

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO COMO FORMA DE EXERCÍCIO DE CIDADANIA

Luciene Dal Ri¹

Giancarlo Maturano Ghisleni²

Resumo: A interpretação dada a Constituição portuguesa por Canotilho na década de 80 já não tem a mesma roupagem para aquele País. Todavia, aqui, em países de modernidade tardia como chama Streck, após congresso realizado onde o professor de Coimbra participou através de videoconferência, ficou sedimentado que era o caso de aplicação, já que o nosso País não havia implementado grande parte dos direitos elencados na Constituição de 1988. Com as promessas não cumpridas, ainda nos questionamos se há possibilidade de em alguns casos onde essas promessas tenham sido parcialmente preenchidas, sofrerem injunções que as levem a um grau menor ou “*estaca zero*”? A nós parece que essa possibilidade inexistente. Isso porque defendemos que a Constituição é um pacto (contrato social) estabelecido entre estado e cidadão e, neste pacto (nosso de 1988), há a previsão de que os direitos que o estado confere ao cidadão devem ser gradativamente implementados. Sendo assim, inexistiria qualquer possibilidade ao legislador de na medida em que implementou alguns direitos, mesmo que parcialmente, retroagir retirando aquele quantum já implementado sem a substituição por outro melhor e mais eficaz. Até porque segundo menciona a Constituição de 1988 em seu artigo 3º é objetivo da República construir uma sociedade justa, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades regionais. Tendo em vista que os objetivos primários dos direitos, essencialmente os sociais, são justamente fazer cumprirmos este artigo constitucional, não haveria como após sua implementação, retrocedermos para um status anterior com uma enorme cratera entre o que quer este pacto social e o que o estado agora se propunha a fazer. Até porque, indiscutivelmente, cidadania se faz com a capacidade do cidadão exercer sua liberdade com um mínimo de consciência e, certamente que ela inexistente onde há esses enormes fendas separando uma sociedade que governa e outra que é governada dentro de um mesmo espaço de Estado.

Palavras-chave: dirigismo, Estado, direitos fundamentais e proibição do retrocesso.

Introdução

Falar em Estado na atualidade, essencialmente aqueles que seguem a orientação e o conceito da declaração francesa dos homens e do cidadão em seu décimo sexto artigo³, é algo bastante movediço. O momento histórico que vivemos não nos permite pensar estado e Constituição apenas como aquele onde esteja assegurada a garantia de direitos nem

¹ Doutora pela Universidade de Roma *La Sapienza*

² Mestre em Desenvolvimento da Unijui.

³ Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

estabelecida a separação dos poderes idealizada por Montesquieu⁴. Mais do que isso, atualmente a Constituição e o estado tem um papel indiscutivelmente mais importante que apenas a frear poderes e garantir direitos da letra fria da Constituição.

Foi nesta linha que seguiu a obra de Canotilho: vinculando o legislador ao comando constitucional. Comumente chamado de dirigismo constitucional (dirigir-se a implementação da vontade do Constituinte originário), esta tese foi razoavelmente alterada em 2001. Isso porque Canotilho, seu autor, em um contexto puramente português de inserção na deste país na União Européia, entendeu que aquele dirigismo constitucional criado para a Constituição Portuguesa de 1976 em 1982 por sua tese de doutoramento, não poderia ser mais mantida naquele contexto. Acontece que, em 1988 (entre a tese de 1982 e sua revisão ocorrida em 2002) quando da promulgação de nossa constituição, sofreu forte influência desta tese trazendo uma infinidade de promessas. Mas então, nossa Constituição, após o “*dirigismo comedido*” de Canotilho havia ficado órfã? Não foi a orientação dada por Canotilho. Em Congresso realizado em Curitiba no Paraná que ele participou por videoconferência, quando da revisão de sua tese, sua revisão focou apenas a Constituição Portuguesa de 1976 à qual não se poderia aplicar mais esta tese em sua integralidade pelo contexto de Portugal na União Européia e abertura deste país para o início da criação de um Estado Europeu. Em se tratando de Brasil, um país com imensas dívidas e promessas não cumpridas, Canotilho afirmou que a tese vivia em sua integralidade.

Satisfeitos com as palavras de Canotilho, os juristas brasileiros ainda produzem suas idéias em cima da tese Constituição dirigente, pois ela seria talvez a principal saída para implementação de um Estado Social que buscamos até hoje.

Nesse contexto de modernidade tardia como Streck costuma conceituar nosso País, ainda somos reféns da implementação de um Estado Democrático de Direito que tem como um de seus fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, II e III). A propósito de se falar em direitos humanos, inclusive no discurso e atitudes, nosso Estado anda longe de ter esse fundamento quando apóia abertamente as políticas de Cuba e Venezuela na América. Mas incoerências do Executivo a parte, nos perguntaremos o que é essa cidadania que busca a Constituição implementar?

Poderíamos tratar como cidadania os atributos humanos suficientes ao exercício de suas liberdades e garantias fundamentais. Acontece que para que se reúnam esses atributos num Ser há necessidade de que este tenha um mínimo que lhe permita optar dentre várias oportunidades, por aquela(s) que lhe satisfaça(m) como pessoa. Acontece que o capitalismo não permite a todos a chegada a este estágio e aí é que entra o papel fundamental do estado como garantidor através de políticas públicas de uma certa igualdade entre as pessoas de forma que todos alcancem o mínimo que lhes permita fazer essas opções.

Pois foi mesmo nesse sentido o caminho traçado pela Constituição. Veja-se que em muitos dos seus artigos ela obriga o Estado a fornecer saúde, educação, previdência, etc. Todavia, como é de conhecimento nosso País caminha a passos lentos rumo a implementação dessas políticas, tendo em sua maioria implantado-as parcialmente de forma a manter ainda grande parte de seus cidadãos sem o devido auxílio ou com apenas parte dele.

Ai nos perguntamos: num Estado em que o dirigismo constitucional vive, em que a cidadania embora seja objetivo do Estado, ainda não fora implementada ou fora de forma parcial, poderiam as políticas públicas que caminham neste sentido implementador duma cidadania completa, regredir para diminuir o alcance desta busca?

⁴ Ver mais em *O Espírito das Leis*, obra datada de 1748 onde o autor atualiza idéias de Aristóteles em *A Política* e das teses lançadas por John Locke 100 anos antes para criar o *check and balances* ou “sistemas de freios e contrapesos” onde se cria a idéia de que só poder freia poder.

Nos parece pouco lógico tal entendimento e é exatamente isso que defendemos neste trabalho sem intuito é claro, de fazermos um estudo exaustivo e complexo, mas com humildade e sensatez que seja suficiente a alcançarmos a resposta a essa pergunta.

I - MORAL POLÍTICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Kant pregava, num contexto de *Paz Perpétua*

Que o moralista político inicia lá onde o político moral modicamente termina e, na medida em que subordina assim os princípios ao fim (isto é põe a carroça a frente dos bois), frustra sua própria intenção de colocar em concordância a política com a moral. (2010, p.68)

Dele podemos retirar que há uma separação clara entre o *dever fazer* e *fazer* entre a *política* e a *moral*. Não nos passa, porém, despercebido, que a separação entre política e moral tenha sido pouco anterior por Maquiavel, no início do Século XVI.

Poder-se-ia perguntar: mas onde se pretende chegar? Como resposta, em um contexto de direitos e garantias fundamentais do estado pós-moderno. É crível analisar que num contexto de estado (de constitucionalismo) moderno podemos nos questionar sobre a moralidade política: até que ponto a moral pode sobrepor-se à política? Desde a idade média (carta de 1215) até o Constitucionalismo moderno através da Constituição americana (1787) e suas emendas que incluíram não só a tese liberal, mas também a social à Constituição, se tenta absorver no Constitucionalismo o novo parâmetro para condução de um novo futuro moral da sociedade.

Bem verdade que há quem dele não tenha visões tão ufanísticas⁵ ou talvez as tenha de forma mais realista. Verdade é que em meio ao nosso Constitucionalismo moderno que Canotilho chama de “uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”, as garantias fundamentais se tornaram algo imprescindível de realização do que ousaremos chamar de uma “moral política”.

Como sabemos o constitucionalismo moderno divide os direitos e garantias fundamentais, objeto do constitucionalismo, em gerações das quais tentamos identificar três distintamente consideradas. O primeiros ou de primeira geração, apenas por se falar em ordem e não em questão de importância, são os direitos intrinsecamente ligado ao valor liberdade, um dos pilares da Revolução Francesa.

⁵ Baumann, Zigmunt. Demonstra essa visão em suas obras como *Identidade*, *Comunidade*, *Vidas desperdiçadas*, etc.

A primeira geração de direitos é produto peculiar do pensamento liberal burguês do século XVIII, segundo preceitua Sarlet nestes termos:

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito do seu reconhecimento nas primeiras constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mas especialmente como direitos de defesa, desmarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado” (2003, p. 51).

Mario de Conto (2008, p.45), explica “não houve, por parte da Revolução, a preocupação de materializar tais direitos, que permaneceram como um ideário, como direitos apenas formalmente admitidos”. Com isso temos o florescimento de um pensamento acunhado ao valor igualdade, com o que se enlaçam os direitos de segunda geração que, segundo Sarlet, foram provenientes dos problemas sociais advindos da Revolução Industrial com impulso das doutrinas socialistas.

Nesta esfera, a tese liberal não efetivamente conseguia dar um mínimo de dignidade às pessoas e realizar assim a justiça social que deveria ser realizada pela intervenção do estado, por isso o desenvolvimento dessa segunda geração ligada ao valor igualdade:

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que os acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal da liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado o comportamento ativo na realização da justiça social. A nota distintiva desses direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida no mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação do C. Lafer de propiciar um “direito de participar do bem estar social”. Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim liberdade por intermédio do Estado. (2003, p. 52)

Há ainda a terceira geração de direitos ligada ao valor fraternidade/humanidade. Basicamente são os chamados direitos transindividuais ou metaindividuais. Materializam-se na forma de uma busca por um meio ambiente equilibrado, na autodeterminação dos povos, na consolidação da paz universal, etc. Há ainda doutrinadores que criaram novas divisões como quarta e quinta geração, aqueles tendo como exemplos os direitos relativos a manipulação genética, por exemplo, estes últimos como aqueles ligados a realidade virtual. Mas especificamente por não serem objeto do presente trabalho, nos limitamos apenas a mencioná-los.

II - DIREITOS SOCIAIS E DIRIGISMO CONSTITUCIONAL

A segunda geração de direitos fundamentais exige, normalmente, uma maior intervenção do estado, pois nela é que está situada a promoção da igualdade entre as pessoas, por óbvio, promovida pelo estado. Mas não podemos olvidar que, por vezes, como há uma hipertrofia das funções estatais e o inchaço nas suas áreas de atuação, nos deparamos com a dificuldade do mesmo em fazer frente a tantas formas de promoção da igualdade entre os cidadãos.

Para a promoção da igualdade, nossa Constituição adotara normas de conteúdo programático, ou seja, indicando o caminho a se percorrer rumo à promoção da igualdade e doar às normas constitucionais a maior eficácia possível.

No Brasil, tendo em vista as eleições indiretas ocorridas em 1985 seguida pelo amadurecimento do processo constitucional, a Constituição de 1988 trouxe em seu bojo a tese programática e dirigente que Canotilho havia defendido em 1982 em sua tese de doutoramento em Coimbra.

A tese de Canotilho, em Portugal, surge com o finco de dar respostas a Constituição de 1976 em Portugal que incorporou grandes conquistas e valores profundamente democráticos, bem como com intuito de modificar a realidade social portuguesa da época.

Em meio à necessidade de dar aplicabilidade às normas programáticas na Constituição Portuguesa que previa tarefas a serem cumpridas definindo prioridades, é que se desenvolveu o pensamento da tese de doutoramento do autor coimbrese. Exibia uma vinculação direta do legislador ordinário para assim trazer à Constituição portuguesa a efetividade que o constituinte originário havia buscado com as normas programáticas.

Com esse trabalho, Canotilho contribuiu significativamente para a discussão sobre a vinculação do legislador com a finalidade Constitucional. A obra de caráter inédito acabou se tornando uma obra de indispensável estudo e de inquestionável importância, além de que foi seguida por países com direções Constitucionais, como foi o caso do Brasil.

Acontece que o autor após a tese, em suas releituras, em 2001, publicou a segunda edição de sua tese onde já no prefácio adverte quanto a possibilidade de sua morte.

Miguel Calmon Dantas (2010) comentando a mudança de posicionamento do Professor de Coimbra assevera que:

Diante da evolução e das reformas do sistema constitucional português, como também das críticas que lhe foram feitas, algumas com base nos mitos explicitados, Canotilho

revisu a sua doutrina de dirigismo constitucional, reconstruindo-a para admitir uma maior abertura da constituição às deliberações democrática, associando-a a uma idéia de legitimidade procedimental, defendida, por diferentes formas e fundamentos, por Habermas e Luhmann.

Na verdade, a revisão se deu para expressar que a tese da Constituição dirigente estaria realmente morta se interpretada como meio único e capaz de, por si só, de operar via direito, transformações que implementem os mandamentos Constitucionais.

Conclui Canotilho dizendo que “a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias”. Prossegue afirmando “que alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional, ..., acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas matérias fundantes da políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretende continuar a chamar de Direito, democráticos e sociais”.(apud Coutinho, 2005, p. 5)

Mas aí uma pergunta que não cala: houve essa referida morte? O Brasil neste contexto se coloca como um país “órfão”? Para entender melhor tal questionamento é necessário avançar no tempo e entender o que Canotilho quis dizer e em que contexto.

Quando da Constituição de 1976 em Portugal, havia um rico texto de promessas que esbanjava conquistas, de cunho democrático. Havia necessidade de que a esta problemática fosse dada a solução, para que não houvesse uma legislação constitucional destinada a anjos e que no meio social fosse desprovida de qualquer eficácia. Neste contexto é que nasceu a tese do professor de Coimbra que teve a tarefa de oferecer respostas capazes de convencer juridicamente sobre a normatividade e vinculação do texto constitucional, já que as reações se mostravam extremamente conservadoras.(Guedes, 2005, p. 5)

Com o abertura de Portugal à União Européia e a conseqüente implementação das reformas do Estado para tanto, houve naquele país grande avanço na implementação dessas referidas normas programáticas e, neste contexto é que houve por Canotilho uma alteração do dirigismo constitucional.

Acontece que, no Brasil, temos claramente uma democracia recente, uma constituição ainda mais recente, promessas constitucionais neste contexto ainda sequer amadurecidas ao cumprimento. Não nos passa despercebido neste contexto que, por exemplo, o artigo 6º da nossa Constituição que aduz: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Este artigo carece de

eficácia, pois no país o grau de analfabetismo⁶ é de 13% e o acesso a saúde inclusive preventiva, ainda é o sonho da maioria dos brasileiros.

Também neste viés, o inciso IV do artigo 7º que promete dentre os direitos aos trabalhadores, além de outros que visem à melhoria de sua condição social um

“salário mínimo , fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim⁷

Estes são dois exemplos, já que não queremos ir além, pois poderíamos enumerar tantos quantos tivéssemos espaço pra escrever. Como se vê há ainda em nosso meio inúmeras promessas não cumpridas, pois não nos foi permitido chegar ainda a um patamar de alcance e de eficácia das normas constitucionais, ao contrario de Portugal. Por isso Streck nos coloca numa situação que nomeia de país de modernidade tardia e com um longo caminho a percorrer para alcançar um patamar que lhe permita romper com a Constituição dirigente.

A propósito, em 2002, no furor de sua revisão, Canotilho foi convidado para um seminário de pós-graduação pela Universidade Federal do Paraná onde participou por meio de vídeo-conferência. Segundo Vieira da Silva (2010) questionado sobre a morte da Constituição dirigente entre nós, na realidade brasileira, à pergunta o renomado autor coimbreense respondeu:

Portanto, quando coloca essas questões da ‘morte da constituição dirigente’, o importante é averiguar por que é que se ataca o dirigismo constitucional. Uma coisa é dizer que estes princípios não valem e outra é dizer que, afinal de contas, a Constituição já não serve para nada, já não limita nada. O que se pretende é uma coisa completamente diferente da problemática que vimos efectuando: é escancarar as portas dessas políticas sociais e econômicas a outros esquemas que, muitas vezes, não são transparentes, não são controláveis. Então eu digo que a constituição dirigente não morreu

Ainda, Vieira da Silva elucida a mudança de posicionamento de Canotilho para chegar ao que ousamos denominar de *dirigismo comedido*, pelos seguintes fatores:

Assim sendo, restou bastante óbvio que Canotilho, embora tenha abrandado seu absoluto amor pela tese, não havia decretado o fim da Constituição dirigente. O que Canotilho, em verdade, fez, foi mudar seu projeto de Constituição dirigente, não mais defendendo a Constituição como instrumento de revoluções sociais, mas sim um novo Constitucionalismo, no qual a Constituição tem menos carga ideológica e se reduz a regulador das relações sociais. Em Portugal, a Constituição tinha, em um primeiro

⁶ Informação disponível em http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/indicadores_minimos/tabela3.shtm

⁷ Constituição Federal disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm, acesso em 05/10/2010

momento, o objetivo de implantar efetivamente o socialismo, meta que foi abandonada com uma sucessão de emendas constitucionais que extraíram este aspecto da Carta Portuguesa, tudo tendo como motivação facilitar a inserção de Portugal na Comunidade Económica Européia. Canotilho conformou sua visão de Constituição Dirigente às mudanças ocorridas em seu país.

Em seu artigo Vieira expõe ainda mais, explana um confronto entre substancialistas e procedimentalistas. Os primeiros mais afetos a tese do dirigismo, enquanto os procedimentalistas atacam a tese de maneira frontal com argumentos que, ao nosso ver, não são tão sólidos quanto podem parecer.

Dentre os argumentos podemos citar o fato de que pensam ser a constituição dirigente estatizante, incapaz por si só através de dispositivos constitucionais, de alterar uma realidade mais complexa chamada sociedade, a jurisdiscialização da Constituição e politização do Judiciário, trazendo assim um desequilíbrio a tripartição de Montesquieu.

A nosso ver não procedem tais contraditas, pois não há como creditar ao Judiciário a falta de respeito à Constituição dos demais poderes, afinal, se a Constituição é um pacto social entre estado (poderes) e sociedade, por qual motivo teria apenas de a sociedade cumprir sua parte do pacto e o Estado não, desconsiderando aquilo que foi eleito pelo constituinte originário (e conseqüentemente pela população) como caminho a se trilhar na busca de uma sociedade justa.

No que concerne a crítica feita de que a simples alteração de uma realidade complexa por uma interpretação literal de dispositivos constitucionais é tentativa inválida, entendemos que através do pacto, ambos os contratantes sociais buscam o mesmo objetivo, o mesmo ponto comum, de forma que as normas programáticas e o dirigismo constitucional são os procedimentos para se construir esse fim comum.

Todavia, embora de grande valor tal discussão e embate entre substancialistas (adeptos a tese de Canotilho) e procedimentalistas (não adeptos a tese) em função de que Canotilho anotou expressamente que o dirigismo constitucional não havia morrido e que ele não havia abandonado sua tese, e sim adaptado-a, já que havia sido escrita para a realidade Portuguesa e não brasileira a discussão deve continuar a pairar neste sentido.

Garcia (2010) expressamente menciona que “Quando questionado, o próprio autor português informou que países como o Brasil ainda necessitam da tese a fim de alcançar objetivos já alcançados pela República Portuguesa.

Oliveira (2005, p. 195/228) ao estudar a literatura de Canotilho já constatara que a revisão de Canotilho era voltada a redação originária da Constituição portuguesa, ou seja, críticas patrióticas, voltadas na sua essência ao dirigismo constitucional português. O próprio

Canotilho ressalta que certas categorias revisionistas não se ajustam a países que possuem dívidas sociais profundas, como o caso brasileiro.

Mesmo por outra obra de Canotilho onde alunos seus de doutoramento escrevem desfavoravelmente ao dirigismo constitucional, podemos constatar que este ataque é direcionado essencialmente para a Constituição Portuguesa de 1976.⁸

A propósito, não é demais citar aquilo que Streck (2009, p. 23) ensina quando fala que “evidentemente, a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência ou *Welfare State* tem conseqüências absolutamente diversas da minimização do Estado em países como o Brasil, onde não houve o Estado Social”. Ainda expõe o autor que o remédio para a implementação das promessas modernas seria o uso do direito, como legado da modernidade, até porque nossa Constituição é democrática. Complementaríamos o professor Streck expondo o fato de que nosso Estado é também democrático e de direito.

Neste cume é claramente compreensível que Portugal, ao contrário do Brasil, para romper com a Constituição dirigente, tenha implementado o Estado social e o fazendo, teve legitimidade para afirmar sua morte. Já o caso do Brasil, ainda com enormes dívidas não cumpridas deste prometido dirigismo Constitucional, ainda permeia por ares mais poluídos que necessitam da intervenção do Estado e do dirigismo constitucional para servir como catalisador.

Streck ainda é mais incisivo quando menciona que as disfunções da sociedade brasileira são tantas e de tão alta repugnância que aduz ser a modernidade brasileira *tardia e arcaica* e o que houve no Brasil foi um *simulacro de modernidade*.

Para fazermos apenas um registro de *parênteses* daquilo que pensamos ser um problema secular e repassado de geração pra geração em nosso meio, se fizermos uma análise mais profunda, podemos constatar que o problema de tais condições impostas ao país estão intrinsecamente ligada com a forma em que se constituiu a nossa sociedade, sempre com pactos importantes entre classes onde quase sempre a classe destinatária dessas promessas sociais de hoje deteve pouco ou nenhum poder de determinar como gostaria de ver o Estado ser conduzido.

Neste sentido, claro Brassier-Pereira e de certa forma também Raymundo Faoro que ensinam que nossa sociedade é constituída, desde o descobrimento, por uma classe oligarquia com interesses próprios de manutença no poder sem que haja, salvo alguns momentos raros, a

⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Brançosos e Interconstitucionalidade. Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006

participação das classes que hoje são as principais destinatárias dos direitos desta constituição que não se implementou.

Cremonese chama a esse espólio da história de herança maldita. Em suma seria a

“ausência de direitos e de poder público no Brasil colonial. A conquista lusitana, o latifúndio, a monocultura de exploração, o analfabetismo e a escravidão são pesos negativos do passado que ainda determinam a vida política, econômica e social no Brasil... a Independência e a República, considerando a quase nulidade de participação de grande parte do povo nesse processo...os vícios institucionais e culturais da política brasileira...Males como o patrimonialismo, o coronelismo e o populismo...”.(2007, p.61)

Sugestiva é a idéia de Benevides (1994, 2000) quando afirma que

No intuito de reverter a realidade político-social excludente, ou de uma cidadania passiva ou “sem povo” é necessário recorrer à defesa de mecanismos institucionais, como o referendo, o plebiscito, e a iniciativa popular para a construção do que ela chama de uma cidadania ativa ou uma democracia semidireta. Embora com grandes dificuldades, é possível reverter o processo por meio da educação política-entendida como educação para a cidadania ativa e plena (*apud Cremonese 2007, p. 82*).

Fechando esses *parênteses* e adentrando propriamente no conceito e histórico do princípio da proibição do retrocesso, Netto noticia que tal princípio teve origem em Konrad Hesse, em obra de 1978, quando este

desenvolveu a teoria da irreversibilidade, segundo a qual haveria vinculações para o Estado decorrentes da cláusula do Estado Social plasmada na constituição alemã, relativas a interpretação de legislação existente, à determinação de tratamento diferenciado de certas situações em prol da igualdade e à limitação ao Poder Legislativo. (2010, p. 101).

Segundo Netto a teoria da irreversibilidade, desenvolvida por Konrad Hesse parte do ponto de que

Não se pode induzir o conteúdo substantivo da vinculação social do Estado diretamente a Constituição, mas, uma vez produzidas as regulações, uma vez realizada a conformação legal ou regulamentar desse princípio, as medidas regressivas afetadoras destas regulações seriam inconstitucionais, ou seja, haveria uma irreversibilidade das conquistas sociais alcançadas. (2010, p. 102)

Trazendo tal princípio e tal conceito para nosso meio, um país de modernidade tardia e de promessas constitucionais não cumpridas, levando-se em consideração que o dirigismo canotilhense não faleceu, estar-se-ia diante de uma necessidade de que o legislador olhasse para frente sempre com o intuito de dar a norma constitucional o máximo de efetividade. Havendo este olhar para frente, estar-se-ia, em leitura contrária, proibindo o legislador que atuasse no sentido de regredir a efetividade normativa da texto, e assim, estaríamos diante da

aceitação do princípio da proibição do retrocesso em nossa Constituição como que umbilicalmente presente para cumprir essas promessas.

Mas parte da doutrina nos aponta no sentido contrário, ou da não existência de uma menção expressa na Constituição de 1988 ao princípio da proibição do retrocesso. Está-se a entender, *data vênia*, que há quase que de forma expressa tal disposição no artigo constitucional que prevê que na aplicação dos preceitos constitucionais ao caso concreto deverá o aplicador, considerando a constituição, dar materialidade às garantias fundamentais as quais o Constituinte de 1988 inscreveu no texto constitucional, quais sejam os valores de uma sociedade fraterna, pluralista, visando a redução das desigualdades sociais e regionais e a garantia dos direitos sociais como direitos fundamentais.

Temos de interrogarmos se, em certa medida implementado alguns direitos com sobejo de diminuir as desigualdades, vindo norma mais restritiva, estaria esta norma sendo constitucional ao intuito constitucional originária que com ela previa a redução das desigualdades sociais e regionais e, mais, estaria garantindo os direitos sociais como fundamentais à medida que estaria permitindo fossem abolidos direitos já implementados?

Como resposta, entendemos que tal preceito constitucional está constitucionalmente claro no sentido de permitir a colocação deste princípio quase que de forma expressa pela nossa Constituição de 1988 para o bom entendedor.

Temos de expor que, embora não esteja previsto expressamente na constituição, o princípio da proibição do retrocesso está previsto expressamente no protocolo de São Salvador⁹. Segundo este protocolo no artigo 1º uma vez reconhecidos e implementados, não admitem retrocesso e, ademais, devem obrigatoriamente, ser implementados progressivamente pelo países signatários, como é o caso do Brasil.

Acontece exatamente aí o desate da aplicação constitucional do instituto da vedação do retrocesso. Exemplificamos: as pregações de Flávia Piovesan e Antonio Augusto Cançado Trindade dá *status* constitucional aos tratados internacionais que digam respeito a matéria de direitos humanos. Dessa forma, estariam imunes inclusive a alterações dos direitos sociais já implementados (artigo 60 § 4º da C.F.) em função de seu *status* constitucional adquiridos em pelo teor do que dispõe o § 2º do artigo 5º da C.F/88.

A respeito deste tema é importantíssimo destacar o julgado do STF do Habeas Corpus nº 87.585-TO e REs 466.343-SP e 349703-RS onde ficou sedimentado o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos tem *status* supra legal em razão da emenda 45

⁹ Protocolo adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos adotado pela OEA em 1988. Aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo 56 de 19/04/1995 e ratificado em 21/08/1996

da C.F. que deu um parágrafo mais ao artigo 5º e calcificou os tratados internacionais de direitos humanos como equiparados a emenda constitucional caso aprovadas pelo congresso em dois turnos nas duas casas por 3/5 dos membros.

Tudo isso considerado, ainda temos um argumento a mais que entendemos ser de alta relevância: a construção da cidadania através da implementação deste princípio. Como bem sabemos, passados 500 anos do descobrimento, 20 anos da estabilização de um Estado realmente democrático, 15 anos de uma certa estabilização econômica, ainda buscamos a consolidação da cidadania ao povo brasileiro.

Embora muito se tenha feito, efetivamente a busca pela igualdade e cidadania (objetivos da República) ainda não teve significativos avanços no País e a democracia social ainda é uma utopia pra milhões de brasileiros. Mas cidadania não é conceito vago e também só ligado a conquista de igualdade, muito antes, cidadania antes de promover igualdade deve dar idéia de pertencimento a um laço afetivo com a terra, com o local, com costumes, com uma língua.

Neste sentido Carvalho (2002, p.12) ensina que “isto quer dizer que a construção da cidadania tem a ver com a relação das pessoas com o Estado e com a nação. As pessoas se tornavam cidadãs à medida que passavam a se sentir parte de uma nação e de um Estado”

E como sabemos, para se ter idéia de pertença a um estado, para que uma pessoa se sentir cidadã, há a necessidade de que esta possa exercer suas liberdades dentro do contexto social. A nós parece crível acreditar que para o exercício destas liberdades há claramente a necessidade da pessoa num determinado contexto ter opções de escolha para traçar seu destino e, o mínimo de discernimento que não é possível àqueles que possuam poucas letras.

A propósito, neste sentido vale também o dizer de Marshall que ensina que

O estado teria de fazer algum uso de sua força de coerção, caso seus ideais devessem ser realizados. Deve obrigar as crianças a freqüentarem a escola porque o ignorante não pode apreciar e, portanto, escolher livremente as boas coisas que diferenciam a vida de cavalheiros daquelas das classes operárias. Está obrigado a compeli-los e ajudá-los a tomar o primeiro passo a diante; e está obrigado a ajudá-los, se desejarem, a dar muitos passos a frente. Notem que somente o primeiro passo é obrigatório. A livre escolha preside os demais tão logo a capacidade de escolher seja criada. (1967, p. 60).

Mas se há na construção da idéia de cidadania uma ligação direta da pessoa em sentido de pertença ao Estado, como poderíamos pensar nisso em nível no Brasil, se não havia Estado até 1822 no país? Aí reside com certeza um dos pontos pelos quais aqui não temos ainda uma cidadania mínima implementada. Veja-se que nosso Estado é recente. No Brasil, como exemplo, ao contrário do que aconteceu em outras colônias de colonização espanhola na

América, fora proibido a abertura de universidades aqui. Segundo Carvalho, “em 1872, 50 anos após a independência, tínhamos no País apenas 16% da população alfabetizada. Por isso nesta época a afirmação de que havia uma ilha de letrados num mar de analfabetismo no País” (*apud* Cremonese, 2007, p. 67).

A propósito, não é demais analisarmos que ao contrário da ordem natural, no Brasil os direitos sociais foram os primeiros a ser implementados para, apenas num segundo momento termos os direitos ligados ao valor liberdade assegurados. Conseqüência lógica ao nosso ver, pois não há como se falar em cidadania e igualdade “por baixo”, ou seja, com um país praticamente e onde os “cidadãos” não tem possibilidades de pensar sua própria existência em função do baixo ou nulo nível de consciência social.

Alguns pontos da doutrina objetam tal princípio partindo principalmente do ponto do princípio democrático, de opções do legislador, da hierarquia das normas (dar valor constitucional a normas infraconstitucionais), além da reserva do possível. Neste sentido é importante citarmos a obra de Timm e Sarlet (2008) que traz textos significativos acerca do princípio da reserva do possível contrastado com os direitos sociais.

Dessa maneira, ainda muito necessário no campo dos direitos sociais, para fins de construirmos o objetivo da República, qual seja, cidadania, que na carona do reconhecimento do dirigismo de Canotilho, seja também reconhecido aqui em nosso meio a existência, mesmo que existente como princípio intrínseco ao sistema, ou mesmo que pelo protocolo de São Salvador.

Conclusão

Para se ter um Estado (brasileiro) forte, capaz de promover a igualdade e nela fazer com que os menos favorecidos desta sociedade tão excluída pelas “heranças malditas”, há a necessidade de que, se apropriando das armas disponíveis a esta luta, seja lançado mão dos melhores instrumentos que o pensamento humano tem produzido em todos os ramos do conhecimento.

O dirigismo constitucional, ainda vivo entre nós é uma dessas armas. Atrelado a ele, neste nosso contexto de modernidade tardia, o reconhecimento do princípio da proibição do retrocesso seria um caminho importante a ser traçado.

Com tantas promessas constitucionais que o constituinte originário tentou fazer para que um dia chegássemos a ser um País que doasse oportunidade a todos de traçarem seus próprios caminhos e assim fazendo auxiliar no desenvolvimento da nação, tem-se que calçar o

pé quando o Estado, através de uma medida retrocessiva, tenta retirar aquilo que a muito custo conquistamos.

Em sendo assim, admiti-lo na aplicação do ordenamento brasileiro, seria um começo para que aqui se fizesse cada vez mais vivo o dirigismo orientador de Canotilho. Ademais, também faria com que a gama de direitos e garantias já implementadas fossem asseguradas como uma espécie de “direito adquirido” impossível de ser retirado do cidadão por estar dentre as cláusulas pétreas da Constituição, imutáveis, portanto.

Nesta senda poderíamos entender estar presente cada vez mais o conceito de cidadania, objetivo republicano, entre nós, pois com este instrumento que denominamos princípio da proibição do retrocesso estaríamos pronto a tê-lo, cada vez mais, como meio implementador da norma constitucional inscrita no artigo 1º, II da Constituição.

BIBLIOGRAFIA

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Burocracia Pública e Estado no Brasil*. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-BRESSER%20PEEREIRA.pdf>>

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Brançosos e Interconstitucionalidade. Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002

CONTO, Mario de. *O Princípio da Proibição do Retrocesso Social. Uma Análise a partir dos pressupostos da hermenêutica Filosófica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Canotilho e a Constituição dirigente*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

CREMONESE, Dejalma. A Dificil Construção da cidadania no Brasil. *In Revista Desenvolvimento em Questão*. Ijuí: Unijuí, 2007.

DANTAS, Miguel Calmon. *Ode ou réquiem pela constituição dirigente*. Disponível em www.facs.br/revistajuridica/edicao_maio2005/.../doc_01.doc. Acesso em: 25/05/2009.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. Editora Globo; São Paulo: 2001, 3ª Ed. (gaúcho de Vacaria nascido em 1925 e falecido em 2003)

GARCIA, Tatiana Marselha Lins. *A noticiada morte da constituição dirigente*. Acessível na rede mundial de computadores no link <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5615/A-noticiada-morte-da-constituicao-dirigente>

GUEDES, Névito. *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. São Paulo: Martin Claret, 2003

MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967

NETTO, Maria Cristina Pinto e. *O princípio da proibição do retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

OLIVEIRA, Fábio de. *A Constituição dirigente está morta...viva a constituição dirigente*. *In: A Reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007

OLIVEIRA, Fábio de. *A Constituição dirigente: morte e vida no pensamento do doutor Gomes Canotilho*. *In: Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n.28, p.195-228, 2005.

KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Porto Alegre: L&PM, 2010.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. *Princípio da Proibição de Retrocesso Jusfundamental. Aplicabilidade*. Curitiba: Juruá, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang e **TIMM**, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível (orgs)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.

SILVA, João Fernando Vieira da. O resgate de idéia de Constituição dirigente no Constitucionalismo pátrio. Acessível em <http://www.mundojuridico.adv.br/sisartigos/artigos.asp?codigo=799>. Acesso em 05/10/2010

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2009

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004