

RECEBIDO EM: 03/04/2017

APROVADO EM: 09/05/2017

POLÍTICAS PÚBLICAS NA VISÃO GARANTISTA: CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA REALIDADE BRASILEIRA

***PUBLIC POLICIES IN THE GARANTISTA VISION: CONSIDERATIONS
ABOUT THE BRAZILIAN REALITY***

Yduan de Oliveira May

*Mestre e Doutor em Direito, UFSC. Professor do Programa de Pós-graduação
Stricto Sensu em Direito da UNESC. Pesquisador do Núcleo de Pesquisa em
Estado, Política e Direito. Advogado*

Maurício da Cunha Savino Filó

*Doutorando em Direito, UFSC. Professor de Teoria Geral do Processo e de
Prática Administrativa na UNESC. Pesquisador no Núcleo de Direitos Humanos e
Cidadania - NUPEC. Advogado*

Mauro da Cunha Savino Filó

*Mestre em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos e Especialista em
Processo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Políticas Públicas no Estado Democrático de Direito Brasileiro; 2 Aspectos Gerais da Teoria Garantista de Ferrajoli; 3 A Teoria Garantista a Propósito da Realidade Brasileira Atual; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo tem por tema a questão das políticas públicas e sua necessidade de reavaliação. Toma como parâmetro de análise a Teoria Garantista de Ferrajoli, e como pano de fundo a realidade brasileira contemporânea. O texto é desenvolvido em três seções nas quais se estuda as políticas públicas, a Teoria Garantista e a correlação de ambas. Conclui-se pela ampliação da cidadania via democratização das políticas públicas.

PALAVRAS-CHAVE: Garantismo. Estado Democrático. Constituição. Política Pública. Ferrajoli.

ABSTRACT: This paper analyses the issue of public policies and their need for reassessment. Uses an analytical parameter Ferrajoli's Garantista Theory in the Brazilian contemporary reality. The text has three sections: study o the public policies, the Garantista Theory and correlation of both. The results confirms the expansion of citizenship by democratization of public policies.

KEYWORDS: Garantismo. Democratic State. Constitution. Public Policy. Ferrajoli.

INTRODUÇÃO

Tendo em vista a necessidade de se (re)discutir políticas públicas dentro de uma teoria de direitos fundamentais, este artigo traz à baila a teoria Garantista de Luigi Ferrajoli¹, e procura confrontá-la com a realidade brasileira, na qual se verifica de antemão a necessidade de reformulações e novas propostas.

O texto é apresentado em três seções, sendo a primeira dedicada ao estudo das políticas públicas, quando será visto a importância da concretização do princípio da cidadania para que aquelas consigam efetivar seu objetivo que é a resolução dos problemas coletivos. A segunda seção objetivará o estudo da Teoria Garantista, especificamente sobre a Teoria dos Direitos e dos Bens fundamentais, estritamente juspositivista que busca explicitar de que forma o Estado deve proteger um núcleo de Direitos Indisponíveis, como a liberdade, o direito de propriedade, os direitos sociais, dentre outros. Finalmente, a terceira seção se dedicará a vislumbrar a aplicação da Teoria Garantista na concretização das Políticas Públicas brasileiras.

Será dado ao estudo um enfoque sobre a necessidade de efetivação de direitos já previstos na Constituição Brasileira, mas ainda não concretizados, como forma de se criticar a necessidade de novos olhares para o Direito.

1 POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

As formações territorial e política jamais poderiam alcançar a ideia de soberania, se não houver clara a indissociabilidade entre o Direito e o Estado. Interdependentes, devem ser encarados para a construção ou ampliação da autonomia como sua construção um centro de organização destinada à garantia de um futuro melhor do todo social sob o seu exclusivo comando, como pessoa jurídica que se torna, para atender às pessoas, individuais ou institucionais, no equilíbrio da vida individual e coletiva por meio do Direito (ARAÚJO, 2005, p. 57).

1 Ao contrário do que comumente se pensa a teoria do Garantismo não foi desenvolvida somente para o Direito Penal, como podemos imaginar lendo o livro de Ferrajoli "Direito e Razão". No presente texto, não iremos tratar do Garantismo Penal, tratado de forma magistral no livro supra citado, mas da teoria Garantista ligada ao Direito Constitucional, visto, principalmente, em outras obras do autor listadas em nossa referência bibliográfica.

Nesse sentido, no art. 1º da Constituição da República de 1988 declarou-se que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, constituindo-se o Estado Democrático de Direito. Trata-se de princípio absolutamente necessário para a interpretação do profissional do Direito Público, que deve se colocar como um permanente intérprete social atento às opções políticas adotadas.

Em um Estado Democrático de Direito o que se busca é o cumprimento de valores constitucionais que devem ser amparados pelo princípio da legalidade, o que não se revelaria em um cumprimento acrítico das leis, mas sim por uma constante reviver constitucional. Não sem motivo Vico (1964, p. 195) há muito já defendia que “*CIX – los hombres de ideas cortas juzgan que es derecho cuanto se ha explicado com palabras*”, em contraposição a que “*CXII – los hombres inteligentes juzgan que es derecho todo lo que dicta la utilidad general de las causas*”.

O Estado Democrático de Direito seria ao mesmo tempo um princípio constitucional e a própria ordem que resulta da aplicação desse princípio, vinculada ao valor da cidadania e da dignidade da pessoa humana. Segundo Rodrigues (2002, p. 23):

A ordem que se cria e se alimenta do princípio do Estado democrático de Direito tem uma caracterização especial. Para os fins de nosso trabalho, elegemos três decorrências fundamentais da estruturação do Estado democrático de Direito, intimamente vinculadas ao valor da cidadania e da dignidade da pessoa humana, que são a tendência à dimensão participativa da democracia, a garantia do acesso à justiça de direitos transindividuais e a concepção de uma instituição especialmente dedicada à defesa da democracia e dos direitos.

Nos incisos do art. 1º da Constituição, pode-se verificar que estão previstos os princípios da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e do pluralismo político.

Para fins deste trabalho, interessa verificar que, dentre várias concepções, a cidadania se concretiza na participação efetiva da população, nas decisões políticas e no bem-estar alcançado pela conquista de direitos expressos na Constituição de 1988, enquanto que na dignidade da pessoa humana está toda a base dos direitos fundamentais. Salienta Rocha (2004, p.34) que:

[...] quando retorna com novo conteúdo e contornos fundamentais no Direito contemporâneo, o uso da palavra dignidade, referindo-se à pessoa humana, ganha significado inédito, qual seja, passa a respeitar a integridade, a intangibilidade e a inviolabilidade do homem, não apenas tomados tais atributos em sua dimensão física, mas em todas as dimensões existenciais nas quais se contém a sua humanidade, que o lança para muito além do meramente físico.

Além da liberdade que aparece como princípio e fundamento da vida (Pecotche, 1982, p. 84), o Estado deve propiciar condições para que haja vidas dignas em seu conteúdo material, moral e espiritual, sempre vinculando essa liberdade ao dever e à responsabilidade individual.

Assim, considerando-se que a dignidade nasce juntamente com o ser humano – sendo o direito criação do ser humano – constata-se que deve haver um equilíbrio perfeito entre três elementos aparentemente distintos: direito-vida-dignidade (ROCHA, 2004, p. 13), parecendo impossível a sustentabilidade de um ordenamento jurídico alheio ao respeito à vida humana e à sua dignidade.

Para Araújo (2005, p. 425), o Direito deve ser encarado como uma expressão de uma normatividade que está em desenvolvimento, não acabada, “tem como fundamento a igualdade dos homens, tornados pessoas de direitos e obrigações, e é nela que se acha centrada a justiça por levar os homens, a sociedade e o Estado à felicidade, de que a base material, tal qual Aristóteles preconizava, é um dos pilares”.

Ocorre que não se verifica a existência de um bem absoluto que satisfaça total e completamente a pessoa humana, em seus afãs infinitos. Então, já que esse “bem absoluto” não pode ser fornecido pelo Poder Público, uma vez que desconhecido, e por ser a felicidade intraindividual, deve o Estado fornecer condições para que ela seja mais facilmente alcançada por meio de políticas públicas adequadas (NASCIMENTO, 1977, p. 286-7).

A ausência de princípios, como o direito à vida e o respeito à dignidade da pessoa humana, condenaria um suposto Estado Nacional a lamentável fracasso, por não possuir elementos afins com a natureza humana, ao que se destina a elaboração e o cumprimento de normas.

Nesse sentido, pelo fato de o conceito de dignidade evoluir conforme o próprio significado de Humanidade evolui, o direito deve sempre ser

rediscutido, a fim de se poder manter a existência digna, ora orientando, ora ampliando e ora restringindo a atuação estatal.

Isso justifica também um constante aumento no interesse pelas políticas públicas no sentido de se auferir resultados satisfatórios, ou seja, uma análise do político mais pelo ponto de vista dos resultados do que pelo enfoque institucional (SCHMIDT, 2008, p. 2307).

Seja em razão de cortes de gastos ou de uma necessidade em se alavancar a economia, esse campo do conhecimento se mostra cada vez mais valorizado, para se estabelecer uma nova visão sobre os governos.

Aponta Souza (2006, p.22-3):

[...] em democracias estáveis, aquilo que o governo faz ou deixa de fazer é passível de ser (a) formulado cientificamente e (b) analisado por pesquisadores independentes. A trajetória da disciplina, que nasce como subárea da ciência política, abre o terceiro grande caminho trilhado pela ciência política norte-americana no que se refere ao estudo do mundo público. O primeiro, seguindo a tradição de Madison, cético da natureza humana, focalizava o estudo das instituições, consideradas fundamentais para limitar a tirania e as paixões inerentes à natureza humana. O segundo caminho seguiu a tradição de Paine e Tocqueville, que viam, nas organizações locais, a virtude cívica para promover o “bom” governo. O terceiro caminho foi o das políticas públicas como um ramo da ciência política para entender como e por que os governos optam por determinadas ações.

Segundo ela, essa análise pública estatal teria nascido nos Estados Unidos, país iminentemente pragmático, que buscou fazer ciência, a partir da Guerra Fria, da atuação democrática do que o governo fazia. Ou seja, poder verificar racionalmente em democracias estáveis o que o governo faz, para posteriormente se analisar o que é feito.

Para se garantir direitos como a vida e a dignidade, parece ser muito mais interessante estudar as políticas públicas no sentido mais prescritivo do que descritivo, concentrando-se em um campo do conhecimento que busca ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente) (SOUZA, 2006, p. 22).

Como Riani (2013), encaram-se as políticas públicas com ação estatal para a solução de problemas da coletividade. Em síntese, política pública será considerada como sendo a ação (ou conjunto de ações) do Estado, ou sua omissão deliberada e consciente, para a solução de problemas coletivos.

Mas do que descrever como são e por que surgiram determinadas políticas, o viés prescritivo propicia a colaboração para se verificar alternativas e até mesmo discuti-las com agentes políticos, ou seja, propiciando a participação popular nos rumos da atuação dos governos, seja por oposição, seja por meio de apoio (SCHMIDT, 2008, p. 2309-11).

Ao encontro do princípio da dignidade da pessoa humana, deve ir o princípio da cidadania, que pressupõe a participação popular, como uma forma de se evitar que as políticas públicas sejam fruto de uma visão unilateral de entendimento para se decidir a respeito sobre a realização de programas pelos Entes Federados.

Sem o princípio da cidadania ser concretizado, não se concretiza o Estado Democrático de Direito, pela retirada do caráter democrático das decisões públicas sobre aspectos de interesse coletivos, além de expor o Estado a possíveis radicalismos ideológicos:

Afinal, como alerta Popper (1998, p. 183),

o esteticismo e o radicalismo devem levar-nos a repelir a razão e a substituí-la por uma desesperada esperança de milagres políticos. Esta atitude irracional, que nasce de uma embriaguez de sonhos de um mundo belo, é o que chamo Romantismo. Pode procurar sua cidade celeste no passado ou no futuro, pode pregar a “volta à natureza”, ou a “marcha para um mundo de amor e beleza”; mas apela antes para as nossas emoções do que para a razão. Mesmo com as melhores intenções de fazer um céu na terra, só consegue fazer dela um inferno – aquele inferno que somente o homem prepara para os seus semelhantes.

E, no Brasil há sérios indícios coletivos de insatisfações com relação à atuação dos governos por meio de políticas públicas, sobre as quais se tratarão após a análise da Teoria Garantista.

2 ASPECTOS GERAIS DA TEORIA GARANTISTA DE FERRAJOLI

A Teoria Garantista surgiu no campo penal, após haver um cotejamento entre a realidade da legislação penal, jurisdicional e da

Administração Pública, quando se verificou enorme descompasso entre a razão estabelecida na Constituição (italiana e outras) e a atuação do Poder Público que muitas vezes comete atrocidades jurídicas em nome da própria manutenção do Estado e da ordem social. Designa um modelo teórico de direito, fundado na estrita legalidade, própria do Estado de Direito, como técnica de tutela a minimizar a violência e a maximizar a liberdade (FERRAJOLI, 2010, p. 785).

Enquanto teoria crítica do direito, o “garantismo” requer espírito crítico e incerteza sobre a validade e a efetividade das leis, e sob a legitimação do direito.

Enquanto filosofia do direito e crítica política, o significado do “garantismo” está em se separar de forma laica o direito da moral, ou seja, a validade e a justiça devem ser separadas e analisadas sob um ângulo exclusivamente externo, por meio da justificação e argumentação política do Estado, direcionado para a população, e não por meio de argumentos internos, nos quais se leva em consideração o ponto de vista do Estado (FERRAJOLI, 2010, p. 787-8).

Na obra “Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais”, Ferrajoli (2011, p. 9-10) trabalha o conceito de direitos fundamentais formal ou estrutural, designando direitos fundamentais todos aqueles direitos que tem como sujeito todos os seres humanos, no sentido de haver a expectativa positiva ou negativa de usufruir algo ou ter direito a proteção ou não lesão.

Ao mesmo tempo que concorda em parte com o constitucionalismo clássico, despreza o jusnaturalismo para se conceber direitos naturais, recorrendo a Hobbes, ao afirmar que pela teoria deste nasceria a “configuração do Estado como esfera pública instituída para a garantia da paz e, juntamente, dos direitos fundamentais” (FERRAJOLI, 2011, p. 28-9).

Há um traço comum no constitucionalismo que adota como a submissão de todos os Poderes Públicos a normas que se encontram em um patamar superior, sendo que a maioria dessas normas se encontram na Constituição, onde se elencam por sua vez a maior parte dos direitos fundamentais. Ou seja, há uma supremacia da Constituição sobre as demais normas jurídicas e sobre a atuação estatal e jurídica.

Entretanto, a forma de encarar essa relação entre normas e atos públicos que se configura em um Ordenamento Jurídico e em uma Teoria

do Direito encontra uma divergência quanto a sua concepção, conforme ressalta Ferrajoli (2012, p. 1):

[...] o constitucionalismo pode ser concebido de duas maneiras opostas. De um lado, ele pode ser entendido como a superação em sentido tendencialmente jusnaturalista ou ético-objetivista do positivismo jurídico; ou de outro, como a sua expansão e o seu complementamento. A primeira concepção, frequentemente etiquetada de “neoconstitucionalista”, é seguramente a mais difundida. A finalidade deste trabalho é sustentar, ao contrário, uma concepção de constitucionalismo estritamente juspositivista.

Na concepção chamada neoconstitucionalista (que engloba várias teorias com traços comuns) busca-se chegar soluções éticas, muitas vezes se buscando bons argumentos, a fim de se apresentar um caso concreto a decisão mais justa. Já para o “garantismo” haveria um núcleo de direitos indisponíveis que o Estado deve proteger.

Isso se problematiza quando se pensa na melhor maneira de efetivar direitos fundamentais e mesmo de positivizar no Ordenamento Jurídico normas fundamentais.

Desta feita, deve-se criar normas do tipo aberto, ou seja, normas gerais, não específicas, que propiciem a livre interpretação hermenêutica do agente político, permitindo que a interpretação evolua de acordo com o ritmo e os anseios sociais?

Ou, deve-se criar normas fundamentais - considerando o núcleo estruturante dos direitos fundamentais de maneira extremamente e exaustivamente descritiva - a fim de que esses direitos não se percam pela mudança de entendimento ou de vontade política?

Tais questões foram debatidas por Ferrajoli e Manero (2012, p. 44) quando confrontaram dois modelos constitucionais. Ao focar as lacunas provenientes na legislação necessária à efetivação constitucional, Manero apontou a Ferrajoli (2012, p. 42-52) uma construção no sentido de que há diferenças entre normas, no sentido de algumas serem de expectativa e outras restritivas.

As normas atributivas seriam expectativas, ou seja, figuras deontológicas passivas, pois diriam respeito à conduta de um sujeito distinto daquele ao que se atribui, seriam expectativas positivas/negativas. As normas

restritivas seriam imperativas, ou seja, figuras deônticas (faculdade/ obrigação/proibição) ativas, que se referem a conduta do próprio sujeito a que se atribui algo. Assim, para Manero mesmo que a linguagem imperativa ou atributiva seja indiferente no plano teórico; a vantagem em se utilizar a linguagem imperativa estaria em que esta determina obrigações, enquanto que a linguagem atributiva gera lacunas (FERRAJOLI; MANERO, 2012, p. 43).

Entretanto, Ferrajoli defende que a linguagem imperativa ou atributiva de nada afeta o problema dos direitos fundamentais, usando como exemplo o texto constitucional italiano, que prevê que “A República protege a saúde como um direito fundamental do indivíduo” e “garante atendimento gratuito aos indigentes” (FERRAJOLI; MANERO, 2012, p. 48).

O problema residiria no fato de os direitos fundamentais mesmo estando previstos em linguagem imperativa ou de maneira de expectativa necessitarem de uma legislação para a sua implementação, a fim de que o direito possa ser de fato concretizado. Nesse sentido, a Teoria Garantista coloca o foco do problema dos direitos fundamentais na legislação infraconstitucional.

Para Ferrajoli, quando se analisa o texto constitucional e se verifica que a mera interpretação consegue resolver o problema jurídico, a lacuna seria aparente; porém, quando se verificar a necessidade de uma legislação que regule e fortaleça o direito fundamental previsto, a lacuna será estrutural e o direito de garantia será considerado débil:

Em *Principia iuris* chamei garantia débil à obrigação de garantir (e equivalente) à expectativa expressada pelo direito fundamental, e garantia forte à obrigação da prestação, sanitária em nosso exemplo, introduzida pela atuação obrigatória da garantia débil: a primeira obrigação se lhe impõe o legislador, e pode acontecer que este não a atue dando lugar, assim, a uma lacuna; a segunda obrigação compete aos aparatos institucionais, instituídos em atuação da primeira obrigação, e aos funcionários dos mesmos. (FERRAJOLI; MANERO, 2012, p. 48, tradução dos autores)

Essa descrição não valeria para os direitos de liberdade nem para os direitos patrimoniais. Os direitos de liberdade estão em outra perspectiva para o garantismo, pois o que eles preveem é uma proibição em se legislar de alguma que cause algum conflito com os mesmos, ou seja, proíbem a

legislação, sob pena de se causar antinomia jurídica, de resolução mais fácil: a norma infraconstitucional seria declarada nula.

Como exemplo, na realidade brasileira, pode-se citar o art. 5º, da Constituição, em seu inciso XLVII e alíneas, que proíbe a legislação fixar penas de morte, penas de caráter perpétuo, penas de trabalhos forçados, penas de banimento e as penas consideradas cruéis. Da mesma forma, o inciso III do supracitado artigo, determina que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

Além de não se necessitar nenhuma legislação para a implementação destes direitos fundamentais, caso haja lesão, a antinomia jurídica pode ser reconhecida, e declarada sem maiores problemas.

Em relação aos direitos patrimoniais, Ferrajoli os considera direitos singulares, pois há uma previsão hipotética para que eles se concretizem, sendo considerados normas hipotéticas, pois o crédito surge com a dívida e o direito de se proibir que alguém lese algum bem advém do direito de propriedade (FERRAJOLI; MANERO, 2012, p. 49).

O art. 5º, tanto em seu *caput* quanto em seu inciso XXII garantem o direito de propriedade enquanto direito fundamental, mas não assegura ou garante que todos poderão ter as propriedades que quiserem na hora que quiserem. Situações que deem ensejo ao crédito ou ao patrimônio individual devem ocorrer para que o patrimônio individual se concretize. Porém, o direito a se ter, a ser um indivíduo que possa estar na posição de credor ou proprietário de algum bem, não pode ser lesado, por ser considerado fundamental. Essa diferenciação entre os tipos de normas constitucionais aprofundam a necessidade da análise dos direitos fundamentais que podem ser classificados como téticos, e não como hipotéticos.

Esses direitos fundamentais universais não são considerados da mesma maneira que os direitos patrimoniais, nem mesmo como direitos relativos à liberdade, pois são direitos que pressupõem uma obrigação do legislador em legislar. São, portanto, expectativas positivas que se materializam ou concretizam quando o legislador desenvolve suas ações legislativas.

Um grande exemplo para o garantismo são os direitos sociais, considerados direitos débeis, que necessitam de garantias primárias, assim como de garantias secundárias, para não haver lacunas estruturais. A obrigação do legislador é garantir por meio de introdução de garantias

fortes primárias e secundária que viabilizam “a expectativa de qualquer titular de um direito fundamental” (FERRAJOLI; MANERO, 2012, p. 51).

Passa-se a ponderar a realidade brasileira sob a Teoria Garantista.

3 A TEORIA GARANTISTA A PROPÓSITO DA REALIDADE BRASILEIRA ATUAL

Os direitos sociais estão previstos no art. 6º da Constituição, elencados os direitos à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados.

Acompanhando-se o noticiário, resta evidente o descompasso entre o texto constitucional, a realidade social e a expectativa da população. Intensas manifestações desde 2013, paralisações de caminhoneiros e outras categorias. Ampla reprovação do governo federal em meados de 2015.

A insatisfação é indício forte de que os direitos sociais assinalados não estão sendo concretizados no Brasil, por motivos variados, que oscilam ao sabor dos tempos e fatos. Não há, portanto, a efetivação das políticas públicas sociais.

Conforme se verifica em outros dispositivos constitucionais, há previsão de o Estado garantir por exemplo a educação (art. 205 da Constituição) a todos, como forma de se desenvolver a pessoa humana, seu preparar para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho. Igualmente, conforme art. 217, é dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, incentivando o lazer como forma de promoção social. Também, deve assegurar o salário mínimo que seja capaz de atender todas as despesas básicas do trabalhador e sua família, com “[...] moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo[...].”(artigos 205, 217, §3º, 7º, IV).

Diante de previsões constitucionais como essas expostas, verificam-se normas téticas das quais o cidadão, em uma visão garantista, não é um mero destinatário, mas também titular de direitos fundamentais, ainda que não efetivamente concretizado pelo legislador. É preciso, pois, viabilizar instrumentos que façam valer a vontade constituinte.

Existem, assim, diversas disposições constitucionais que fixam ou determinam ações políticas de modo expresso mas sem que tais medidas sejam adotadas pelas autoridades. Há, como sustenta Sarlet (2012, 252-253), “o Estado de Direito não no sentido meramente formal, isto é, como ‘governo das leis’, mas, sim, como ‘ordenação integral e livre da comunidade política’, expressão da concepção de um Estado material de Direito, no qual, além da garantia de determinadas formas e procedimentos inerentes à organização do poder e das competências dos órgãos estatais, se encontram reconhecidos, simultaneamente, como metas, parâmetro e limites da atividade estatal”.

Eis aí o sentido da visão garantista, construída pelo mencionado autor como sendo um conjunto de “certos valores, direitos e liberdades fundamentais” que dariam estrutura “à ideia de Estado de Direito” (SARLET, 2012: 252-253), e assegurariam ainda a necessária e desejada “legitimidade da ordem constitucional e do Estado” (SARLET, 2012: 252-253). Ainda segundo o mesmo autor, “[é] neste contexto que assume relevo a concepção, consensualmente reconhecida na doutrina, de que os direitos fundamentais constituem, para além de sua função limitativa do poder (...), critérios de legitimação do poder estatal e, em decorrência, da própria ordem constitucional, na medida em que ‘o poder se justifica por e pela realização dos direitos do homem e que a idéia de justiça é hoje indissociável de tais direitos”’.

É precisamente neste contexto que assume relevo a lição de Ferrajoli, no sentido de que todos os direitos fundamentais equivalem a vínculos substanciais que condicionam a validade substancial das normas produzidas no âmbito estatal, ao mesmo tempo em que expressam os fins últimos que norteiam o moderno Estado constitucional de Direito. Esta a síntese das ideias abraçadas por Ingo Sarlet, que ainda resume a “perspectiva garantista” fazendo a seguinte afirmação:

Sobre este ponto, notadamente numa perspectiva garantista embasada na obra de Ferrajoli, vale conferir o importante contributo de S. Cademartori, *Estado de Direito e Legitimidade*, especialmente p. 26 e ss., lembrando, entre outros aspectos, que o constitucionalismo “cria um referente indisponível de legitimidade para o exercício do poder político (que Ferrajoli chama de esfera do indecidível): a sua própria forma de exercício – submetida ao Direito, democrática, de garantia – e os âmbitos de exclusão, como é o caso dos direitos fundamentais.” (p. 29). Ainda sobre a íntima conexão entre os direitos fundamentais e a Constituição, no âmbito de um Estado Democrático de Direito,

v., entre outros, a recente contribuição de J. L. Bolzan de Moraes, *As Crises do Estado e da Constituição...*, p. 65 e ss. (SARLET, 2012, P. 49)

Canotilho já nos alertava para esta estrutura de garantia das disposições constitucionais. Como menciona Virgílio Afonso da Silva:

Os princípios assumem força normativo constitucional, superando definitivamente a idéia de Constituição como mero instrumento de governo (Constituição-garantia), prevalecendo a adoção da Constituição dirigente, isto é, determinadora de fins e tarefas do Estado”. No sentido aqui proposto, cf. J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, pp. 1037 s.: “A compreensão principal da Constituição serve de arrimo à concretização metódica quer se trate de um texto constitucional garantístico [...] quer se trate de um texto constitucional programático.

Sobre o tema, Bortolli (2011, p. 148) esclarece a vinculação dos direitos fundamentais ao Direito Administrativo, condicionado ao direito positivo e a especificidade de seu catálogo de direitos fundamentais. Conclui que não é uma questão a ser respondida pela teoria do Direito, mas pela dogmática jurídica.

Por este caminho, para que o cidadão seja titular de direitos e não um mero receptor de atuações governamentais, o Garantismo indica que os direitos fundamentais devam ser previstos em linguagem de expectativas, e não de forma meramente imperativa para os entes públicos (FERRAJOLI; MANERO, 2012, p. 52-53).

Mesmo que dependente de políticas públicas para a sua efetivação, os direitos fundamentais, se concretizados passam a poder modificar a realidade e crescer melhorias sustentáveis diante da complexidade dos problemas sociais. A política pública situa diversas unidades em totalidades organizadas, desdobrando-se “[...] em planos, programas, projetos, bases de dados ou sistema de informação e pesquisas. Quando postas em ação, são implementadas, ficando daí submetidas a sistemas de acompanhamento e avaliação” (SOUZA, 2006, p. 26).

Contudo, se se considerar que fazer políticas públicas em se tratando de direitos fundamentais previstos em normas que titularizam o cidadão de expectativas positivas, a necessidade de se garantir essas expectativas se confirmam pela ausência de poder se trabalhar com mecanismos legais que possam obrigar pontualmente a Administração Pública a agir de maneira concreta e imediata, cumprindo as determinações do constituinte.

A proposta garantista em uma primeira visão pode dar a entender que os direitos fundamentais seriam reduzidos a expectativas que devam ser concretizadas pela legislação infraconstitucional, engessando a atuação do Estado em políticas públicas.

Porém, o que se verifica é que de fato, os direitos fundamentais se mostram faticamente não concretizados por políticas públicas, seja em razão de ausência de recursos ou de vontade política ou de adoção das medidas administrativas necessárias à implementação daqueles direitos.

As políticas públicas no Brasil podem ser implementadas e encerradas, modificadas e abandonadas em decorrência da atuação do Agente Político, que consegue agir sem maiores incômodos, pois não há dificuldade em se sustentar que os direitos sociais podem ser melhor atendidos por uma forma ou por outra completamente diferente.

A questão aqui, importante, é que a mesma implementação, cumprindo a vontade constituinte não pode restar pendente da vontade deste agente.

A ausência de uma regulação na atuação da Administração Pública no tocante aos direitos sociais investe o Administrador de um poder ilimitado sob os rumos que serão tomados. Mas note-se que a mudança de um gestor público pelo voto não deve autorizar o abandono do que se investiu ou planejou anteriormente, sob pena de graves prejuízos à implementação das políticas públicas.

Conforme Bortolli (2011, p. 193) o Governo ao não ter regulada suas atuações de maneira a forçá-lo a determinadas condutas, se mostra detentor de um poder que não lhe deveria ser entregue e que lhe permita mudar o sentido do próprio princípio da legalidade:

Talvez a contribuição mais significativa para um modelo garantista de legalidade administrativa seja a de deveres fundamentais. A inversão operada pela estipulação dos deveres a serem observados na relação entre governantes e governados, ou entre Administração e cidadãos faz com que a estrutura dos poderes públicos sejam profundamente condicionadas e se tornem mais complexas. As obrigações jurídicas fundamentais dos poderes públicos se tornam o outro lado dos direitos fundamentais de todos, sejam pessoas, cidadãos ou capazes de agir. Rompe-se assim com os resquícios do *apoderamiento ex lege* do princípio monárquico do Estado de Direito alemão que associavam a intangibilidade da soberania estatal externa a uma soberania estatal

interna ancorada na supremacia da Administração sobre os cidadãos no campo dos direitos. Abre-se uma perspectiva para que o princípio da legalidade administrativa assuma por completo seu caráter de garantia dos direitos fundamentais contra o arbítrio e a ineficácia dos direitos por parte da Administração Pública.

Com a contribuição do dever fundamental da Administração, e nessa visão garantista, os direitos fundamentais seriam enriquecidos em seu alcance pela normatização da atuação estatal, ao mesmo tempo que transformariam cada cidadão em um titular efetivo de seus direitos, que poderia indicar detalhadamente os passos não seguidos pela Administração Pública, suprimindo a vontade dele e dando concretude aos Direitos Fundamentais.

4 CONCLUSÃO

O que se observa da Teoria Garantista, tendo como base a bibliografia pesquisada, é que a ela pretende reforçar os direitos fundamentais, ao defender que eles não estão garantidos pela mera menção no texto constitucional.

A conclusão é de que, mesmo que no Brasil contemporâneo as políticas públicas sociais não estejam atendendo ao que a Constituição estabeleceu, não se pode exigir maior produção legislativa para a implementação de direitos fundamentais.

Isto só não é suficiente e não desmerece em nada a Teoria Garantista, que defende o surgimento de leis obrigando a atuação de Governos para a implementação de direitos fundamentais. O processo democrático no Brasil não deve ser centrado na fabricação de novos textos normativos. O problema dos direitos fundamentais parece estar no exercício da cidadania que poderá ocorrer pela democratização das políticas públicas, em novos espaços de participação e na construção dos espaços políticos dos direitos fundamentais. Só assim teremos um Brasil espelho de sua Constituição.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Aloízio Gonzaga de Andrade. *O direito e o Estado como estruturas e sistemas: um contributo à teoria geral do direito e do Estado*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG/Movimento Editorial, 514 P., 2005.

CAETANO, Matheus Almeida; MACHADO, Fábio Guedes de Paula; MOURA, Bruno de Oliveira. *O Direito sob a perspectiva da teoria dos*

sistemas de Niklas Luhmann. In: *Revista Sociologia Jurídica*, n. 09, jul./dez. 2009. ISSN: 1809-2721.

DE BORTOLI, Adriano. *Legalidade administrativa e garantia dos direitos fundamentais* [tese]: a vinculação jurídica da Administração Pública no Estado Constitucional de Direito/Adriano De Bortoli; orientador, Sérgio Cademartori, co-orientador, José Luis Serrano Moreno. Florianópolis, SC, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2010.

_____. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo* – um debate com Luigi Ferrajoli/Alexandre Morais da Rosa... [et al.]; (organizadores) Luigi Ferrajoli, Lenio Streck, André Karam Trindade. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zanetti Júnior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRAJOLI, Luigi; MANERO, Juan Ruiz. *Dos Modelos de Constitucionalismo*. Una Convesación. Madrid: Trotta, 2012.

NASCIMENTO, José Amado. Pessoa humana e Estado. In: FRANÇA, Limongi Rubens (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 58, p. 286-287, 1977.

ORTEGA Y GASSET, José. *Una interpretación de la historia universal*. 2. ed. Madrid: Revista de Occidente, 1966.

PECOTCHE, Carlos Bernardo González (Raumsol). Concepcion de la vida (grandeza y miseria). In: *Colección de la revista Logosofía*, t. I, p. 81-85. 1980.

POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tomo I. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia. 1998.

RIANI, Frederico Augusto d'Ávila. Constituições programáticas, funções estatais, políticas públicas e a (in)competência do Judiciário. *Sequência* (Florianópolis), Florianópolis, n. 66, p. 137-160, jul. 2013.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termos de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. revisada e atualizada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. p. 2307-2333. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos Sociais & Políticas Públicas*. Desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, t. 8, 2008.

SOUZA, Celina. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul./dez.2006. p. 20-45, 2006.

VICO, Giambatista. *Principios de una ciencia nueva sobre la naturaleza comum de las naciones: del establecimiento de los principios*. Buenos Aires: Aguilar, 1964.