VI CONGRESSO INTERNACIONAL CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

ESTADO E INSTITUIÇÃO

Organizadores:
José Ribas Vieira
Cecília Caballero Lois
Ranieri Lima Resende

Estado e instituições: VI congresso internacional constitucionalismo e democracia: o novo constitucionalismo latino-americano

1ª edição
Santa Catarina
2017

CONPEDI

VI CONGRESSO INTERNACIONAL CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

ESTADO E INSTITUIÇÃO

Apresentação

O VI Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano, com o tema "Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas", realizado entre os dias 23 e 25 de novembro de 2016, na Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ), na cidade do Rio de Janeiro, promove, em parceria com o CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, a publicação dos Anais do Evento, dedicando um livro a cada Grupo de Trabalho.

Neste livro, encontram-se capítulos que expõem resultados das investigações de pesquisadores de todo o Brasil e da América Latina, com artigos selecionados por meio de avaliação cega por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na seleção e divulgação do conhecimento da área.

Esta publicação oferece ao leitor valorosas contribuições teóricas e empíricas sobre os mais diversos aspectos da realidade latino-americana, com a diferencial reflexão crítica de professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o continente, na abordagem da relação entre o Estado e suas instituições jurídicas e sociais.

Assim, a presente obra divulga a produção científica, promove o diálogo latino-americano e socializa o conhecimento, com criteriosa qualidade, oferecendo à sociedade nacional e internacional, o papel crítico do pensamento jurídico, presente nos centros de excelência na pesquisa jurídica, aqui representados.

Por fim, a Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ) expressam seu sincero agradecimento ao CONPEDI pela honrosa parceira na realização e divulgação do evento, culminando na esmerada publicação da presente obra, que, agora, apresentamos aos leitores.

Palavras-chave: Estado. Instituições. América Latina. Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Rio de Janeiro, 07 de setembro de 2017.

Organizadores:

Prof. Dr. José Ribas Vieira – UFRJ

Profa. Dra. Cecília Caballero Lois – UFRJ

Me. Ranieri Lima Resende – UFRJ

CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE: RÉQUIEM OU PROIBIÇÃO DE RETROCESSOS DOS DIREITOS SOCIAIS?

CONSTITUTIONALISM GUIDE: REQUIEM OR PROHIBITION OF SETBACKS SOCIAL RIGHTS?

Ana Cristina Almeida Santana [1]
Luana Maria Costa Oliveira [2]
Mateus Dantas de Carvalho [3]

Resumo

O presente artigo busca agregar a discussão atual acerca das ameaças aos direitos sociais, no caso brasileiro insculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nos artigos 6º ao 11º, no rol de direitos fundamentais sociais e também na ordem social, artigos 193 a 232, normas que impõem prestações positivas do Poder Público, e que, no atual estágio do constitucionalismo, de caráter dirigente, correm o risco de sucumbir ante as pressões neoliberais. Assim, propomos uma reflexão em torno da assertiva de Canotilho (2001) que sacudiu o edifício da teoria do constitucionalismo dirigente, ao assinalar o esquartejamento e a morte desse tipo de constitucionalismo. O trabalho foi fruto de uma pesquisa exploratória em fontes bibliográficas e documentais. E como resultados, destacamos que o alerta de Canotilho não foi de todo desproposital e serve de ponto de partida para o amadurecimento do constitucionalismo brasileiro.

Palavras-chave: Constitucionalismo dirigente brasileiro, Direitos sociais, Morte, Ameaças, Proibição de retrocessos

Abstract/Resumen/Résumé

This article seeks to add the current discussion about the threats to social rights, in the Brazilian case insculpidos in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, articles 6 to 11, in the catalogue of fundamental social rights and social order, articles 232 to 193, norms that impose positive benefits from the Government, and that, at the current stage of constitutionalism , Chairman, are at risk of succumbing against liberal pressures. We therefore propose a reflection around the assertion of Canotilho (2001) that shook the building the theory of constitutionalism, leader to mark the slaughter and the death of that

[1] Doutora em Educação pela PUCRS. Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela UFS. Especialista em Direito Processual pela UFSC. Advogada e Professora da Universidade Tiradentes. Pesquisadora. E-mail: anacrist11@yahoo.com.br.

[2] Acadêmica de Direito da Universidade Tiradentes (UNIT). Membro do Grupo de Pesquisa Interdisciplinar Participação, Educação Cidadã, Controle e Direitos Humanos. E-mail: loliveira45@live.com

[3] Acadêmico de Direito da Universidade Tiradentes (UNIT). Membro do Grupo de Pesquisa Interdisciplinar Participação, Educação Cidadã, Controle e Direitos Humanos. E-mail: dantas.mateus@yahoo.com.br

kind of constitutionalism. The work was the result of an exploratory research on bibliographic and documentary sources. And as a result, we point out that the Canotilho was not at all desproposital and serves as a starting point for the ripening of constitutionalism.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Brazilian leader constitutionalism, Social rights, Death, Threats, Prohibition of setbacks

1 INTRODUÇÃO

Em 2001, Canotilho fez uma assertiva que chocou e causou um impacto na teoria do constitucionalismo dirigente ao aduzir que “a Constituição dirigente está morta” (CANOTILHO, 2001, p XXIX).

Uma constituição dirigente deve refletir um modelo real, mitigado ou até pessimista de dirigismo constitucional, a partir da compreensão de que, a Constituição sozinha não tem o papel de vinculação, não se reveste de dirigismo, se compreendida como caráter isolado, normativo puro, desvinculado dos processos de interlocução com o direito internacional (CANOTILHO, 2001).

A partir dessa alerta do jurista português, o presente artigo tem como objetivo ampliar a discussão acerca da pertinência e atualidade dessa discussão em época de avanço neoliberal e flagrante ameaças e desvirtuamentos do chamado constitucionalismo dirigente no Brasil.

O trabalho inicia traçando um breve caminho da teoria do constitucionalismo, destacando o constitucionalismo do tipo dirigente, a manifestação desse constitucionalismo no Brasil, refletindo cobre a atual crise e ameaças dos direitos sociais no Brasil, enfatizando a impossibilidade de retrocessos desses direitos sociais.

O trabalho foi fruto de uma pesquisa exploratória em fontes bibliográficas e documentais.

2 BREVE CAMINHO DO CONSTITUCIONALISMO

Para falar em constitucionalismo, faz-se necessário destacar os interesses antagônicos visualizados ao longo da história da humanidade, a saber: de primeiro, o interesse estatal, associado à figura do monarca nos Estados Absolutistas; e, de outro lado, tem-se o interesse individual, do cidadão enquanto membro de uma sociedade civil.

Nem sempre foi fácil conciliar esses interesses. Em se tratando de colisão entre

os referidos interesses, levava-se sempre vantagem aquele que detinha o poderio da força e domínio, em outras palavras, como ente organizado e institucionalizado, o interesse Estatal, a figura do soberano, suprimia o interesse individual, do "cidadão".

A partir do crescimento da consciência dos indivíduos em torno dessa desigualdade de forças, surgem pressões e movimentos sociais a partir do século XVIII, ou o que passou a se conceber como constitucionalismo. Assim, Canotilho (1998) entende o constitucionalismo como uma ideologia que tem por objetivo a limitação do governo, que se reveste, se amolda, se efetiva na elaboração e promulgação de uma Carta estabelecendo direitos e deveres ao indivíduo frente ao Estado. Ou ainda, em sua literal e famosa "técnica de limitação do poder com fins garantísticos".

De igual forma, Bulos (2014), o constitucionalismo é uma técnica jurídica de guarda de direitos fundamentais do indivíduo frente o Estado, manifestado através de uma constituição escrita, ou melhor:

> O constitucionalismo é uma técnica jurídica de tutela das liberdades, porquanto engloba um conjunto de normas, instituições e princípios constitucionais positivos, depositados em constituições escritas, a exemplo do direito à vida, à igualdade, à dignidade, ao devido processo legal, e tantos outros vetores relacionados à mecânica dos direitos humanos fundamentais. (BULOS, 2014, p. 62).

Dessa forma, uma característica do constitucionalismo é a continuidade, revestida em um movimento social que pode ter seus primórdios na antiguidade com os hebreus (LOEWENSTEIN, 1970), e romanos, numa concepção de estado teocrático, e que, com o advento do racionalismo moderno, a teoria ganha corpo metodológico e perdura e acreditamos que perdurará ao longo das diversas variantes que flui com ancoragem no pensamento filosófico, sociológico, político e, naturalmente, jurídico, como se mostrará no desenvolvimento do presente artigo.

Nesse sentido, o movimento constitucionalista pode ser apresentado em fases: em um primeiro momento temos o constitucionalismo antigo, que se reflete no povo hebreu e nas cidades Estados gregas, no primeiro havia a bipolaridade entre o poder absoluto do rei e a lei divina revelada aos profetas e a segunda o surgimento do conceito de democracia[1], um legítimo do governo do povo, no qual havia uma similaridade entre

---

[1] Apesar de a democracia, ser entendida contemporaneamente como governo do povo, na Grécia Antiga, a noção de cidadania estava ligada a casta social e poder económico do indivíduo, ou seja, nem todos eram considerados cidadãos.

o Estado e o indivíduo, pois os seus poderes eram exercidos pelo próprio povo.

> A Cidade-Estado grega representou o início de uma racionalização do poder, e até hoje constitui o único exemplo concreto de regime constitucional de identidade plena entre governantes e governados, uma vez que se tratava de uma democracia direta. Além disso, o regime constitucional grego estabelecia diferentes funções estatais, distribuídas entre diferentes detentores de cargos públicos, que eram escolhidos por sorteio, para tempo (TAVARES, 2016, p. 26).

Já para o constitucionalismo medieval, podemos afirmar que foi o primeiro grande salto no que se refere a absorção de direitos por parte do indivíduo. Nesse período, marcado ainda pelo absolutismo e pela inquisição da Igreja Católica de Roma, surge uma importante declaração de direitos, a Magna Carta de 1215, trata-se do primeiro documento escrito que limitava o poder do Rei (Estado) estabelecendo direitos e garantias ao cidadão. Esse documento é revolucionário porque serve de parâmetro para o surgimento de outras cartas e declarações de direito, ou como sintetiza Bulos (2014, p. 62),

> [...] a magna foi o reflexo das necessidades sociais do seu tempo, abrindo precedentes que se incorporariam, em definitivo, às constituições vindouras. Mencione-se, a propósito, o direito de petição, a instituição do júri, a cláusula do devido processo legal, o habeas corpus, o princípio do livre acesso à justiça, a liberdade de religião, a aplicação proporcional das penas etc.

No racionalismo moderno, fruto do iluminismo histórico, o constitucionalismo se divide em uma concepção liberal (Estado Liberal) e outra concepção social (Estado Social) (MACHADO, 2008), momento em que, o primeiro direito a ser tutelado pelo Estado foi a liberdade, um direito negativo, ora se traduz na caracterização por uma abstenção de um ato, *non facere* do Estado, resultante em não intervir na esfera de liberdade do indivíduo de ir, vir e permanecer em determinado local.

Todavia, esse Estado Liberal na percepção de Canotilho (1998, p. 43) se reveste na ideia de que a constituição "deixa de ser apenas a limitação do poder e a garantia de direitos individuais para se converter numa ideologia, abarcando os vários domínios da vida política, econômica e social (ideologia liberal ou burguesa)". Assim, o que se observa é que o Estado Liberal de Direito, surge como um Estado de Direito impondo ao Estado uma postura negativa em seguida adquire um contorno de ideologia liberal, pois o momento de seu surgimento foi o auge do liberalismo econômico.

Segundo Streck e Morais (2006, p. 94),

> A nota central desse Estado Liberal de Direito apresenta-se como uma limitação jurídico – legal negativa, ou seja, como garantia dos indivíduos – cidadãos frente a eventual atuação do Estado, impeditiva ou constrangedora de sua atuação cotidiana. Ou seja, a este cabia o estabelecimento de instrumentos jurídicos que assegurassem o livre desenvolvimento das

> pretensões individuais, ao lado das restrições a sua atuação positiva.

Num momento posterior, surge a necessidade por parte do Estado em adotar uma postura ativa frente aos problemas sociais, é o nascimento do Estado Intervencionista, baseado não apenas em tutelar o direito a liberdade, mas sim de efetivar e estabelecer políticas públicas que visem a igualdade, os direitos sociais do trabalho, da livre iniciativa e etc.

Streck e Morais (2006 p.96) afirmam que

> com o Estado Social de Direito, projeta-se um modelo onde o bem-estar e o desenvolvimento social pautam as ações do ente público", isso mostra que o poder público antes preocupado apenas em cumprir a lei em sua acepção formal, deve a partir de então assumir uma postura ativa e permanente no fim maior, o bem-estar social de todos (*Wefare State*).

Portanto, o constitucionalismo moderno surge numa busca de superação de um período de trevas, no auge do absolutismo francês. Constitui principal marco a Revolução Francesa de 1789, em importante obra (*Qu'est-ce que le tiers ètat?)*o Abade de Sièyes reflete bem a sociedade francesa composta por Nobreza, Clero e o Terceiro Estado questiona o autor O que é o terceiro Estado? Resposta: Tudo. O que ele tem sido até agora? Resposta: Nada. O que ele pretende ser? Resposta: Ser alguma coisa (CUNHA JUNIOR, 2014).

Para Tavares (2016, p. 35), o estopim para o constitucionalismo moderno ocorreu na França que, inaugurou

> uma nova etapa na ordem social do velho mundo. A revolução francesa derruba a monarquia e a nobreza, castas dominantes até então, para impor uma Constituição escrita, com a preocupação de assegurar amplamente seus ideais de *liberté, egalité e fraternité.*

Outro marco da fase do constitucionalismo moderno foi o surgimento de constituições escritas, a exemplo da Constituição Norte-Americana 1787, e a nossa primeira Constituição Imperial de 1824, esse fenômeno trouxe uma maior segurança jurídica e publicidade aos direitos, garantias e deveres nelas positivados, como informa Canotilho (1998, p. 43) ao se referir a constituição instrumental como um dos grandes marcos do constitucionalismo moderno, *in verbis*:

> No constitucionalismo moderno, a constituição foi fundamentalmente concebida como ordenação sistemática e racional da comunidade através de documento escrito. Efeito racionalizador, efeito estabilizante, **efeito de segurança jurídica** e de calculabilidade, **efeito de publicidade**, são, em maior ou menor medida, os objectivos que se deseja vão obter através da fixação do conteúdo constitucional num ou vários documentos escritos — constituição instrumental. Fala se, pois, de constituição instrumental para se aludir à lei fundamental como texto ou como documento escrito (grifo nosso)

A ideia de (des)continuidade do direito constitucional ou como alguns preferem é associado aos processos de mudança constitucional (CANOTILHO, 1998, p.144), pode se resumir na busca do indivíduo pela tutela de direitos que lhe são inerente, liberdade, igualdade, fraternidade ou solidariedade, o direito à paz, à felicidade, à inteireza como ser humano, não apenas no plano formal da Constituição, mas sim na luta e conquista no plano material ou substancial.

Machado (2008), aduz que na nossa atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 conseguimos visualizar esse marco continuativo, no momento em que essa norma estabelece como um dos objetivos construir uma sociedade livre, justa e solidário, temos nesse caso uma dimensão política (construir uma sociedade livre); outra dimensão social (construir uma sociedade justa); e, por fim, uma dimensão fraternal (construir uma sociedade solidária).

O constitucionalismo atual traz consigo o fenômeno da constituição dirigente, em contraponto as "constituições garantias" que só traziam em seu bojo, normas de organização do Estado e de declaração de direitos fundamentais.

A constituição programática (dirigente) faz surgir o fenômeno das normas programáticas, que estabelecem programas de governo a serem traçados pelos governantes, possuem o cerne de normas de eficácia limitada, como bem leciona Canotilho (1998, p. 184) "não significa que este tipo de normas careça de positividade jurídica autônoma, isto é, que a sua normatividade seja apenas gerada pela interpositio do legislador".

Essas normas constitucionais possuem força normativa como qualquer outra norma dessa natureza e são dotadas de autoaplicabilidade. Canotilho (1998) aponta três "forças" vinculantes da norma programática, a primeira se refere ao legislador no dever permanente que possui de efetivar a norma em seu aspecto material; em uma segunda incumbência diz respeito aos órgãos concretizadores dessa norma (Judiciário, Legislativo, Executivo) devendo os mesmos tomar como diretivas materiais permanentes, e em último aspecto como normas que possuem limites materiais negativos, levando a uma inconstitucionalidade uma ação ou omissão que fira o conteúdo ontológico da mesma.

Nossa Constituição Federal de 1988, possui feição dirigente, com inúmeras normas programáticas e que precisam ser respeitadas, sobretudo os direitos sociais, como o direito de greve, de um transporte público de qualidade (recentemente incluído pela Emenda Constitucional nº 90/2015) e vários outros direitos que apesar de não

estarem positivados (escritos) na constituição, estão materialmente implícitos pelo seu conteúdo de norma material constitucional, como ressaltam Mendes e Branco (2014, p. 63)

> as constituições dirigentes, não se bastam com dispor sobre o estatuto de poder. Elas também traçam metas, programas de ação e objetivos para as atividades do Estado nos domínios social, cultural e econômico […] De toda sorte, associa-se a constituição garantia a uma concepção liberal da política, enquanto a constituição programática remete-se ao ideário do Estado social de direito. A constituição de 1988 tem induvidosa propensão dirigente.

Nesse sentido, cabe aprofundar a reflexão em torno do significado, alcance e extensão, assim como das críticas e atuais ameaças em torno do constitucionalismo dirigente constante na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Indaga-se: quais os interesses subjacentes às possíveis desconfiguração da feição constitucionalista dirigente no Brasil e até quem sabe no mundo? Essa é a grande inquietação subjacente ao presente artigo.

3 O CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE

Novas configurações de Constituição foram modeladas, tendo em vista a passagem do Estado Liberal (e passivo) para o Social (e intervencionista), conferindo ao Estado "tarefas, diretrizes, programas e fins a serem executados através de prestações positivas oferecidas à sociedade". De modo que, a história testemunhou "a metamorfose da Constituição, de Constituição Garantia, Defensiva, ou Liberal, para Constituição Social, Dirigente, Programática ou Constitutiva" (CUNHA JUNIOR, 2014. p. 34).

Bobbio (2004, p. 46) interpreta o Estado Social, "no qual os indivíduos, todos transformados em soberanos sem distinções de classe, reivindicam — além dos direitos de liberdade — também os direitos sociais, que são igualmente direitos do indivíduo".

Nesse contexto, estão presentes os ensinamentos de Canotilho (1998, p. 210-211) sobre o sentido do termo Constituição Dirigente, referindo-se à Constituição da República Portuguesa de 1976 e destacando que ela "contém numerosas normas-tarefa

e normas-fim (por exemplo, artigos 9º[2] e 80[3]) definidores de programas de acção e de linhas de orientação dirigidas ao Estado".

Para Canotilho (1998, p. 210-211), a noção de dirigismo constitucional enaltece o caráter vinculante das normas constitucionais em face do Estado, posto que explica que o texto da Constituição da República Portuguesa de 1976 foi de uma Constituição longa, pois, não apenas organizava e limitava o governo, como também impunha "normas-tarefa" e "normas-fim" (de constituição programática-dirigente)[4].

No Brasil, Mendes e Branco (2014, p. 63) também destacaram o sentido de Constituição Dirigente ressaltando que ela além de tratar sobre o estatuto do poder, também dispõe sobre as metas e programas de ação do governo, mas primordialmente,

---

[2] Artigo 9.º Tarefas fundamentais do Estado
São tarefas fundamentais do Estado:

a) Garantir a independência nacional e criar as condições políticas, económicas, sociais e culturais que a promovam;
b) Garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático;
c) Defender a democracia política, assegurar e incentivar a participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais;
d) Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais;
e) Proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correcto ordenamento do território;
f) Assegurar o ensino e a valorização permanente, defender o uso e promover a difusão internacional da língua portuguesa;
g) Promover o desenvolvimento harmonioso de todo o território nacional, tendo em conta, designadamente, o carácter ultraperiférico dos arquipélagos dos Açores e da Madeira;
h) Promover a igualdade entre homens e mulheres.

[3] Artigo 80.º Princípios fundamentais
A organização económico-social assenta nos seguintes princípios:
a) Subordinação do poder económico ao poder político democrático;
b) Coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção;
c) Liberdade de iniciativa e de organização empresarial no âmbito de uma economia mista;
d) Propriedade pública dos recursos naturais e de meios de produção, de acordo com o interesse colectivo;
e) Planeamento democrático do desenvolvimento económico e social;
f) Protecção do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção;
g) Participação das organizações representativas dos trabalhadores e das organizações representativas das actividades económicas na definição das principais medidas económicas e sociais.

[4] Vê-se, contudo, como será melhor trabalhado no item seguinte, que a inspiração do legislador constituinte brasileiro na paradigmática Constituição Portuguesa se mostra incompleta, posto que a realidade jurídica daquele País já se encontrava num maior amadurecimento na implantação dos direitos fundamentais, ao passo que no Brasil, infelizmente, ainda não consolidamos em toda a sua essência os direitos de primeira geração, questão essa que será abordada em seguida e objeto das nossa conclusões.

as Constituições Programáticas (Dirigentes) traçam os objetivos a serem alcançados para a atividade estatal em diversos setores, a exemplo do social, econômico e cultural.

O dirigismo constitucional é o reflexo do chamado *Welfare State* (Estado Social) positivando suas normas com a consecução dos seus fins, valendo-se, portanto, de Constituições com normas que estabelecem programas de caráter vinculante. Assim, nas palavras de Canotilho (1998, p. 211), "a Constituição comandaria a ação do Estado e imporia aos órgãos competentes a realização das metas programáticas nela estabelecidas", tratando-se, pois, de uma Constituição sob a égide de normas de caráter prestacional, asseguradas (as normas) aos cidadãos como fontes de direito garantidoras de direção para o futuro (quando devidamente efetivadas/cumpridas).

Portanto, em linhas gerais, a Constituição dirigente tem como escopo "fornecer uma direção permanente e consagrar uma exigência de atuação estatal" (BERCOVICI, 1999, p. 35), através das imposições legiferantes vinculando a atividade do Estado com diretrizes e princípios programáticos-constitucionais garantidores do *Welfare State*.

Em síntese, essa era a teoria clássica em torno do constitucionalismo dirigente, a ideia de imposição de comandos, programas e metas ao Estado para a realização e consecução de prestações positivas aos cidadãos que agora não se satisfaziam com os direitos individuais, impõe-se a implementação de direitos sociais, econômicos e culturais.

Contudo, em recente obra, Canotilho à ideia de Constituição Dirigente, destaca a reformulação de seu pensamento quanto ao tema ao afirmar que

> [...] a Constituição dirigente está morta se o **dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias.** Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de abertura do direito constitucional ao direito internacional e aos direitos supranacionais." (CANOTILHO, 2001, p XXIX. *apud* PINHEIRO, 2008, p. 72, grifo nosso)

Assim, na nova configuração de Canotilho (2001), o conceito de Constituição Dirigente é um modelo real, mitigado ou até pessimista de dirigismo constitucional, a partir da compreensão de que, a Constituição sozinha não tem o papel de vinculação,

não se reveste de dirigismo, se compreendida como caráter isolado, normativo puro, desvinculado dos processos de interlocução com o direito internacional.

Portanto, a Constituição isolada do contexto da globalização, mundialização e internacionalização[5], por mais normas de caráter revolucionário que possua, sozinha perderá o seu caráter obrigacional de delimitar Políticas Públicas e ainda de dirimir eventuais conflitos das limitações e imposições internas entre os objetivos e metas previamente fixadas em acordos internacionais.

Neste sentido, Canotilho referendou seu posicionamento ante o plano dos Estados Internacionais, de modo que, a força normativa da vinculação constitucional patriótica passaria a se adaptar aos regulamentos estabelecidos pelos tratados e acordos supranacionais, ratificando o que já afirmara no sentido de que "o direito internacional recorta hoje *pré-condições* políticas indispensáveis à implantação de um Estado democrático de direito" (CANOTILHO, 1998, p. 266-267).

A seguir, iniciaremos uma abordagem do impacto das possíveis alterações que poderá sofrer a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, e que atualmente passou pela única Revisão Constitucional prevista em seu texto, mas que já teve 91 (noventa e uma) Emendas Constitucionais em sua redação, isso sem contar com uma gama de propostas em curso no Congresso Nacional e que certamente causará impacto na concepção de constitucionalismo dirigente e garantista até então defendido pelos constitucionalistas brasileiros.

---

5 Acerca da emergência do processo de internacionalização, que não será objeto do presente trabalho, não se pode olvidar, como preleciona Streck (2003), a complexidade de impor vinculação ao Brasil da legislação supranacional, sabendo que o bloco econômico do qual participa (o Brasil) é o Mercosul, onde este possui recursos e realidades distantes da União Européia. Em análise sumária é possível identificar que cada Estado Nacional possui particularidades distintas em setores estruturais, quais sejam, econômico, educacional, saúde e moradia, entre outros, produzindo desta forma, sociedades que coadunam desejos e imposições de acordo com a realidade do país em que vivem. Nesse contexto, o constitucionalismo dirigente é *vestibulum* para o Estado Social (*Welfare State*) em países como o Brasil, mormente tratar-se de realidade completamente distinta da vivida pelos portugueses e pelos outros países que possuem normas constitucionais (sociais) devidamente efetivadas.

4 O CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Voltamos à reflexão em torno da pertinência (ou não) do pensamento de Canotilho (2001), especialmente quando aduz que "a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias", a atual realidade brasileira.

Valendo-se desta premissa, é inexorável aprofundar a reflexão alusiva à defesa de um normativismo que por si só, seja dinâmico, atual e atualizante, mas capaz e comprometido com a transformação dos povos, culturas e realidades, possibilitador de desejos conformadores por meio de um conjunto de normas-tarefa, normas-fim, imposições legigerantes ou, como prefere denominar Sarlet (2006) das normas constitucionais de cunho programático, sendo indispensável que o Estado disponha de planejamento político-administrativo capaz de solucionar a problemática da inefetividade das normas e princípios constantes do Estado Social.

Bercovici (1999, p. 42), busca contornar a assertiva de Canotilho (2001) e preservar o instrumento da constituição dirigente, ao dispor que "ao invés de propor a concretização constitucional, Canotilho limitou-se a substituir a inefetividade das políticas estatais previstas nas chamadas constituições dirigentes pela responsabilização da sociedade civil pela implementação dessas mesmas políticas".

Outra voz que clama pela manutenção do constitucionalismo dirigente é Streck (2003, p. 280), que**,** valendo-se da trajetória da construção dos direitos (e princípios) sociais fundamentais **que,** no caso brasileiro, já fazem parte de um conjunto essencial da Constituição, seu caráter programático deve ser mantido, "pela simples razão de que, sem a perspectiva dirigente-compromissária, torna-se impossível realizar os direitos que fazem parte da essência da Constituição".

Entretanto, o deslocamento da posição de Canotilho (2001) não é de todo incompreensível. Os seus ensinamentos idealistas de constitucionalismo dirigente, mormente tratar-se da conjuntura em que vive o país português, mas, naturalmente, países como o Brasil assistem a outra realidade político-social interna, e, na visão de

juristas como Streck (2003), Sarlet (2006) e Bonavides (1993), o modelo mitigado de Constituição Dirigente torna-se inviável em sua aplicabilidade ao ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista a complexidade que o Brasil possui na efetivação dos direitos (sociais) de caráter prestacional.

Nesse sentido, apesar do avanço da normatização do Direito Constitucional no Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988, desencadeado pela inspiração do chamado neoconstitucionalismo e a redemocratização do país (BARROSO, 2005), tendo como consequência natural a força normativa da Constituição proposta por Hesse (1991).

No entanto, sabemos que o ordenamento jurídico pátrio ainda passa por dificuldades, especialmente quanto à afirmação de princípios sociais clássicos (STRECK, 2003), e a complexidade de criação e execução de Políticas Públicas capazes de atingir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dispostos no art. 3º da Carta Magna.

Mas é fato que a atual Constituição consagrou em seu texto (formal) os direitos sociais básicos e os direitos dos trabalhadores, buscando constituir "um conjunto de direitos e garantias que concretizam o direito geral ao trabalho, especialmente no sentido de imposição dos deveres de promoção e proteção do trabalho e dos trabalhadores" (SARLET, 2013, p. 1145), ou seja, incluindo-se, desta forma, no rol de Constituições programáticas/dirigentes, com caráter de dirigismo distinto da Constituição portuguesa, como afirmamos acima, objeto da crítica de Canotilho (2001).

A questão que ora se coloca é: se categorizada como programática, dirigente e garantista, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ainda não conseguiu alcançar o patamar de estabilidade social, assim descrito pelos juristas pesquisados, como seria possível agora desvirtuar o seu sentido?

Esta efetividade das normas sociais (programáticas /dirigentes), está integrada à implementação do programa finalístico que orientou a atividade legislativa, ou seja, a norma só terá eficácia plena quando ocorrer a concretização do comando da norma no mundo real (BERCOVICCI, 1999). Trata-se, pois, de medida que está distante da

realidade brasileira, principalmente pelo momento que o país enfrenta mediante o descompasso das suas instituições político-administrativas.

Destarte, Streck (2003) de forma criativa aponta a necessidade de permanência do dirigismo constitucional no caso brasileiro, haja vista ser um país de modernidade tardia, porquanto, longe de lograr êxito à consolidação dos direitos sociais, chegando esse autor a desenvolver a Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia, incluindo o Brasil na categoria de periféricos[6]. Para Streck (2003, p. 276), a referida teoria pode ser entendida "como uma teoria da Constituição dirigente adequada a países periféricos, deve tratar, assim, da construção das condições de possibilidade para o resgate das promessas da modernidade não cumpridas (...)".

E o pior, no final da primeira década do Século XXI, após um período de crescimento econômico em que o Brasil chegou a suscitar "inveja" a outros países.

5 CRISE E AMEAÇAS DOS DIREITOS SOCIAIS: PROIBIÇÃO DE RETROCESSOS NO BRASIL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988 estampou os direitos sociais, ou direitos de segunda dimensão, direitos esses que demandam um agir do Poder Público para que ocorra a sua efetividade ou igualdade social[7].

Como prestações positivas, nas palavras de José Afonso da Silva (2011), os direitos sociais estão expressamente insculpidos na Constituição Federal de 1988, nos

---

[6] Sérgio Buarque de Holanda, em sua obra Raízes do Brasil, já preconizava neste sentido muito antes de conceitos dirigentes e programáticos: "as constituições feitas para não serem cumpridas, as leis existentes para serem violadas, tudo em proveito de indivíduos e oligarquias, são fenômenos correntes em toda a história da América do Sul" (HOLANDA, 1948, 273).

[7] Própria do Estado Social de Direito, ressalte-se que a igualdade social não se esgota com a mera garantia de igualdade no plano formal. perante a lei, mas com a igualdade substancial ou material, que quer se reveste na busca da superação da igualdade jurídica formal instalada com o liberalismo. Com os direitos sociais, a igualdade social impõe ao Estado a obrigação de, mediante elaboração legislativa, extinguir as injustiças e desigualdades encontradas na sociedade, acolhendo de forma dinâmica a dialética de estratos sociais historicamente alijados e excluídos.

artigos 6º ao 11º, no rol de direitos fundamentais sociais e também na ordem social, artigos 193 a 232.

Atualmente, diante do atual estado de barbárie que nos encontramos, com o aumento dos índices de violência, criminalidade, drogas, marginalização e consequente exclusão social, o crescimento da violência na sociedade em geral, tem acarretado, "um número cada vez maior de agressões ao patrimônio, vida, integridade corporal, intimidade, dentre outros bens jurídicos fundamentais".

Flávia Piovesan (2000) chama desse cenário de "esfacelamento de direitos sociais", ou o que denominamos de esquartejamento dos ditames constitucionais, posto que os direitos sociais constituem um núcleo intangível, irredutível, supremo e rígido, insusceptível de redução ou exclusão.

Sabe-se que o pensamento liberal tem como principal característica a ideia de um "Estado Mínimo", ou seja, um Estado não interventor na ordem econômica e social.[8]

Esse pensamento liberal tinha como objetivo fundamental, a transformação do Estado Absoluto em um Estado Legal ou Estado de Direito, na prática, a conquista de dois grandes direitos aos indivíduos, a saber o direito a Liberdade e a propriedade. Preconizava-se o individualismo, o sucesso pessoal, um Estado não interventor, os atores seriam os próprios indivíduos.

É certo que essa linha de pensamento causou uma série de desigualdades sociais, enquanto uns tinham muito, outros possuíam quase nada. O chamado "Estado Absenteísta" não intervinha na esfera social, tendo como seu único objetivo garantir os direitos a liberdade e propriedade.

Contrapondo esse ideário liberal surge o "Estado Social de Direito" ou "Estado Providência" ou "*Wefare State*", esse novo modelo de Estado vem com a finalidade substituir o modelo liberal de Estado, trazendo novas concepções acerca do papel do Estado e sua nova finalidade o bem-estar coletivo.

---

[8] O Estado Liberal Surge mais precisamente, na Revolução Gloriosa de 1688, no qual se começou a falar em pensamento liberal burguês, o Rei Jaime II (Católico), oferecia certos privilégios a população católica na Inglaterra, como diminuição de impostos e altos cargos na corte inglesa, o que gerou uma crise com o parlamento inglês, vindo a ocorrer a deposição do Rei Jaime II, posteriormente o novo rei Guilherme de Orange foi obrigado a aceitar as condições estabelecidas pelo parlamento, através do Bill of Rights (1689) e *Toleration Act* (1689). Certo é que o liberalismo aqui surge como uma forma de se exigir do Estado uma tolerância religiosa e um governo constitucional.

Maluf Sahid (2013, p.316) esclarece que “o estado neutro e indiferente foi substituído pelo Estado Atuante, intervencionista cujo o era o de restabelecer a harmonia tradicional entre o capital e o trabalho, entre as classes patronais e as obreiras”. É uma característica fundamental do Estado Social a busca incessante pela justiça social, não falamos em uma “justiça formal”, pautada no tratamento igual na lei, mas sim em uma “justiça material” consistente na oportunidade de acesso aos bens da vida, de maneira igualitária para todos os cidadãos.

O mecanismo utilizado para efetivação da “justiça material” pelo Estado Social são as chamadas “políticas públicas” que, para Dworkin (1989 *apud* VICTOR, 2011, p. 17) são “padrões de condutas que propõem objetivos a serem alcançados, normalmente melhorias em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”.

Assim, como aduz Liberati (2013, p. 140), as políticas públicas são

> [...] ações positivas do Estado por meio do processo legislativo no sentido de assegurar, por meio de normas, vários direitos fundamentais inscritos na Constituição, tais como de crianças e adolescentes, de idosos, dos consumidores, da assistência social, da seguridade social, da educação, da previdência e outros. Já que as leis existem, o desafio, agora, é implementar os direitos fundamentais assegurados na Constituição. Como se diz, popularmente, “deve-se tirar a lei do papel” e convertê-lá em ações benéficas a toda a sociedade.

Portanto, conforme Bühring (2015, p. 66) “Deixar de concretizar os direitos é retroceder no tempo,” ,,, “a menção expressa a esse princípio de não poder retroceder sem que isso signifique violar frontalmente a Constituição de 1988, representou um grande marco, acolhido pela doutrina e jurisprudência brasileira”,,,” o princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pela população”.,,, “está vedada a proibição de retrocesso em nível nacional-constitucional, assim como o dever de progressão em nível internacional, pois são duas dimensões intimamente ligadas e que demandam efetivação”.

6 À GUISA DE CONCLUSÃO

Sustentamos a emergência de um aprofundamento e reflexão em torno do significado, alcance e extensão, assim como das críticas e atuais ameaças em torno do constitucionalismo

dirigente constante na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em razão da possibilidade de desconfiguração da feição constitucionalista dirigente no Brasil.

As possibilidades de desconfiguração do constitucionalismo dirigente no Brasil decorre da crescente ameaça à atuação estatal nas políticas e programas de caráter social cabendo assim a ampliação das discussões em torno de cortes e enxugamentos de direitos de caráter social e assistencialistas, quando se sabe que o estado de direito social sequer chegou a ser plenamente implementado no País.

Nesse sentido, temos que os direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988 pecam de consolidação plena, e necessitam de estudos profundos para que antes mesmo de implementação, sejam reduzidos.

Nesse condão, entendemos que Canotilho (2001) tem razão ao sacudir o edifício da teoria do constitucionalismo dirigente e estimular, no caso brasileiro, a discussão acerca do desvirtuamento do constitucionalismo dirigente.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988 estampou os direitos sociais, ou direitos de segunda dimensão, direitos esses que demandam um agir do Poder Público para que ocorra a sua efetividade ou igualdade social.

Por isso que, em razão do atual momento de turbulências, pugnamos pelo estabelecimento de uma estabilização dos direitos sociais já conquistados, nunca supressão ou redução, face o princípio constitucional da proibição de retrocessos.

Enfim, destacamos que o alerta de Canotilho não foi de todo desproposital e serve de ponto de partida para o amadurecimento do constitucionalismo brasileiro.

7 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, vol. 240, abr./jun. 2005, p 03. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. In: **Revista de Informação Legislativa**, n. 142, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, abr/jun 1999.s

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1993.

BÜHRING, Marcia Andrea. Direito Social: proibição de retrocesso e dever de progressão. In: **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 41, n. 1, p. 56-73, jan.-jun. 2015. Disponível em: file:///E:/Ensino%20Jur%C3%ADdico%20Interdisciplinaridade/Proibi%C3%A7%C3%A3o%20Retrocesso%20PUCRS%202015.pdf Acesso em: 29/09/2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva 2014

CANELA JÚNIOR, Osvaldo **Controle judicial de politicas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001

_____. **Direito, Constituição e Teoria da Constituição**, Coimbra, 2ª Edição, 1998. Lisboa: Ed. Almedina.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**, 8. Ed., Salvador: Juspodivm, 2014.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editora, 1991.

HOLANDA, Sergio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 2ª ed, Rio de Janeiro, José Olympio, 1948, p. 273.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no Estado constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

LOEWENSTEIN, Karl. ***Teoría de la Constitución***. Trad.: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A Fraternidade como categoria jurídico-constitucional. **Evocati Revista** n. 35. Aracaju: Nov. 2008. Disponível em: < http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=290 >. Acesso em:

22/08/2016

MALUF, Said. **Teoria Geral do Estado**. Atual. por Miguel Alfredo Maluf Neto. 31ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013 p.316

MELQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo, antigo e moderno**. São Paulo: Editora Nova Fronteira, 1991

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva 2014

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Comentário ao artigo 6º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio.; _____ (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1145.

_____. MORAIS. José Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 6.ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado 2006.

_____. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**. vol. 8, n. 2, p.257-301, maio/ago. 2003 Disponível em: siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/336/280

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva 2016.

VICTOR, Rodrigo Albuquerque de Judicialização de políticas públicas para a educação infantil: características, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo. São Paulo : Saraiva, 2011.

http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx