

A República de Weimar como Paradigma do Estado Moderno: o Controle Jurisdicional de Políticas Públicas como Meio de Efetivação dos Direitos Sociais

LUIZA FERREIRA ODORISSI

Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL

Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

Submissão: 16.02.2014

Decisão Editorial: 15.05.2014

RESUMO: O presente trabalho busca, a partir de uma contextualização histórica da obra *A República de Weimar (1919-1933)*, de Lionel Richard, analisar a situação histórica da Alemanha até a promulgação da Constituição de Weimar, perpassando, assim, pela análise dos seus dispositivos legais, especialmente no tocante aos direitos sociais. Como método de trabalho, utiliza-se o indutivo e comparativo, estudando, a partir do contexto alemão, a influência dos direitos sociais nas Constituições brasileiras. No tocante à técnica de pesquisa, utiliza-se a documentação indireta, eis que realizada por meio de buscas bibliográficas. Analisam-se os direitos sociais, suas características e pressupostos, bem como sua positivação nas Constituições brasileiras, que foram influenciadas pela Constituição de Weimar. Por fim, estudam-se as políticas públicas como forma de realização dos direitos sociais, analisando-se a conceituação e características e a possibilidade de realização do controle jurisdicional dessas políticas públicas, especialmente quando ineficazes.

PALAVRAS-CHAVE: República de Weimar; direitos sociais; políticas públicas; Poder Judiciário.

ABSTRACT: The present work parts from the contextualization of the book *The Weimar Republic (1919-1933)*, written by Lionel Richard, and analyzes the historical situation of Germany in the context of the Weimar Constitution promulgation, through the analysis of their legal provisions, especially regarding social rights. As working method, research uses the inductive and comparative study, parting from the German context to the influence of social rights in the Brazilian Constitution. As far as technical research, indirect documentation is performed by literature searches. It examines the social rights, their characteristics and assumptions, as well as its positivization in Brazilian Constitutions influenced by the Weimar Constitution. Finally, we study public policies as embodiment instruments of social rights, analyzing the concept and characteristics and the possibility of performing judicial control of public policies in order to protect them, especially in cases of ineffectiveness.

KEYWORDS: Weimar Republic; social rights; public policy; Judiciary.

SUMÁRIO: Considerações iniciais; 1 A República de Weimar como o paradigma dos direitos sociais: uma contextualização histórica a partir da obra *A República de Weimar (1919-1933)*, de Lionel Richard; 2 Os direitos sociais: conceito, delimitação histórica e temporal e o problema da eficácia dos direitos fundamentais; 3 As políticas públicas como instrumento de efetivação dos direitos sociais: aspectos conceituais, características e o controle jurisdicional de políticas públicas; Considerações finais; Referências.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho desenvolve-se a partir do estudo da obra *A República de Weimar (1919-1938)*, de Lionel Richard, analisando a realidade histórica da Alemanha até a promulgação da Constituição Weimariana, em 1919.

Em razão da entrada da Alemanha na I Guerra Mundial, ocorreram profundas transformações sociais, econômicas e culturais no cenário alemão: com o foco na produção bélica, a realidade social converteu-se no verdadeiro caos: escolas foram fechadas e os professores passaram a integrar o exército, foram milhares de mortos, doenças atingindo a população, fome, miséria, etc. A derrota na guerra e as consequências do Tratado de Versalhes devastam ainda mais a Alemanha.

A República de Weimar instaura-se em um contexto de inúmeras revoluções, em uma sociedade fragilizada, cansada e que, acima de tudo, busca um novo rumo a seguir. A Constituição de Weimar foi promulgada em 1919 e trouxe consigo a proteção aos direitos sociais, tornando-se um dos grandes marcos da modernidade.

Os direitos sociais, classificados na segunda dimensão dos direitos, exigem uma prestação por parte do Estado, reclamando uma postura ativa e eficaz para sua fruição. A Constituição Federal de 1988 apresentou um extenso e exaustivo rol de direitos e garantias fundamentais – individuais, sociais e coletivos – revelando a preocupação do legislador na salvaguarda destes direitos.

O Estado exerce papel indispensável na concretização dos direitos sociais, encontrando na política pública um fundamental instrumento. As políticas públicas, consideradas, de um modo geral, como um conjunto de atividades, ações e programas, representam a modalidade de ação por excelência do modelo de Estado Constitucional.

Neste cenário, busca-se analisar, igualmente, a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas, enquanto instrumentos de garantia do direito social. Para tanto, diante da sua proeminência no Estado Constitucional, atuando como garante da Carta Constitucional, estuda-se a sua legitimidade para intervir nas situações em que as políticas públicas não são realizadas ante a alegação, pelo Poder Público, da falta de recursos.

1 A REPÚBLICA DE WEIMAR COMO O PARADIGMA DOS DIREITOS SOCIAIS: UMA CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA A PARTIR DA OBRA A REPÚBLICA DE WEIMAR (1919-1933), DE LIONEL RICHARD¹

A Primeira Guerra Mundial transformou o cenário social Alemão. Até meados do século XX, a Alemanha ainda tinha chances de vencer o armistício. Ocorre que, com o ingresso dos Estados Unidos, em 1917, na Tríplice Entente, essas chances reduziram-se consideravelmente.

A Alemanha encontrava-se muito mais enfraquecida. O esforço dispendido na guerra havia sido tão intenso que acabou por deformar o cenário alemão: o número de soldados havia mais do que triplicado desde 1914, atingindo quase 10 milhões – professores eram incorporados ao exército e jovens a partir dos 16 anos já podiam ser enviados para frente militar –; nas indústrias, o número de operários diminuiu um quarto e o das operárias crescera 50%; a mão de obra era utilizada para a construção ou manutenção de material bélico; nas indústrias têxteis e alimentares², a produção caiu 60%, levando o país, rapidamente, a um profundo desequilíbrio econômico e social.

Diante de todos esses problemas, o fervor patriótico, que havia arrebatado o povo alemão no início de agosto de 1914, começava a declinar. Na medida em que a hipótese de vitória desmoronava, os opositores não ficaram isolados, dividindo, assim, a sociedade alemã entre os que defendiam a guerra a qualquer custo e, de outro, os que lutavam pela paz.

Neste sentido, o principal partido alemão, o Partido Social-Democrata – que, em 1914, tinha mais de um milhão de partidários – dividiu-se: os que permaneceram membros eram chamados de “majoritários”, enquanto que os que o deixaram se denominaram “independentes”. Esse grupo comportava uma ala revolucionária, chamada “Liga Spartakista”, que foi o embrião do futuro Partido Comunista, tendo como principais dirigentes Karl Liebknecht e Rosa Luxemburgo³, que haviam sido condenados à prisão.

No entanto, chegou um momento em que, de todos os lados, surgiram reivindicações de democracia. O que havia mudado pouco a pouco nos espíritos era a própria ideia do Estado. A razão era simples: nada fora modificado

1 Todas as informações constantes neste capítulo são da obra *A República de Weimar (1919-1933)*, de Lionel Richard.

2 A maioria dos cidadãos carecia dos produtos de primeira necessidade. Quando era possível o abastecimento, o racionamento instituído dava direito a um ovo, 2,5 quilos de batatas e 20 gramas de manteiga por semana. Em Berlim, as sopas populares eram frequentadas por 200.000 fregueses. Evidentemente, a desnutrição tornava as pessoas mais vulneráveis às doenças. Em Frankfurt, a mortalidade por tuberculose subiu 11,9% em 1914 para 17,3% em 1917. Em 1916, Berlim conheceu tantas vítimas da tuberculose quanto trinta anos antes, quando se começava a tratar dessa doença. Surgiram casos de tifo e cólera.

3 Neles, a população operária havia encontrado seus porta-vozes da luta pela paz. Um movimento de oposição à guerra, impulsionado e influenciado pelos independentes e, mais particularmente, pelos spartakistas, fora posto em ação. Nas fábricas, a consciência política crescera e a revolução vitoriosa na revolução vitoriosa na Rússia em novembro de 1917 alimentava a esperança de alcançar rapidamente a paz e liquidar, ao mesmo tempo, o regime imperial. Esse era o objetivo da propaganda clandestina dos spartakistas.

desde a Constituição de 1871 e todo o edifício do Império da Alemanha tinha fundamentos antidemocráticos. Diante deste cenário, debates tiveram lugar no Parlamento a fim de mudar essa organização estatal e por meio de inúmeras greves, protestos e manifestações conduziram à libertação de Karl Liebknecht.

A libertação do líder spartakista representou, sobretudo para as famílias operárias, um sinal de que a paz estava próxima e de que as transformações na Alemanha eram iminentes. Essa certeza foi confirmada em 26 de outubro de 1918, quando da edição de uma série de leis modificando a Constituição de 1871: as atribuições do Parlamento eram ampliadas e as decisões militares passaram a ser submetidas ao seu controle. A Alemanha se transformava em uma monarquia parlamentar, entretanto, ainda monárquica.

Em novembro de 1918 eclodiu uma rebelião naval que culminou em uma guerra civil. Em razão da situação degradante em que se encontravam, os marinheiros se recusaram a seguir os oficiais que queriam continuar a guerra no mar e, assim, desarmaram os oficiais, libertaram os prisioneiros nos quartéis e elegeram um conselho de soldados. Com esse exemplo, os operários interromperam o trabalho nas fábricas.

Em 4 de novembro de 1918, um dirigente social-democrata, Noske, foi enviado para o Porto de Kiel para negociar com os marinheiros. Neste cenário, um novo governo tomava posse, dirigido pelos social-democratas Ebert e Scheidemann. Consentida por grande parte da população alemã, comemoravam “a mais grandiosa das revoluções”. Neste mesmo cenário, o Rei Guilherme II comunicava sua abdicação, entretanto indicou Friedrich Albert como novo chanceler para assumir seu cargo. Assim, a Alemanha perdera um Imperador para ganhar dois poderes: Por um lado, o da rua, das fábricas em greve e, por outro, o poder de um novo chanceler, que recebia o seu título de um Estado agora inexistente, o Império.

Instaura-se novamente o clima de guerra já nos primeiros dias em que a Alemanha se vê desembaraçada do regime monárquico. O cenário era de greves, manifestações, assembleias gerais, discursos, ocupações de prédios públicos, etc. Uma luta sem trégua é travada pelo governo Ebert para conter a ala revolucionária.

Apesar das perturbações que se prolongam alternadamente nas diferentes regiões, pelo menos até o final de 1923, os dirigentes social-democratas Ebert e Scheidemann, apoiados pelo exército, mantiveram os compromissos assumidos nos primeiros dias de 1918: organizar eleições por sufrágio universal para a formação de uma nova assembleia nacional e dotar a Alemanha de uma constituição republicana.

As eleições foram anunciadas em Berlim em 19 de janeiro de 1919. A primeira inovação da campanha eleitoral se deu com a participação de propagandistas femininas, já que o direito ao voto tinha sido recentemente concebido às mulheres. Igualmente é possível destacar o ineditismo nos métodos de pro-

paganda, que, visivelmente estimulados pelo estilo americano, com cartazes imensos com cores contrastantes e vivas, cobriam os edifícios públicos. Além dos anúncios, homens-sanduíches distribuíam programas políticos em todos os cantos da rua. E, sobretudo, o governo se servia de caminhões militares para levar a boa palavra a todos os cantos. À frente, ia um caminhão com a fanfarra. Um segundo o seguia com os distribuidores de panfletos e o terceiro levava um orador. Nas encruzilhadas, nas praças, a caravana se detinha. O orador fazia o seu discurso em favor dos social-democratas Ebert e Scheidemann. Ao final, a música retumbava e os caminhões partiam.

Os partidos apresentavam candidatos às 421 cadeiras a serem ocupadas, com exceção do Partido Comunista, que se recusara a tomar parte nessas eleições. A participação eleitoral atingiu 30 milhões dos 37 milhões de eleitores recenseados. As mulheres, os soldados e os jovens de vinte anos completos tinham, agora, o direito ao voto.

O Partido Social-Democrata venceu as eleições, pondo término, em definitivo, à revolução. Entre os deputados dessa Assembleia Nacional, havia 37 mulheres, tendo sido a Alemanha o primeiro país a mandar representantes femininas para uma Câmara de Deputados.

Em 6 de fevereiro, a Assembleia se reúne para as suas primeiras resoluções. O lugar escolhido foi Weimar, uma cidade da Turíngia de 6.000 habitantes, e o benefício era o de que não havia fábricas ou agitação: lá, os legisladores poderiam concentrar-se inteiramente em seu trabalho⁴. Em 11 de fevereiro fora anunciado, de forma provisória, Friedrich Ebert como Presidente. A eleição do Presidente da República ocorreria quando a Alemanha tivesse uma Constituição⁵.

Inicialmente os deputados tiveram de se pronunciar sobre a assinatura do Tratado de Versalhes⁶, em razão da derrota na Primeira Guerra Mundial. Manifestações, campanhas de propaganda, apelos contra a assinatura daquilo qualificado como “infamante”. Apesar da “humilhação” que a assinatura do tratado representava, sob pena de ver a Alemanha entregue ao caos, a concordância com os termos do acordo era a melhor opção a ser tomada.

4 É que em 13 de janeiro de 1919 as forças militares alemãs travaram violentos conflitos em Berlim contra os spartakistas, resultando na morte dos líderes da ala revolucionária. Rosa Luxemburgo foi espancada quase até a morte pela multidão e seu corpo teria desaparecido. Karl Liebknecht fora abatido com uma bala nas costas quando tentava fugir. O corpo de Rosa Luxemburgo só será encontrado em 31 de maio de 1919.

5 Em 14 de novembro do ano anterior, Ebert pedira a um professor de Direito da Universidade de Berlim, Hugo Preuss, que redigisse o projeto da Constituição.

6 A derrota instaurou o verdadeiro caos. E a respectiva assinatura do Tratado de Versalhes representou verdadeira humilhação para os alemães. O Tratado impôs severas condições à Alemanha, entre elas: reconhecimento da independência da Áustria; devolução dos territórios de Alsácia-Lorena à França; devolução à Polônia das províncias de Posen e Prússia Ocidental; pagamento aos países vencedores (principalmente à França e Inglaterra) uma indenização pelos prejuízos causados durante a guerra. Este valor foi estabelecido em 269 bilhões de marcos; proibição de funcionamento da aeronáutica alemã; a Alemanha deveria ter seu exército reduzido para no máximo 100.000 soldados; proibição da fabricação de tanques e armamentos pesados; redução da marinha alemã para 15.000 marinheiros, 6 navios de guerra e 6 cruzadores, etc.

A Constituição foi promulgada em 11 de agosto de 1919 e, como características, apresentava o território alemão como um Estado unitário – mas sem a supressão do regime federalista –, as 25 províncias do Império tinham sido reduzidas a 17 regiões, com uma autonomia limitada a certas competências legislativas e administrativas. As finanças dependeriam de um governo central e o Presidente da República seria eleito para um período de sete anos por sufrágio universal.

A Constituição é composta por 165 artigos, divididos em dois livros: Livro I, relativo à Estrutura e Fins da República, e o Livro II, pertinente aos Direitos e Deveres Fundamentais do Cidadão Alemão. O primeiro, enquanto responsável pela vinculação do Estado, da estruturação dos seus órgãos e dos limites de atuação da Administração Pública, não oferece maiores inovações (Pinheiro, 2006).

Por outro lado, a extensa previsão dos direitos fundamentais dos cidadãos tornou-se o grande paradigma do Estado Moderno. Diversas espécies de direitos fundamentais encontram-se dispersas no corpo do texto constitucional: entre os direitos de primeira geração, destaca-se o direito à igualdade (art. 109), igualdade cívica entre homens e mulheres (art. 109, §1º), direito à nacionalidade (art. 110), direito das minorias de língua estrangeira (art. 113), inviolabilidade de domicílio (art. 115), igualdade jurídica entre os cônjuges (art.119), igualdade entre filhos havidos na constância ou fora do matrimônio (art. 121), direito ao voto secreto (art. 125), etc.

Inovando no cenário mundial, previu direitos de segunda dimensão, ou seja, os direitos sociais e econômicos, destacando-se os seguintes: proteção e assistência à maternidade (art. 119, § 2º, e 161), direito à educação da prole (art. 120), proteção, moral, espiritual e corporal à juventude (art. 122), direito à pensão para família em caso de falecimento e direito à aposentadoria, em tema de servidor público (art. 129), direito ao ensino de arte e ciência (art. 142), ensino obrigatório, público e gratuito (art. 145), gratuidade do material escolar (art. 145), direito a “bolsa estudos”, ou seja, à “adequada subvenção aos pais dos alunos considerados aptos para seguir os estudos secundários e superiores, a fim de que possam cobrir a despesa, especialmente de educação, até o término de seus estudos” (art. 146, § 2º), função social da propriedade, desapropriação de terras, mediante indenização, para satisfação do bem comum (art. 153), direito a uma habitação sadia (art. 155), direito ao trabalho (art. 157 e art. 162), direito da classe operária a “um mínimo geral de direitos sociais” (art. 162), proteção à maternidade, à velhice, às debilidades e aos acasos da vida mediante sistema de seguros, com a direta colaboração dos segurados (art. 161 – Previdência Social), seguro-desemprego (art. 163, § 1º) e direito à participação, mediante Conselhos – Conselhos Operários e Conselhos Econômicos –, no ajuste das condições de trabalho e do salário e no total desenvolvimento econômico das forças produtivas, inclusive mediante apresentação de projeto de lei (art. 165) (Pinheiro, 2006).

Da leitura do texto constitucional weimariano, pode-se perceber a crise que revestia os cenários social, econômico e cultural da Alemanha neste período. Neste sentido, Paulo Bonavides (2008) refere-se:

O auge da crise vem documentado pela Constituição de Weimar. As declarações de direitos, as normas constitucionais ou normas-princípios, não importa o teor organizativo ou restritivo que possam ter, se voltam basicamente para a Sociedade e não para o indivíduo; em outros termos, buscam desesperadamente reconciliar o Estado com a Sociedade, intento cuja consequência imediata estampa o sacrifício das teses individualistas. Logrou-se esse sacrifício numa batalha doutrinária travada por duas teses constitucionais: uma a do Estado liberal, em decadência; outra a do Estado social, em ascensão. (Bonavides, 2008, p. 210)

Muito embora tenha sido promulgada em um complicado período pela qual passava a Alemanha, o texto constitucional se revela como marco histórico da constitucionalização social. A matéria, até então inédita no âmbito constitucional, faz da Constituição de Weimar um verdadeiro paradigma mundial, exercendo influência.

Os direitos sociais – entendidos como a materialização da igualdade – exigem, para sua fruição, uma postura ativa do Estado, na medida em que se realizam mediante uma ação governamental. O estudo detalhado acerca deste instituto será feito no item que segue.

2 OS DIREITOS SOCIAIS: CONCEITO, DELIMITAÇÃO HISTÓRICA E TEMPORAL E O PROBLEMA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Estado constituiu-se, a partir da Idade Moderna, como figura central do desenvolvimento e da organização em sociedade. Estabelece-se a ideia de que o Estado está a serviço do homem e, assim, a ideia de mensurabilidade dos atos e manifestações de seu poder.

Considerando que o mercado do Estado Liberal não atendia às condições básicas de sobrevivência e de desenvolvimento dos cidadãos, bem como diante das desumanas condições de trabalho, a postura intervencionista por parte do Estado, que assegurasse, minimamente, a realização desses direitos, mostrava-se impreterível⁷.

Era necessária a criação de mecanismos para evitar abusos dos agentes econômicos, cujo mercado não conseguia controlar, pois a incorporação de novas tecnologias ao processo produtivo engendrara a economia de escala, favorecendo a concentração do capital, em detrimento dos pequenos produto-

⁷ Não havia limitação para a jornada de trabalho, salário-mínimo, férias, nem mesmo descanso regular. O trabalho infantil era aceito e as crianças eram submetidas a trabalhos braçais como se adultos fossem. A industrialização trouxe consigo, além da prosperidade econômica para uma minoria rica, uma série de problemas sociais, gerando naturalmente grande insatisfação entre aqueles que não tinham recursos para aproveitar os prazeres proporcionados pela paradoxalmente chamada de "Bella Época". Cf.: MARTELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Altas, 2011. p. 49.

res. O mercado livre, sem amarras, impulsionava a formação de monopólios e oligopólios, prejudiciais à livre concorrência. Portanto, até para a preservação do próprio sistema capitalista, tornava-se necessário que o Estado assumisse uma posição mais ativa no cenário econômico, para disciplinar e impor certos limites às forças presentes no mercado (Sarmiento, 2004).

Assim, a influência da República de Weimar no constitucionalismo social ocidental revela-se decisiva, ao reconhecer direitos sociais não ao indivíduo abstrato e insulado, mas a um ser situado, titular de direitos de crédito sobre a sociedade. As Constituições sociais inseriram elementos para tornar mais justa a distribuição de renda, com a necessária prevenção de abusos⁸. Mudam, portanto, as concepções sobre o sentido e a função do Estado, dos partidos políticos, das Constituições e das leis (Bisch, 2010).

Nesse sentido, os direitos da segunda dimensão materializam o princípio da justiça social, correspondendo à reivindicação das classes menos favorecidas, em especial da classe operária, a título de compensação, em virtude de extrema desigualdade que caracterizava as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico (Sarlet, 1998).

No cenário brasileiro, a positivação dos direitos de segunda dimensão se deu, pela primeira vez, sob a égide da Constituição de 1934, que dispôs sobre a legislação trabalhista e dedicou um capítulo próprio para regular sobre a educação e cultura. Na sequência, com exceção da Carta de 1937 – caracterizada pela perda significativa de direitos – os direitos sociais estiveram presentes nas demais Constituições, revelando a preocupação do legislador constituinte em positivar temas tão caros aos cidadãos. Entre elas, a Constituição de 1988 merece destaque.

A Carta Constitucional de 1988 representou um avanço extraordinário na consolidação dos direitos e garantias fundamentais. Indiscutivelmente é o documento mais avançado, abrangente e pormenorizado sobre a matéria na histórica constitucional do País (Piovesan, 2010).

Neste contexto, a Constituição de 1988, além de dispor no art. 6º os direitos sociais (a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a Previdência Social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados), apresenta uma ordem social com um amplo conjunto de normas que enunciam programas, tarefas, diretrizes e fins a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade.

8 Tinha se tornando evidente a necessidade de criação de mecanismos para evitar abusos dos agentes econômicos, cujo mercado não conseguia controlar. A incorporação de novas tecnologias ao processo produtivo engendrara a economia de escala, favorecendo a concentração do capital, em detrimento dos pequenos produtores. O mercado livre, sem amarras, impulsionava a formação de monopólios e oligopólios, prejudiciais à livre concorrência. Portanto, até para a preservação do próprio sistema capitalista, tornava-se necessário que o Estado assumisse uma posição mais ativa no cenário econômico, para disciplinar e impor certos limites às forças presentes no mercado (Sarmiento, 2004, p. 34).

A dignidade da pessoa humana foi elevada à posição de centralidade no ordenamento jurídico brasileiro, sendo compreendida, conforme Breus (2007, p. 165), como “um princípio fundamental de que todos os demais princípios derivam e que norteia todas as regras jurídicas”. Assim, garantir os direitos sociais dos cidadãos é assegurar a dignidade humana, constituindo uma meta permanente para o Estado.

No intuito de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais (art. 5º a 17), o legislador constituinte lhes atribuiu aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, CF) e os consagrou entre as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, CF), sendo, portanto, direitos intangíveis e irredutíveis, seja por lei ordinária ou por emenda à Constituição, sob pena de padecerem de vício de inconstitucionalidade⁹ (Piovesan, 2010).

Destaca-se, da mesma forma, que, em decorrência da dimensão objetiva atribuída aos direitos fundamentais¹⁰, conduz-se à eficácia irradiante dos mesmos por todo o ordenamento. Nesse sentido, Daniel Sarmiento (2004) conceitua:

Esta significa que os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a Administração e o Judiciário. A eficácia irradiante, nesse sentido, enseja a “humanização” da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional. (Sarmiento, 2004, p. 155)

O legislador reconheceu a convivência dos direitos sociais com os direitos fundamentais e, embora muitos desses direitos sejam de expressão coletiva, o que se pretende proteger, ao final, é o indivíduo e, em última instância, a dignidade da pessoa humana, a qual faz parte da essência e da identidade da Constituição brasileira. Desta forma, os direitos sociais são fundamentais formal e materialmente. Neste sentido, Kelbert (2011) assegura:

Podem ser elencados diversos argumentos que ratifiquem o pertencimento dos direitos sociais à previsão do art. 5º, § 2º, dentre eles, podemos citar: O texto da norma não faz distinção entre os direitos que pretende acolher, pois enuncia que “os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros [...]”. Igualmente, pode-se citar que a simples inserção dos direitos sociais no título destinado aos direitos fundamentais, por si só, já autoriza uma interpretação a favor da abrangência desses direitos pela norma em comento. Ademais, a formu-

9 À luz do significado outorgado ao art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, pode-se afirmar que aos Poderes Públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que consagram os direitos fundamentais a maior eficácia possível, outorgando-lhes, nesse sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais (Sarlet, 1998).

10 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais permite a atribuição de efeitos jurídicos concretos mesmo àquelas normas consagradoras de direitos fundamentais que, pela sua natureza, carecem de integração legislativa para criação de direitos subjetivos fruíveis pelos seus titulares. Tais normas, no mínimo, produzirão efeitos hermenêuticos, condicionando a interpretação e integração do ordenamento, vincularão o legislador futuro e servirão de parâmetro para a não recepção de preceitos legais anteriores, bem como para a decretação da inconstitucionalidade de normas supervenientes que com elas conflitem (Sarmiento, 2004).

lação do art. 6º da Constituição enumera alguns direitos sociais e, encerra com a expressão “na forma desta Constituição”, viabilizando, portanto, a inclusão de outros direitos sociais que possam ser encontrados ao longo do texto constitucional. (Kelbert, 2011, p. 40)

No tocante à concretização dos direitos fundamentais culturais, econômicos e sociais, realizam-se mediante a adoção de um conjunto de atividades – como, por exemplo, as políticas públicas – que compete à Administração Pública implementar para cumprir os fins previstos na Constituição (Cambi, 2009).

Neste sentido, Caliendo (2010, p. 176) discorre que

Diferentemente dos direitos de defesa, os direitos a prestações são geralmente carecedores de eficácia se não houver uma concretização legislativa, visto que eles dependem da existência de recursos públicos e de condições materiais para a satisfação objetiva de todas as pretensões ligadas ao equilíbrio material na distribuição e redistribuição de recursos.

No atual contexto do Estado Democrático de Direito, as políticas públicas revelam-se importantes mecanismos de realização dos direitos fundamentais sociais. Assim, a realização de políticas públicas pelo Estado, concretizando preceitos constitucionais, perfaz o cumprimento de um dever. Da mesma forma que compete ao Estado a ação normativa especificando as normas políticas constitucionais, a ele também se impõe a ação executiva.

A conceituação, características e a possibilidade da realização desse controle de efetivação das políticas públicas pelo Poder Judiciário – poder que assume destaque na ordem constitucional vigente – será, por sua vez, analisada no item que segue.

3 AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: ASPECTOS CONCEITUAIS, CARACTERÍSTICAS E O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O Estado Democrático de Direito assenta suas bases na democracia e nos direitos fundamentais, sendo esses dois elementos reciprocamente interligados e dependentes, não havendo democracia sem o respeito e a realização dos direitos fundamentais-sociais, assim como inexistem direitos fundamentais-sociais sem democracia (Bittencourt; Lemos, 2008). Nesse sentido,

Não basta enumerar definir, explicitar, assegurar só por si os direitos fundamentais; é necessário que a organização constitucional esteja orientada para a sua garantia e sua promoção. Assim, como não basta afirmar o princípio democrático e procurar coincidência entre a vontade política do Estado e a vontade popular, em qualquer momento; é necessário estabelecer um quadro institucional e que esta vontade se forme em liberdade e em cada cidadão tenha a segurança da previsibilidade do futuro. (Miranda, 2012, p. 110)

Ainda discorre Bulos:

O Estado, ao instituir os serviços públicos, com o intuito de tornar operativas as disposições definidoras de direitos sociais, oferece, apenas, uma garantia de índole institucional. Isso não é o suficiente. Só mediante profunda mudança de mentalidade para a eficácia social de tais dispositivos se realizar. Urge que nossos legisladores saiam do período da programaticidade e ingressem na fase da efetividade dos comandos constitucionais positivados. Nada adiantam promessas, programas de ação futura, normas de eficácia contida ou limitada, se os Poderes Públicos não as cumprirem plenamente, criando, para tanto, as condições necessárias. (Bulos, 2010, p. 784-785)

Assim, a fruição dos direitos fundamentais revela-se uma questão complexa, que vem demandando – cada vez mais – um aparato de garantias e medidas concretas do Estado, de forma a disciplinar o processo social, criando modos de institucionalização das relações sociais que neutralizem a força desagregadora e excludente da economia capitalista e possam promover o desenvolvimento da pessoa humana (Bucci, 2006).

Logo, a necessidade de compreensão das políticas públicas como categoria jurídica se apresenta imperativa, à medida que se buscam formas de concretização dos direitos humanos, em particular, os direitos sociais. As políticas públicas se tornaram uma categoria de interesse para o direito há pouco tempo,

isso porque as necessidades sociais, ao tempo do modelo de Estado antecedente, eram subsumidas à noção de interesse público. Atualmente, com o aumento do pluralismo social, necessidades sociais nunca antes sentidas passaram a reclamar ações do Poder Público, muitas de natureza prestacional, atingindo áreas da vida pessoal e social que estavam fora do âmbito da política, por isso, mostra-se premente a análise jurídica das políticas públicas. (Breus, 2007, p. 217)

Pode-se dizer que o fundamento das políticas públicas é a existência dos direitos sociais, sendo função do Estado coordenar as ações públicas que congregam os serviços públicos e os agentes privados para a realização dos direitos dos cidadãos.

Conforme Bucci (2006), poder-se-ia conceituar política pública como sendo:

O programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados, visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. (Bucci, 2006, p. 39)

Já Schmidt (2008) entende que o conceito de política pública remete para a esfera do público e seus problemas. O público é uma dimensão mais ampla, que se desdobra em estatal e não estatal. O Estado está voltado (e deve estar) inteiramente ao que é público, mas há igualmente instância e organizações da sociedade que possuem finalidades públicas expressas, às quais cabe a denominação de políticas não estatais.

A participação popular é um dos principais instrumentos na realização das políticas públicas, na medida em que o processo inicia quando as pessoas identificam problemas sociais e econômicos que podem ser resolvidos por esforços governamentais¹¹. Após a definição e percepção do problema, os interesses são agregados e organizados antes de apresentar as demandas ou propostas aos funcionários governamentais. Na sequência, a proposta poderá se tornar elemento da agenda de políticas e este é o principal desafio, dada a enorme quantidade de problemas clamando por atenção (Peters e Pierre, 2010).

Assim, as políticas públicas são sempre políticas, pois são orientadas por interesses, valores e preferências. A formulação de uma política pública compreende o estabelecimento de diretrizes, objetivos e metas, bem como a atribuição de responsabilidades. As políticas adquirem concretude por meio de planos ou programas, os quais originam projetos, que se desdobram em ações (Schmidt, 2008).

Os direitos a prestações exibem uma nota econômica em um grau superior aos direitos de defesa, visto que muitos desses direitos se relacionam à distribuição ou redistribuição de direitos que são referenciados em recursos finitos e mesmo escassos¹². Logo, por mais que as políticas públicas não se confundam com o orçamento público, encontram-se indissociáveis, pois é o orçamento que prevê, autoriza e possibilita a implementação de uma política pública.

Assim, considerando o argumento da escassez de recursos para o custeamento dos direitos sociais – que deveriam ser promovidos por meio de políticas públicas –, esses direitos acabam, por muitas vezes, não sendo efetivados. Em razão disso, é que se pode falar no controle jurisdicional destas políticas. Questiona-se a possibilidade de exigir em juízo o cumprimento das medidas do plano, que tem similitude com a discussão acerca dos direitos sociais como direitos subjetivos e sua judicialidade.

É de se reconhecer a possibilidade constitucional de submeter uma política pública ao controle do Poder Judiciário, considerando não apenas o disposto no art. 5º, XXXV, da Carta Magna: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”, mas também a crescente proeminência do Poder Judiciário no cenário brasileiro. Em razão da institucionalização do Estado Democrático de Direito, em razão de a dignidade humana constituir princípio basilar da ordem constitucional, bem como da Constituição ter sido dotada, em grande parte, de normas principiológicas, de textura ampla e aberta,

11 Por aliar o exercício da cidadania, as políticas públicas igualmente se apresentam como o instrumento de ação estatal adequado à realidade contemporânea, fundada em um contexto de pluralismo social, em que o Estado se vê frente a inúmeras tarefas e exigências dificilmente conciliáveis entre si, o que exige a participação social (Breus, 2007, p. 207).

12 O custo que os direitos sociais apresentam não é necessariamente financeiro (espécie), vai além, e é visto como o custo de recursos (gênero), que podem ser materiais (dinheiro, materiais primários e secundários, aparelhos, seres humanos) ou imateriais (técnicas, especialidades, conhecimentos) e que não necessariamente são autoexcludentes, pois, ao revés, o que se vê é o empenho conjunto destes recursos na concretização de direitos (Bolesina, 2012).

a jurisdição constitucional ascende à condição de responsável pela garantia dos preceitos constitucionais.

No cenário mundial, em razão da reconstitucionalização da Europa, ocorrida imediatamente após a Segunda Guerra Mundial, tem-se a redefinição da relação entre os poderes do Estado, passando o Judiciário a integrar a arena política e fazendo com que o constitucionalismo moderno outorgasse ao Judiciário, mais especificadamente à justiça constitucional, a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica (Leal, 2007).

O controle judicial das políticas públicas surge, então, da ineficácia do Estado em realizar as políticas públicas conforme as determinações constitucionais, seja em razão da limitação decisória decorrente dos mecanismos tradicionais de representação do Estado, seja pela rediscussão do papel de intervenção do Estado na sociedade, que se reduz em vista da realocação de recursos consoante as determinações de mercado (Breus, 2007).

Assim, no cenário democrático e constitucional, a incumbência de controlar a execução de uma política pública é do Poder Judiciário, a quem compete não apenas anular os atos administrativos praticados, como também alterar o conteúdo por meio de uma atividade substitutiva, promovendo medidas de cunho prático a partir dos preceitos constitucionais (Breus, 2007).

Essa postura do Poder Judiciário não viola, por sua vez, o princípio da separação dos poderes, na medida em que:

Ainda que a separação dos poderes seja um princípio fundamental do Estado de Direito e, igualmente, do Estado Constitucional, ela deve ser observada a partir do quadro histórico contemporâneo, em que as funções exercidas pelos três poderes apresentam cada vez maior similitude e não raro apresentam-se sobrepostas. Além disso, os três poderes têm por função primordial a observância das disposições constitucionais, as quais apresentam idêntica e plena normatividade. (Breus, 2007, p. 244)

Cristina Queiroz (1990) entende que, pelo caráter aberto da norma constitucional, permite-se o fluir de um processo político livre, deixando o juiz em um momento de criatividade conformadora na seleção nos valores constitucionalmente plasmados. Assim, muito embora uma pesada carga tenha sido lançada ao juiz, esta atuação objetiva a garantia e defesa da invulnerabilidade e integridade do direito constitucional.

Desta forma, deve-se levar em conta que é próprio da natureza do Poder Judiciário a interferência no exercício das atividades dos demais poderes estatais, na condição de verificar a compatibilidade de suas atividades com a Carta Constitucional e, no presente caso, com os direitos sociais. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 23.452/RJ, de Relatoria do Ministro Celso de Mello, em 12 de maio de 2000, acertadamente, proferiu que:

[...] O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. [...] O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes. [...] Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufiquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se, ao Poder Judiciário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, inclusive aqueles praticados por Comissão Parlamentar de Inquérito, quando incidir em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais, no desempenho de sua competência investigatória. [...] Nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição. No regime político que consagra o Estado democrático de direito, os atos emanados de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, quando praticados com desrespeito à Lei Fundamental, submetem-se ao controle jurisdicional. (CF, art. 5º, XXXV)

Logo, o Judiciário acaba sendo palco de disputas envolvendo políticas públicas presentes no ordenamento jurídico. Mais do que isso, o processo judicial acaba tornando-se espaço privilegiado para a sua discussão, pois nele eclodem aqueles conflitos resultantes acerca do mau funcionamento ou disfuncionalidades dessas políticas.

Assim, resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais é o fundamento e objetivo da atuação do Poder Judiciário, que, indispensável no Estado Democrático de Direito, se encontra legitimado para intervir em uma política pública – e sem com isso representar a violação da separação dos poderes –, a fim de concretizar o direito social pleiteado e, em última análise, garantir a própria Constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A positivação dos direitos sociais pela Constituição de Weimar representa verdadeiro paradigma para o constitucionalismo social, servindo como exemplo e influência para as demais Cartas Constitucionais, especialmente do pós-Segunda Guerra Mundial.

Os direitos sociais, diferentemente dos direitos individuais – que exigem uma abstenção por parte do Estado –, reclamam uma postura ativa, uma prestação, um agir do Poder Público. São direitos intimamente ligados à dignidade humana, que exige uma organização institucional para sua plena fruição. Da mesma forma, materializam o princípio da justiça social, correspondendo à reivindicação das classes menos favorecidas, em especial da classe operária.

No cenário brasileiro, a inauguração dos direitos de segunda dimensão se deu sob a égide da Constituição de 1934. Entretanto, deve-se à Constituição de 1988 o avanço extraordinário na consolidação dos direitos e garantias

fundamentais. Os direitos sociais encontram íntima ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana, que, na Constituição de 1988, foi elevada à posição de centralidade no ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, concretizar os direitos sociais é realizar, igualmente, a dignidade humana.

Como forma de concretização destes direitos, pode-se encontrar nas políticas públicas um meio indispensável à sociedade hodierna. As políticas públicas representam um conjunto de atividades que interligam as esferas jurídicas e política, indispensáveis para a promoção dos direitos sociais constitucionalmente assegurados.

Neste contexto, a jurisdição constitucional aparece como indispensável na fiscalização tanto das políticas públicas como da plena garantia dos direitos sociais. Não havendo atendimento a algumas destas situações, poderá intervir na política pública, uma vez que guardar o processo democrático e fomentar os valores constitucionais é o fundamento e objetivo da atuação do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

- BISCH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae* – As tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BITTENCOURT, Caroline Müller; LEMOS, Maitê Damé Teixeira. Direitos sociais prestacionais: mínimo existencial à preservação da dignidade da pessoa humana e o papel da jurisdição constitucional à sua efetividade no constitucionalismo contemporâneo. In: LEAL, Mônia Clarissa Hennig; CECATO, Maria Áurea Baroni; RÜDDIGER, Dorothee Susanne (org.). *Constitucionalismo social: o papel dos sindicatos e da jurisdição na realização dos direitos sociais em tempos de globalização*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.
- BOLESINA, Iuri. O mínimo existencial enquanto critério para o controle jurisdicional de políticas públicas: análise teórica e crítica de sua operacionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal e do superior tribunal de justiça. 2012. 179 f. Dissertação de Mestrado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2012.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.452/RJ. Ministro Relator Celso de Mello. Julgamento em: 16.09.1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo163.htm>>. Acesso em: 1º dez. 2013.
- BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.) et al. *Políticas públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico*. 2006.
- BULOS. Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- CAMBI, Eduardo. Revisando o princípio da separação dos poderes para tutelar os direitos fundamentais sociais. In: KLOCK, Andrea Bulgakov; CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; ALVES, Fernando de Brito (org.) *Direitos fundamentais revisitados*. 1. reimp. Curitiba: Juruá, 2009.
- KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Altas, 2011.
- PETERS, B; PIERRE, Jon. *Administração pública: coletânea*. São Paulo: Unesp; Brasília: ENAP, 2010.
- PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: A preponderância da constituição da república alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. *Biblioteca do Senado Federal*, Brasília a. 43, n. 169, jan./mar. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92449/Pinheiro%20Maria.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 25 nov. 2013.
- PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- QUEIROZ, Cristina M.M. *Os actos políticos no estado de direito – O problema do controle jurídico do poder*. Coimbra: Livraria Almedina, 1990.
- RICHARD, Lionel. *A República de Weimar (1919-1933)*. São Paulo: Companhia das Letras: Círculo do Livro, 1988.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, t. 8, 2008.