

Modalidade do trabalho: Relatório técnico-científico
Evento: V Mostra de Iniciação Científica Junior

DAS DIMENSÕES DO GARANTISMO: DIMENSÃO LIBERAL E DIMENSÃO SOCIAL¹

Jéssica Possamai², Luciano Scheer³, Alfredo Copetti Neto⁴.

¹ DAS DIMENSÕES DO GARANTISMO: DIMENSÃO LIBERAL E DIMENSÃO SOCIAL

² Graduanda em Direito na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ, bolsista FAPERGS no projeto de pesquisa “Direito e Economia às Vestes do Constitucionalismo Garantista”, jeh-possamai@hotmail.com

³ Graduando em Direito na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ, bolsista voluntário no projeto de pesquisa “Direito e Economia às Vestes do Constitucionalismo Garantista”, luciano.scheer@unijui.edu.br

⁴ Orientador. Pós-doutor pela UNISINOS/PDJ-CNPQ, 2014. Doutor em Teoria do Direito e da Democracia pela Università degli Studi Roma Tre (UNIROMATRE, 2010 Revalidado UFPR) e Mestre em Direito Público (Filosofia do Direito) pela UNISINOS, 2006. Professor da Unijuí, alfredocopetti@yahoo.com

INTRODUÇÃO

A visão humana acerca da realidade do mundo modifica-se de forma constante, sobre todas as áreas, sobre todos os aspectos. No mundo jurídico estas visões são positivadas em diversas teorias. O presente trabalho irá apresentar conceitos e teorias capazes de reconstruir toda a linguagem teórica da ciência jurídica para edificar uma teoria geral formal, porém intensamente preocupada em ampliar o alcance e os efeitos de uma axiologia radicada no paradigma do constitucionalismo atual: seu compromisso político de reduzir as divergências existentes entre o dever ser constitucional atual e a realidade do direito vigente. Paradigma este que é transformado ao mesmo tempo na natureza do direito, na política e na democracia.

Assim, visa analisar duas das dimensões da teoria garantista do autor italiano Luigi Ferrajoli, dentre as muitas perspectivas que a teoria apresenta e nas mais variadas áreas do ordenamento jurídico. Contudo, antes de qualquer coisa, é necessário apresentar estas tais dimensões que explicam a teoria, bem como as suas dimensões no decorrer do tempo até os dias de hoje.

METODOLOGIA

A natureza da pesquisa é teórica/filosófica analítica, a partir de consultas bibliográficas, em periódicos nacionais e estrangeiros, bem como meios eletrônicos.

RESULTADO E DISCUSSÃO

A primeira revolução jurídica da história da humanidade se dá com o nascimento do Estado moderno, se produz com a assunção do princípio da legalidade como norma de reconhecimento de direito vigente, concretizada assim a onipotência do legislador. Daí então a subordinação do direito à política fica evidente, visto que a lei é produto da política, tendo o princípio da onipotência do

Modalidade do trabalho: Relatório técnico-científico

Evento: V Mostra de Iniciação Científica Junior

legislador coincidindo com a ideia formal da democracia como onipotência, uma vez que a política e legislação se democratizam pela democracia parlamentar.

Na realidade, isto nunca ocorreu, pois não se deve ignorar a indução que o direito causa à política e vice versa, tentando dizer como um deve ser perante o outro. Mas esta subordinação de poderes, tanto públicos como privados serviu para a projeção das constituições, onde reside a razão social, para finalidades externas a si mesmo: a garantia da paz e dos direitos fundamentais constitucionalmente estipulados. O sistema de garantias, frente a todos os poderes, e respectivamente exercendo a tutela de todos os direitos constitucionalizados, não pode ser imperfeita, eis a grande questão.

Por sua vez, o garantismo se configura como uma teoria técnica da deslegitimação e transformação, como crítica do direito ilegítimo, e, ao mesmo tempo, como luta pelos direitos através de elaboração, reivindicação, introdução e atuação de garantias, ou seja, como função e instituição de garantias adequadas aos diversos tipos de direito.

A partir daí apresenta-se duas dimensões de garantias, a dimensão liberal e a dimensão social. Na primeira está o sistema de garantias prevalentemente negativas, idôneo para tutelar os direitos de liberdade. Na segunda dimensão está o sistema de garantias prevalentemente positivas, dirigidas a dar satisfação aos direitos literalmente sociais. Tais modelos são conexos, em efeito, para a vida e sobrevivência, liberdades fundamentais que são mínimos vitais, garantias dos direitos de liberdade e garantia dos direitos sociais, como a saúde, educação, moradia e demais. Como explica Ferrajoli:

“Las garantías liberales del primer tipo, que forman esencialmente un conjunto de límites al ejercicio de los poderes, servirán para configurar el modelo normativo de un estado liberal mínimo y, específicamente, de un derecho penal mínimo. Las garantías sociales del segundo tipo, al integrar un sistema de vínculos a cargo de la esfera pública, servirán, en cambio, para constituir el modelo normativo de un estado social máximo” (2011, p. 301).

Em se tratando de democracia, Ferrajoli traz um modelo de democracia constitucional, a democracia social ou social-democracia, fundada nas garantias sociais de prestações positivas encarregados pela esfera pública, como o direito ao trabalho, saúde, educação etc. O fundamento desta é precisamente o mesmo que a proibição de matar e da exclusão da pena de morte, como garantias primárias negativas de democracia liberal e a primeira razão de ser um artifício jurídico e estatal. Com efeito, a sociedade atual, caracterizada por um alto grau de interdependência e de desenvolvimento tecnológico, para a sobrevivência, requer garantias jurídicas e, mais precisamente, garantias primárias positivas. Por isso, essas garantias devem entrar no mesmo modo e razão social da democracia constitucional, por duas razões, uma negativa (que tem sido impossível e que no passado era possível) e outra positiva (que tem sido possível e que no passado era impossível), ambas relacionadas com as enormes transformações produzidas na estrutura da sociedade.

Modalidade do trabalho: Relatório técnico-científico

Evento: V Mostra de Iniciação Científica Junior

As instituições primárias de garantias e suas funções devem corresponder aos requisitos de independência e separação das instituições de governo, tanto no plano orgânico como no plano funcional, devendo consistir na aplicação substancial da lei. Sua fonte de legitimação não está na representatividade política e no princípio da maioria, mas sim no princípio da legalidade, uma vez que é de caráter universal os direitos que sustentam.

Nesta expectativa, a indicação teórica mais fecunda em relação à forma de estrutura e de garantias sociais primárias positivas, provém de um princípio de caráter geral, que tem valor ao mesmo tempo, político, jurídico e econômico. Um direito social poderia ser garantido de maneira igualitária, plena, simples e com eficácia no plano jurídico, menos custoso no econômico e mais discricionário político-administrativamente, e assim, a seletividade da corrupção que a mesma alimenta, quanto mais reduzida à intermediação burocrática requerida para sua satisfação, e ainda melhor, se fosse para ser eliminado através do estabelecimento de uma garantia, igual para todos e prestada de forma tendencialmente gratuita. Ao consistir os direitos fundamentais em normas técnicas, suas garantias somente podem ser asseguradas mediante a introdução de outras normas técnicas que estabeleçam os limites e vínculos correspondentes, e, portanto sendo obrigatórias. Em outras palavras, podem produzir as chamadas lacunas primárias.

Em consoante, para Ferrajoli: “El verdadero problema de los derechos sociales- seguramente, el más grave y difícil- es que sus garantías primarias positivas requieren en todo caso una legislación de actuación, es decir, precisamente, la introducción de las instituciones y las funciones de garantía encargadas de satisfacerlos: el sistema educativo, el service sanitario, los aparatos destinados a prestar la asistencia y la previsión social. Es obvio que esto vale también para los derechos de libertad, cuya legislación de actuación es esencialmente la penal, idónea para garantizarlos cuando satisfaga el que he identificado como su doble fin justificante, esto es, de un lado, la prevención de las ofensas injustas de los delitos y, del otro, la de las injustas ofensas representadas por las penas arbitrarias o informales” (2011, p. 386-387).

Como seria possível obrigar o legislador ao cumprimento de sua obrigação de introduzir as correspondentes garantias primárias e as correlativas funções de garantias impostas pela constitucionalização dos direitos sociais? Como obrigar o cumprimento dos deveres constitucionais? Ferrajoli traz estas e outras perguntas a fim de apresentar a importância do controle de constitucionalidade por um paradigma rígido, trazendo algumas medidas que poderiam se associar a este controle. Referindo-se a introdução nas cartas constitucionais de rígidos vínculos orçamentários em matéria de gasto social, mediante a estipulação para cada direito social constitucionalmente estabelecido pela parte mínima do orçamento do Estado que deve destinar-se a sua garantia; por exemplo, vinte e cinco por cento (25%) para a educação, outro tanto para a saúde e demais. Tal garantia positiva permitiria ao tribunal constitucional censurar leis financeiras que derogassem esses limites, conferiria maior transparência à política econômica e social das instituições de governo e acentuaria as políticas econômicas, enfim, serviria para uma mais atenta, informada e consciente participação dos cidadãos nas questões governamentais em matéria de gasto

Modalidade do trabalho: Relatório técnico-científico

Evento: V Mostra de Iniciação Científica Junior

público, evidenciando seus benefícios não apenas nos custos, mas oferecendo critérios mais claros para a valorização e a comparação das propostas programáticas dos diversos partidos e formações.

Enfim, como visto, o autor traz uma grande contribuição à ciência jurídica, à teoria democrática – da democracia constitucional. Tal debate, em tempos de fragilização das instituições modernas, do paradigma do Direito, é fundamental na ampliação das ideias progressistas, onde, “a hegemonia de interesses de pequenos grupos expõe novas estruturas a serem resguardadas, novas situações, cada vez mais complexas a serem protegidas. (...) O Direito, certamente, não deve ficar inerte, muito menos deve tomar como seu mainstream esta abordagem deficitária e imprecisa de proposta de desenvolvimento, como querem alguns” (BOLZAN DE MORAIS; COPETTI NETO, 2013, p.10).

Para a construção de uma sociedade mais igualitária e com verdadeira dignidade, deve ser indispensável discutir a democracia e o seu fortalecimento, na busca incansável pela justiça social através da concretização do garantismo jurídico.

CONCLUSÃO

Em definitivo, a experiência da corrupção e a ineficácia que padecem as atuais democracias ensinam-nos que o objetivo de uma reforma racional da Administração Pública informada por uma máxima redução da mediação burocrática, e, por sua vez, uma máxima transparência e simplificação, converge com a indicação amplamente estratégica da formalização e universalização das prestações requeridas pelos direitos sociais, como as técnicas de garantias mais idôneas para obter o máximo de igualdade, automatismo e, por conseguinte, efetividade. A garantia dos mínimos vitais para todos, desconsideraria as condições específicas e facultativas seletivas e, permitiria que as decisões, por um lado, uma radical burocratização do estado social, no ensinamento de uma transparente, restaurada e simplificada legalidade, de outro lado, uma tutela dos direitos à subsistência, desde já, mais formalizada, eficaz e garantista que a prevista para os direitos de liberdade.

Palavras-chave: sociedade; conflitos; teoria garantista; liberdades; Estado.

REFERÊNCIAS

FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís e Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luís; COPETTI NETO, Alfredo (orgs.). Estado e Constituição: A Internacionalização do Direito a partir dos Direitos Humanos. Coleção Direitos Humanos e Democracia. Ijuí: Ed. Unijuí, 2013.