionalização do direito empresarial, de modo a reconhecer a função social do mercado de valores mobiliários para o salutar desenvolvimento econômico fundado na dignidade da pessoa humana.

Assim, além dos dispositivos constitucionais, a disciplina infraconstitucional sobre o tema surgiu inicialmente de maneira programática na

¹² Essa situação provisória de assimetria de informações entre os *insiders* e demais investidores qualifica a informação privilegiada, constituindo crime a negociação de valores mobiliários nessa hipótese, nos termos do art. 27-D da Lei 6385/76: “Utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.”

¹³ Martins (1978, p. 384) aponta que a repetição de sucessivos escândalos de operações por *insiders* fez surgir nos Estados Unidos, depois do *crack* de 1929, a regulamentação e fiscalização do mercado pela *Securities Exchange Commission* (SEC). Os primeiros regramentos do mercado de valores mobiliários americano foram o *Securities Act* de 1933 e o *Securities Exchange Act* de 1934, focados na proteção dos investidores e na política de *full disclosure*. Nesses diplomas, destacam-se as normas como normas relevantes à disciplina do *insider trading* e *full disclosure* contidas na *Section 10.b* e na *Section 16.b* do *Securities Exchange Act* de 1934 (disponível em: <<http://www.sec.gov/about/laws/sea34.pdf>> acesso em: 6 dez. 2011), bem como a *Rule 10b-5*, editada em 1942 pelo órgão regulamentador do mercado de capitais americano, a *Securities and Exchange Commission – SEC* (disponível em: <<http://www.sec.gov/rules/final/33-7881.htm>>, acesso em: 6 dez. 2011).

Lei 4728/65, artigo 2º, incisos I, II e III, atribuindo ao Conselho Monetário Nacional e o Banco Central a facilitação do acesso do público a informações sobre os títulos ou valores mobiliários e as sociedades que os emitirem; bem como à proteção dos investidores contra emissões ilegais ou fraudulentas de títulos ou valores mobiliários ou manipulação destinadas a criar condições artificiais da demanda, oferta ou preço de títulos ou valores mobiliários distribuídos no mercado.

Quase uma década depois, foram editadas a Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que criou a Comissão de Valores Mobiliários e disciplina o mercado de capitais, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que tutela lei das sociedades por ações. Criou-se, assim, o arcabouço legislativo capaz de efetivar a função social desse meio para o desenvolvimento fundamentado na dignidade econômica da pessoa humana.

A partir de então, o mercado de bolsa passou a ser um ambiente autorregulamentado, informatizado e transparente, no qual são negociados títulos mobiliários de companhias abertas registradas na Comissão de Valores Mobiliários e listadas nas Bolsas de Valores. A Brasil Bolsa Balcão [B³] é a atual configuração desse mercado formado pela reunião da Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros de São Paulo (BM & Fbovespa)¹⁴ e o Mercado de Balcão.¹⁵

128

Considerações finais

No mercado de valores mobiliários, a partir do século 20, a liberdade econômica – que foi tão característica do sistema patrimonial capitalista liberal do século 19 – é limitada pela garantia à igualdade de informações e de oportunidades. Isso acontece sob inspiração de que o sistema capitalista

¹⁴ O mercado em bolsa é informatizado e transparente, possuindo massificação de preços (cotação) dos valores mobiliários devido à contínua divulgação das operações realizadas, dando liquidez aos investimentos em valores mobiliários.

¹⁵ O mercado de balcão organizado é um ambiente autorregulamentado, informatizado e transparente, no qual são realizadas ofertas restritas de ações e títulos mobiliários (debêntures, cotas de fundos de investimento imobiliário, fundos fechados, fundos de investimento em direitos creditórios (FIDCs) e certificados de recebíveis imobiliários (CRIs), entre outros) a investidores qualificados (como instituições financeiras, fundos de pensão, entre outros), sendo caracterizado pela ausência de homogeneidade em termos de participantes, de operações e de massificação de preços.

pós-moderno tem a finalidade de propiciar o acesso e satisfação das necessidades econômicas e sociais de todos, e não mais de uma casta privilegiada financeira e informacionalmente, mas a todos os investidores, especialmente o investidor minoritário.

Sendo assim, observa-se que a ordem econômica capitalista pós-moderna ampliou o bicolor das garantias da liberdade e propriedade (liberdade de iniciativa, de lucro e autonomia da vontade). O propósito é assumir um feixe complexo de valores e garantias que tendem a equilibrar as forças (econômicas e informacionais) dentro do mercado de capitais, objetivando o direito à igualdade entre os investidores, e onde o direito à informação pública tempestiva é instrumento dessa igualdade.

Portanto, ousa-se afirmar que sob um enfoque amplo quanto ao território e decurso de tempo, ultrapassando fronteiras e décadas de história, é possível vislumbrar o reconhecimento da dignidade da pessoa como fundamento do Estado Democrático, seja na Constituição de Weimar, seja em outros diplomas e sistemas jurídicos. Tal reconhecimento levou a transformações profundas na regulação da economia, ceifando privilégios de *insiders* (especialmente de controladores e administradores) no mercado de capitais, tornando-o mais acessível a todos e permitindo que possa efetivar o seu principal objetivo, que é a solidarização dos ganhos e riscos empresariais.

129

Referências

- ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- BERCOVICI, G. Constituição econômica e dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo**, v. 102, p. 457-467, 2007.
- BERLE, A.A.; MEANS, G. C. **A moderna sociedade anônima e a propriedade privada**. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

COSTA, J. F.; RAMOS, M. E. **O crime de abuso de informação privilegiada: insider trading** – a informação enquanto problema jurídico-penal. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006.

CUETO, J. C. V. Reflexiones críticas sobre la reforma del derecho de información del accionista introducida por la Ley 26/2003, de 17 de Julio. **Revista Derecho de Los Negocios**, v. 14, n. 159, p. 1-30, 2003.

FERREIRA FILHO, M. G. **A democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001.

HOBSBAWM, E. **Era dos extremos: o breve século XX – 1914-1991**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KISSINGER, H. **Diplomacia**. São Paulo: Saraiva, 2012.

130 MACIEL, K. T. S; MARTIN, A. Direitos difusos dos investidores no mercado de capitais: repressão ao *insider trading*. **Revista de Direito Empresarial**, v. 2, p. 159-186, 2014.

MARTINEZ, A. P. Política de divulgação de informações no âmbito do mercado de capitais. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 8, n. 28, 2005.

MARTINS, F. **Comentários à lei das sociedades anônimas**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MAZZUOLI, V. O. **Curso de direito internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MELLO, C. D. A. **Curso de direito internacional público**. 12ª ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TAVARES, A. R. **Direito constitucional econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

TORRES, R. L. **O mínimo existencial e os direitos econômicos.** Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46113/44271>. Acesso em: 10 junho 2019.

U.S. SECURITIES and exchange commission. **Securities Exchange Act de 1934.** Disponível em <<http://www.sec.gov/about/laws/sea34.pdf>>. Acesso em 6 dez. 2011.

A influência da constituição de Weimar na função social dos contratos de consumo

Edeltrudes Querino de Sousa Hayacida¹

Mônica de Oliveira Silva Fiori²

Introdução

A Constituição de Weimar representou um importante avanço na busca por direitos sociais após período de extrema opressão e aniquilamento de direitos. Ela serviu de inspiração à nossa constituição de 1934 ao tratar dos direitos fundamentais sociais, além do forte impacto nas correntes doutrinárias do direito público da década de 1920. A Constituição do México, de

¹ Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (Unimep). Professora de graduação em Direito no Centro Universitário Adventista de São Paulo, campus Engenheiro Coelho (Unasp-EC) e na Faculdade de Americana, em Direito Civil e Constitucional, e de pós-graduação em Direito na Faculdade Unitá de Campinas, em Teoria Geral do Direito Constitucional. Advogada.

² Mestre em Direito das Relações Sociais e especialista em Direito das Relações de Consumo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); pós-graduada em Pesquisa, Metodologias de Investigação e Docência no Ensino Superior no Centro Universitário Hermínio Ometto/Uniararas. Professora universitária no Centro Universitário Adventista de São Paulo, campus Engenheiro Coelho (Unasp-EC) e no Centro Universitário Edmundo Ulson (Unar). Advogada.

1917, e a Constituição de Weimar, de 1919, foram as primeiras a trazer em seu bojo o constitucionalismo social, prestigiando importantes direitos sociais tão pleiteados no início do século 20 por populares.

A partir dessa salutar proclamação de direitos necessitavam ser somados aos já existentes, quebrando, sobretudo, o pensamento liberal que reprimia a classe operária, bem como outras minorias até então presentes e bem mais vulneráveis. Dessa maneira, surgiu a cristalização de dispositivos constitucionais que se mantinham como baluartes na busca de um maior equilíbrio, com a conseqüente ideia de uma mínima igualdade no seio da sociedade.

Esse anseio por igualdade foi traduzido pelo intuito de uma geração cansada de ser marginalizada e objeto de manobra de grupos pequenos que mantinham o poder a mãos de ferro. Essa geração, que se viu como saldo de uma guerra sem limites de atrocidade, buscou voz por meio de uma nova ordem constitucional cujo primeiro baluarte seria a busca de qualidade de vida digna para todas as pessoas, seguida pela igualdade entre todos e em todos os setores, sejam sociais, econômicos, políticos e familiares.

134

Os direitos sociais não se resumem às questões individuais, afetando, assim, a sociedade ou vários setores dela. Por sua relevância e extenso espectro, eles são tutelados pela ciência do Direito, em diversos ramos do nosso ordenamento jurídico, como o direito público e privado. Além disso, por microssistemas jurídicos próprios que, em razão da relevância dos interesses jurídicos tutelados (interesses coletivos e transindividuais), ocuparam posição de relevância em detrimento aos já existentes.

Os referidos direitos sociais estão ligados diretamente a direitos presentes na Constituição Federal, como o direito à saúde, à moradia, à educação, ao trabalho digno, enfim, questões fundamentais para o cidadão. Dizem respeito a questões coletivas e difusas e podem servir de ferramentas às organizações da sociedade civil para pressionar por políticas públicas eficientes, ou para coibir atos que desrespeitem os direitos dos cidadãos.

É relevante ressaltar a autonomia do direito do consumidor e a impossibilidade de situá-lo dentro do direito público ou do direito privado, tema muito discutido por estudiosos do direito, tendo como fruto o surgimento de um novo ramo, os direitos sociais. No contexto brasileiro, influenciado pelos Estados Unidos e pela Alemanha, em meados de 1930, antes mesmo da constituição, a defesa do consumidor teve como marco significativo à edição da Lei nº 7.347/85, conhecida como Lei da Ação Civil Pública. O objetivo dela foi a proteção dos interesses difusos da sociedade, em seqüência criando-se o

Conselho Nacional de Defesa do Consumidor. Posteriormente a Constituição Federal de 1988 resguarda o direito do consumidor bem como sua integridade nos seus artigos 5º, inciso XXXII e 170, inciso V, assim mencionados:

Art.5.º,XXXII–oEstadopromoverá,naformadalei,adesadodoconsumidor.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V – defesa do consumidor.

Visando normatizar a defesa ao consumidor, posteriormente a Constituição Federal, por intermédio do cumprimento ao artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, promulgado o tão almejado instituto de defesa do consumidor, a Lei nº 8.078, de 11 de agosto de 1990, que consolidou o código, regulamentando a partir de então todas as relações de consumo. Passando a estar em vigor a partir de 11 de março de 1991, buscou alcançar toda e qualquer relação de consumo, bem como na esfera pública ou privada. Pautado em valores constitucionais, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) é uma legislação de fácil aplicabilidade, moderno e técnico. Ele busca igualar a relação de consumo e proteger o consumidor, visando um vínculo mais justo, sendo esse um interesse social.

Por esse pequeno introito, pode-se, desde já, afirmar que o direito das relações de consumo é um dos ramos jurídicos para a garantia de direitos sociais. A Constituição de Weimar fomentou pensamentos de se trabalhar o direito público com maior participação política, buscou a concretização de direitos sociais, como o direito a igualdade e buscou mais equilíbrio nas relações. Para que alguém seja ouvido, antes de mais nada ele precisa ser reconhecido como cidadão que possui direitos.

Essa celeuma foi máquina propulsora para que, no período pós-guerra e principalmente pós revolução industrial, o movimento consumerista aproveitasse o período de debilidades e buscasse uma profunda mudança nas relações de consumo da época. Essa mudança aconteceu principalmente nas relações contratuais, que já não atendiam as necessidades nem de um, nem de outro, reconhecendo a vulnerabilidade dos consumidores frente aos fornecedores de produtos e serviços, e a necessidade de uma proteção contratual pautada nessa relação desequilibrada. Definitivamente, o *pact sunt servanda* era inadequado e injusto nos contratos de consumo.

O panorama de um novo fundamento para o ressurgimento de um país após o caos das guerras deveria ser instalado a partir de mudanças que atingissem a todos e que possibilitasse: a) o reconhecimento da legitimidade de todos como detentores de direito; b) as ferramentas de acesso para que o detentor pudesse levar seu direito ao colo da justiça; c) o direito à análise da sua causa, como uma causa de direito reivindicável; d) a gratuidade ou publicidade dos meios de garantia de acesso à justiça.

O presente capítulo deseja, assim, abordar os marcos delineados pela Constituição de Weimar que trouxeram importantes princípios e fundamentos para o surgimento do direito das relações de consumo, principalmente no tocante aos contratos de consumo, beneficiando e protegendo toda uma sociedade de consumo que passou a ser política e juridicamente reconhecida como a parte vulnerável nas referidas contratações.

O objetivo deste capítulo é mostrar a importância da Constituição de Weimar como marco histórico e concreto na busca pela igualdade e acesso à justiça social, bem como sua influência no reconhecimento da necessidade de uma legislação que protegesse a parte mais vulnerável e hipossuficiente nas relações de consumo consumeristas, com enfoque maior nas relações contratuais consumeristas. Trata-se de uma obra conjunta elaborada com profunda e sensível reflexão voltada às evoluções jurídicas constitucionais.

136

A necessidade e evolução das relações contratuais nas relações sociais

As relações sociais cotidianas surgem da necessidade do ser humano de não estar só e de buscar no outro a satisfação de algum anseio ou deficiência. As pessoas cada vez mais tentam suprir vontades pela sujeição do próximo ao seu objetivo, porém num atual panorama de irradicação de domínio, numa era de lutas sociais como houve a partir da Constituição de Weimar, isso só foi possível por meio da limitação da vontade das partes, especialmente das partes mais empoderadas.

É inegável o peso das relações contratuais consumeristas na economia de um país. Desde contratações de um curso, aquisição de um imóvel, um plano de saúde, uma viagem, prestações de serviços dos mais variados, tudo isso agregado a um poderosíssimo *marketing* que busca o tempo todo vencer o indivíduo sobre a necessidade e vantagens em adquirir produtos e serviços dos mais variados.

Ainda há que ser considerada as especificidades dessa natureza de relação contratual, tendo em vista que de um lado se tem a figura do consumidor, parte inegavelmente mais vulnerável e muitas vezes hipossuficiente em relação ao fornecedor.

O desequilíbrio das relações de consumo se tornou gritante após a Segunda Guerra Mundial e a Revolução Industrial, com a produção e consumo em massa. Para a proteção dos consumidores em amplo aspecto, se tornou vital a promulgação do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, sendo necessária a intervenção do Estado frente à reconhecida vulnerabilidade do consumidor, o que se deu por mandamento constitucional:

Art. 1º, Código de Defesa do Consumidor: O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias Constituição Federal:

Art. 5º, XXXII: o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

Art. 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

V- defesa do consumidor;

Art. 48 de suas Disposições Transitórias: O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor revolucionou o sistema jurídico pátrio brasileiro, adotando uma legislação moderna, um microsistema jurídico que passou a ser modelo para vários países e que faz parte dos direitos sociais e tornando a tutela do consumidor um direito fundamental. Claudia Lima Marques (2010, p. 31) afirma que o direito do consumidor é

[...] um direito fundamental (direito humano de nova geração, social e econômico) a uma prestação protetiva do Estado, a uma atuação positiva do Estado, por todos os seus poderes: Judiciário, Executivo, Legislativo. É um direito subjetivo público geral, não

só de proteção contra as atuações do Estado (direito de liberdade e direitos civis, direito fundamental de primeira geração, em alemão *Abwehrrechte*), mas de atuação positiva (protetiva, tutelar, afirmativa, de promoção) do estado em favor dos consumidores (direito a alguma coisa, direito prestacional, direito econômico e social, direito fundamental de nova geração, em alemão *Rechte auf positive Handlungen*).

A partir da promulgação do CDC, se impôs uma nova forma de se pensar o direito, e no caso em pauta, em contratos, sempre diante da constatação de que todos não são iguais, razão pela qual merecem tratamentos desiguais (NUNES, 2018, p. 52). Nunes (2018, p. 46), citando o professor Celso Antonio Pacheco Fiorillo afirma: “Diz o professor que, para começar a respeitar a dignidade da pessoa humana, tem-se de assegurar concretamente os direitos sociais previstos no art. 6º da Carta Magna, que por sua vez está atrelado ao *caput* do art. 225.” Não há como se ter garantida a dignidade da pessoa humana sem garantir-lhe saúde, segurança e educação. Como se extrai de uma das últimas obras de Caio Mário da Silva Pereira (2001, p. 156):

Sobre o contrato atuam diversas forças convergentes, das quais cumpre destacar a presença de duas, que não seriam as únicas, porém as mais convincentes: a força obrigatória e a influência de fatores determinantes das injunções sociais. No tocante à influência social, é marcante que o contrato sempre reproduziu – e continua reproduzindo – a realidade fática, temporal e espacial da sociedade em que está inserido. E, na realidade contemporânea, cumpre destacar que a grande maioria dos contratos enquadra-se como contratos de consumo.

Resta, portanto, indiscutível, a necessidade de uma interpretação diferenciada para os contratos de adesão, em razão da busca por uma relação mais justa e equilibrada. Além disso, levar-se em conta a posição desigual do consumidor frente ao fornecedor, se submetendo à regras que sequer foi possível negociar ou discutir, bem como considerando a função social do contrato no Estado Democrático de Direito atual.

Dos contratos em sua origem

A existência da prática negocial sempre foi latente e premente no seio da sociedade desde épocas mais remotas. A ideia de concessões recíprocas para o atingimento de objetivos ou anseios particulares é um fenômeno social advindo da capacidade humana e é louvável na medida em que as pessoas conseguem solucionar seus anseios ou até obstáculos por meio do diálogo e de técnicas de negociações, às quais o Direito insiste em conceituar como contratos.

Os contratos sempre existiram, sem que para tanto houvesse a necessidade de conceituação. Porém, visando a regulação *a posteriori*, o Direito decidiu delimitar para realizar limitações legais – em outras palavras, para se limitar é necessário legitimar o poder. Contratos, segundo a conceituação doutrinária tradicional de Clóvis Beviláqua (1934, p. 245), representam o “acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos, porém por meio da persuasão é que se estabelece tal acordo, persuadir nem sempre é qualidade nata e muitas vezes é desenvolvida por meio de técnicas oriunda da arte de negociar”.

Tonya Reiman (2010, p. 12) menciona que “todos os dias e muitas vezes ao longo de cada 24 horas, você está se vendendo, vendendo suas ideias, crenças, produtos, serviços, desejos”. A autora ainda complementa que para “obter os sins que deseja garantirá que você se torne o melhor que revela do seu próprio Alfa”. Até então não há deméritos nessa prática, se partirmos do pressuposto de que nessa relação as partes envolvidas atuam em pé de igualdade. A grande preocupação é estabelecer até onde a persuasão pode vencer a vulnerabilidade, a ignorância, o aculturamento e a própria carência de defesa dentro dessa relação que muitas vezes não é paritária.

A ideia de contratação oriunda do Direito sempre teve como base o princípio da autonomia da vontade das partes. Esse princípio, de origem romana e fundamentado no liberalismo social, entende que a vontade é o princípio, o meio e o fim, e sobre esta deve-se pautar inclusive a ausência ou presença de limitações durante a formação dos contratos. Caio Mário da Silva Pereira (2001, p. 134), de forma brilhante, define o princípio da autonomia da vontade das partes como “faculdade de que têm as pessoas de concluir livremente os seus contratos”.

Missineo (*apud* Rodrigues, 2004, p. 179) detecta que “o extraordinário desenvolvimento do comércio, que impôs a necessidade de célere evolução da teoria contratual, só foi possível em virtude do aperfeiçoamento

do contrato”. Ainda continua o autor recomendando que o contrato serviu de instrumento imprescindível à circulação de bens e acabou por exercer um papel importante na sociedade, qual seja instrumento de harmonização de interesses.

Em que pese a construção doutrinária entender dessa forma, devemos acrescentar o pressuposto de que a vontade deve estar livre, imaculada, sem vícios, se mostrar pura e espontânea, o que nem sempre é possível ante a total disparidade de ordem intelectual dos contratantes envolvidos.

Permitir a irrestrita negociação sem verificar total desigualdade das partes seria, sem dúvida, legitimar o desequilíbrio contratual e impedir que a equidade social seja possível. Passaríamos a uma desconstrução assujeitada de direitos, sem contar que estaríamos refutando as diretrizes estabelecidas na Carta Magna, que representam conquistas sociais aptas a reduzir as desigualdades e não majorá-las.

A partir disso, na seara contratual se apresenta o princípio do *pacta sunt servanda*, que acabou por cristalizar a ideia de que o que foi por vontade das partes estabelecido, se está no contrato é correto, é justo, e deve implacavelmente ser aplicado, sem recortes e sem mensurações ou sopesamentos.

140

Originalmente cabe esclarecer que os contratos foram usados também pelo Estado durante o período do Código Napoleônico, no século 19, como blindagem às negociações questionáveis por parte do Estado e da igreja. Somente a partir do século 20 houve um resgate da ideia contratual de equilíbrio e de interferência do Estado nas relações negociais.

Até a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, aplicava-se o Código Civil para dirimir eventuais lides envolvendo as relações de consumo, o que, com o passar do tempo, veio se mostrando ineficaz e equivocado. A razão está na base do contrato regido pelo Código Civil, ou seja, no direito privado – presumia-se que o conteúdo dos termos acordados refletia a vontade das partes, aplicando para tais o princípio *pacta sunt servanda*, tornando lei entre as partes o que foi pactuado.

Ocorre que essa não é a realidade da quase totalidade dos contratos consumeristas, vez que os contratos que servem a essa relação são os chamados contratos de adesão, ou seja, aqueles que já vem prontos, com as cláusulas que irão reger o pacto já descritas exclusivamente pelo fornecedor. Caberia, assim, ao consumidor apenas aderir ao negócio nos termos já fixados, sem possibilidade de juntamente ao fornecedor ir discutindo as regras que iriam adotar. O Código de Defesa do Consumidor trata do tema na sessão III, com um capítulo próprio no artigo 54:

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

§ 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor. (Redação dada pela nº 11.785, de 2008.)

§ 4º As cláusulas que impliquem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Considerando os princípios básicos que regem as relações de consumo e a notória posição de vulnerabilidade do consumidor em relação ao fornecedor, a interpretação dos contratos consumeristas de adesão devem ser dar favoravelmente aos consumidores. A razão para tal é que a estes não foi dada a oportunidade de discutir os termos acordados, interpretação essa sempre norteadas pelos princípios da transparência, boa fé, da informação, sem se descuidar da hipossuficiência técnica, cultural, social e financeira do consumidor diante das contratações com seus fornecedores.

A função social dos contratos como limitador da liberdade contratual

A partir da conclusão de que o liberalismo puro em si e desregrado representaria uma salvaguarda ao desequilíbrio contratual e social, um espaço em branco para autoritarismo e de quem detém o poder, o conhecimento e o dinheiro, surgiu o ideal da função social, não só para os contratos como para qualquer prática do ser humano que vive em coletividade. Nesse sentido, Roppo (1988, p. 16) afirma:

É lícito pensar que, enquanto as operações econômicas (isto é, as transferências de riqueza) existem desde tempos muito remotos, o contrato, concebido como instrumento de formalização jurídica, é criação relativamente recente, e, sua regulamentação jurídica mais ainda. A jurisdicionalização dos comportamentos, isto é, sua submissão ao direito, “constitui um processo que evolui conjuntamente com o desenvolvimento da civilização”, denotando-se, por conseguinte, um “iter histórico orientado complexivamente no sentido de atrair, de modo cada vez mais completo, as operações econômicas para a órbita e para o domínio do direito, submetendo-as às suas regras vinculativas.

Sim, de fato são lícitas as contratações, assim como a evolução das técnicas negociais e é notório que o Direito não deve impedir o fomento das operações comerciais e de consumo, que as pessoas desde os tempos remotos praticam e que geram a subsistência do mercado e da sociedade. Porém, há que se verificar a compatibilidade dessas propostas com interesses de ordem social e coletiva, assim como o malefício e ofensas aos objetivos e ideais projetados pela sociedade em termos constitucionais.

142

A função social representa um freio aos devaneios do liberalismo exacerbado e a mentalidade egocêntrica do contratante, que ainda pensa que o contrato particular em nada interfere nas relações sociais ao seu redor. Como função social dos contratos devemos destacar o conceito de Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 22), importante civilista, que assim afirma:

A concepção social do contrato apresenta-se, modernamente, como um dos pilares da teoria contratual. Por identidade dialética guarda intimidade com o princípio da “função social da propriedade” previsto na Constituição Federal. Tem por escopo promover a realização de uma justiça comutativa, aplainando as desigualdades substanciais entre os contraentes.

O Código Civil, por sua vez, rendeu-se ao objetivo constitucional e em seu artigo 421 confirmou a conquista:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. (Redação dada pela Medida Provisória nº 881, de 2019.)

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima do Estado, por qualquer dos seus poderes, e a revisão contratual determinada de forma externa às partes será excepcional. (Incluído pela Medida Provisória nº 881, de 2019.)

Glauber Moreno Talavera (*apud* RIZZARDO, 2004, p. 21) identifica também a função social como:

A função social do contrato exprime a necessária harmonização dos interesses privativos dos contraentes com os interesses de toda a coletividade; em outras palavras, a compatibilização do princípio da liberdade com a igualdade, vez que para o liberal o fim principal é a expansão da personalidade individual e, para o igualitário, o fim principal é o desenvolvimento da comunidade em seu conjunto, mesmo que ao custo de diminuir a esfera de liberdade dos singulares.

Em suma, a exigência da função social há que prevalecer entre o acordo de vontade das partes, sujeitando-se a esta as disposições contratuais, ainda que aceitas e convencionadas pelas partes, sob pena de revisão contratual.

A pergunta que se deve fazer e que não se pode olvidar, já que nesta descansa o sagrado da vida, é: não são os contratos meros instrumentos de facilitação de execução e alcance dos anseios do ser humanos? Ou será que os seres humanos têm se tornado objetos para aqueles que manipulam os contratos visando de forma desvelado o mero acúmulo de riquezas? Aos que se contrapõe à Teoria e Princípio da Função Social resta a oposição por alegação de mitigação ao Dirigismo Contratual. Esses defendem a finco o não intervencionismo senão em situações de flagrante assimetria contratual e ainda uma diferenciação no tratamento entre contratos civis e consumeristas e contratos empresariais.

Para os contratualistas, há verdadeiro antagonismo entre a liberdade contratual e o dirigismo contratual, sendo que o segundo feriria a própria essência da ideia em si de contrato, assim como o mesmo ocorreria entre a exigência de uma função social do contrato e a liberdade de contratar. Como Princípio do Dirigismo Contratual temos, segundo Marcio Oliveira (2014, p. 86), que:

[...] o dirigismo contratual tende a dar direção à atividade de natureza econômica e à atividade contratual, de forma a corresponder às

expectativas da justiça social ou distributiva e da garantia a dignidade da pessoa humana, possibilitando assim a resolução do contrato por onerosidade excessiva ou em caso de dolo, mesmo contrariando a autonomia da vontade. A liberdade de contratar ou não contratar ou de contratar aquilo que pretender, ou seja, a autonomia da vontade será direcionada a atender ao bem-estar da sociedade e modernamente à sua função social.

Em contraponto, o professor Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 49-53), importante doutrinador empresarial, alerta que nos contratos empresariais o dirigismo contratual pode representar um entrave. Assim, deve ser aplicado de maneira diferenciada dos demais contratos, pois, para ele, na área empresarial nem toda relação empresarial é assimétrica. Portanto, não demonstraria qualquer situação de hipossuficiência ou vulnerabilidade e sim, no máximo, dependência empresarial, que ocorre quando um empresário organiza sua atividade mediante as determinações de outro, exemplificando-se nos contratos de franquia.

144

Em defesa desse mesmo argumento, o mesmo doutrinador traz à baila o Enunciado 21 da Jornada de Direito Comercial e a ementa do Recurso Especial 936.741, que assim afirmou (2012, p. 50): “Nos contratos empresariais o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais.”

Ainda nessa esteira o mesmo recurso decidiu: “1. Contratos Empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo. Nestes admite-se de pleno o dirigismo contratual. Naqueles devem prevalecer o princípio da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças” (SANTA CRUZ, 2016).

Embora o respeito pelo brilhante doutrinador e sua tese, discordamos da argumentação, independentemente da natureza jurídica em sentido estrito da relação jurídica, e embora reconhecendo a notória vulnerabilidade demonstrada mais em umas ao arrepio de outras. Compreendemos, portanto, que o contratante da relação sempre será o ser humano, ora mais suscetível, ora menos, o que revela caso a caso a necessidade de averiguação desequilíbrio, se necessário perante o Poder Judiciário. Nesse sentido, o professor Arnaldo Rizzardo (2006, p.19) sublinha:

Justamente a exagerada autonomia da vontade leva a depararmos com inúmeras situações sociais conflitantes. Na prática, uns vencem mais

que os outros, dispões de maior discernimento e tino negocial. Muitas pessoas revelam uma vontade fraca. Deixam-se enlear na insídia ou são desavisadas e desprovidas de uma visão real e ampla do mundo que as cerca. Oferecem todas as condições para serem prejudicadas.

Notamos a real prevalência que deve-se existir o resgate da visão humanitária e social do Direito que se sobrepõe à visão individualista contratual do direito privado. Isso é possível pela recente aplicação da teoria da constitucionalização dos direitos privados. Trata-se, nas palavras de Dwor-kin (2016, p. 174), da análise de quais valores devemos e queremos privilegiar ao aplicar a norma.

Conquanto as instituições privadas busquem a liberdade, é importante frisar que proteger certos valores necessariamente implica num plano político restringir liberdade para o bem de todos. Por liberdade, segundo Hobbes (*apud* VIEIRA, 2017, p. 16), devemos entender como “ausência de impedimentos externos, impedimentos que muitas vezes tiram parte do poder de cada um de fazer o que quer”. Porém, segundo Hobbes, não se pode confundir o sentido puro do termo “liberdade” com aquele de “capacidade”. O mesmo autor ainda exemplifica: uma pedra tem liberdade para mover-se, porém não possui por si só o poder do movimento, a capacidade. E ainda continua o autor: “Da mesma forma, a um doente não falta liberdade de deixar o leito, mas, sim, condição de fazê-lo.” Segundo Vieira (2017, p. 137), por isso Hobbes se preocupa com a distinção para demonstrar que a liberdade é apenas a ausência de impedimentos externos, mas que nem sempre a ausência de elementos externos pode em si trazer a efetividade dos direitos. Segundo Tartuce (2018, p. 298):

Alguns dos comandos relativos à proteção contratual do Código Consumerista trazem essa ideia em moldes perfeitos, mitigando a força obrigatória da convenção, a antiga premissa liberal segundo a qual o contrato faz lei entre as partes (*pacta sunt servanda*). Não se pode aceitar o contrato da maneira como antes era consagrado; a sociedade mudou, vivemos sob o domínio do capital, e com isso deve mudar a maneira de ver e analisar os pactos, sobretudo os contratos de consumo.

A própria Teoria da Revisão dos Contratos, cláusula considerada implícita nos contratos de trato sucessivo, diferido ou prestações continuadas, representou uma quebra de paradigma. Ela reduziu a força do princípio do

Pacta Sunt Servanda e possibilitou a aplicação da revisão contratual quando tal princípio se revelar demasiadamente oneroso à parte devedora, em virtude de mudanças fáticas ocorridas alheias à vontade dos contratantes e a eles consideradas imprevisíveis ao tempo da formação do contrato.

Considerações finais

O direito das relações de consumo se enquadra na categoria de nova geração de direito, como um ramo dos direitos sociais. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXII, reserva à defesa do direito do consumidor como um direito fundamental, considerando o desequilíbrio nas relações entre o consumidor e o fornecedor. Além disso, é reconhecida sua vulnerabilidade e hipossuficiência e, por consequência, a necessidade de intervenção do Estado para tutelar seus direitos.

146

Nas relações de consumo há uma mitigação do princípio do *Pacta Sunt Servanta* pelas razões acima já mencionadas, mas também pela indiscutível diferença na formalização das cláusulas contratuais nas relações privadas em relação aos contratos consumeristas, visto que impera os contratos de adesão nestas. Resta reconhecer que não é suficiente a previsão em texto constitucional para garantir alguns direitos sociais e muito menos seu cumprimento. É de extrema importância a possibilidade de revisão ou até anulação de algumas cláusulas contratuais, e em algumas situações o contrato como um todo, mitigando o princípio do *Pacta Sunt Servanda* em alguns casos de flagrante desequilíbrio na relação contratual, como ocorre com os contratos de consumo. Sendo assim, é notória e imprescindível a aplicação dos princípios do Dirigismo Contratual, Teoria da Revisão dos Contratos e Função Social dos Contratos.

Referências

BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. **Manual de direito do consumidor**. 3a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BEVILAQUA, C. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 4a ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1934.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. **Medida Provisória n. 881, de 30 de abril de 2019.** Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm>. Acesso em 14 jun. 2019.

COELHO, F. U. **Princípios do direito comercial.** São Paulo: Saraiva, 2012.

DWORKIN, R. **Domínio da vida:** aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil 1:** parte geral – obrigações. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil 2:** contratos. São Paulo: Saraiva, 2017.

RODRIGUES, S. **Curso de direito civil.** 33^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUNES, R. **Curso de direito do consumidor.** 12a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

OLIVEIRA, M. R. O dirigismo contratual e o princípio da dignidade da pessoa humana e função social do contrato. **Revista Legis Augustos**, v. 560, 2014. Disponível: <<http://apl.unisuam.edu.br/revistas/index.php/legisagustus/article/view/560>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

PEREIRA, C. M. S. **Instituições de direito civil.** 10a ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

REIMAN, T. **O poder do sim.** São Paulo: Luz de Papel, 2010.

RIZZARDO, A. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROPPO, E. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

SANTA CRUZ, A. **Contratos empresariais e dirigismo contratual**. In: Gen jurídico. 2016. Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2016/08/29/contratos-empresariais-e-dirigismo-contratual/>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

TARTUCE, F. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. 7a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018.

VIEIRA, O. V. **Direitos fundamentais uma leitura da Jurisprudência do STF**. Colaboradoras Flávia Scabin e Marina Ferbaum. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

UNASPRESS

Conheça nosso site:

www.unaspres.com.br