

OS FUNDAMENTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS DO GARANTISMO NO STF

Grupo do Ativismo Judicial
IBMEC-RJ, UFU E PUC-RIO*

RESUMO: O estudo objetiva contrapor as categorias de judicialização e de ativismo judicial importantes para delimitar as decisões do STF com a concepção de garantismo. A jurisdição constitucional brasileira com certa frequência tem adotado nos seus julgamentos tal parâmetro teórico-prático. Propõe-se a análise da sua origem no pensamento doutrinário de Luigi Ferrajoli. O garantismo na análise proposta não é visto no sentido estrito ao campo do Direito Penal. A escolha de dois julgados garantistas do STF leva a conclusões, também, de que ele não pode ser resumido apenas a garantias constitucionais. Há, dessa forma, a necessidade permanente de contextualizar numa complexidade institucional prática como é a do Supremo Tribunal Federal.

Palavras chave: Ativismo Judicial. Judicialização. Garantismo.

ABSTRACT: The aim of this study is to compare the categories of judicialization and judicial activism that are important to evaluate the decisions of the STF (meaning Brazilian Supreme Court in Portuguese) based on the conception of civil rights' protection. The Brazilian constitutional jurisdiction has often adopted, in its trials, this abstract and practical concept. The proposal is to analyze its origin in Luigi Ferrajoli doctrinal thought. The conception of civil rights' protection is not taken in the strict sense of Criminal Law. The choices of two civil rights' protection trials also lead us to the conclusion that it cannot

* O Grupo do Ativismo Judicial é integrado pelo professor Alexandre Garrido da Silva, Universidade Federal de Uberlândia, Anna Federici Araujo, Bacharel em Direito pela PUC-Rio, Bernardo Medeiros, Mestre em Direito pela PUC-Rio, Daniella Peçanha, graduanda de Direito do Ibmecc-RJ, Eduardo Pereira Vals, graduando em Direito do Ibmecc-RJ, Fernando Gama, Universidade Federal Fluminense, Havine Santos Muri Rodrigues, Bacharel em Direito pelo Ibmecc-Rio, Jorge Chalub, Mestre em Direito pela PUC-Rio, José Ribas Vieira, Ibmecc, PUC-Rio, Julliano Castro, graduanda de Direito do Ibmecc-RJ, Karine Souza, graduanda de Direito do Ibmecc-RJ.

be limited to constitutional guarantees. Therefore, there is the permanent need of understanding the institutional complexity context, a common practice in STF.

Keyword: Judicial Activism. Judicialization. Civil Rights' Protection.

1. Introdução

A adoção de um modelo constitucional com uma ampla carta de direitos fundamentais ensejou na Corte Constitucional brasileira um movimento que prega, essencialmente, a sua efetivação: o garantismo. A este cenário agrega-se a mudança de composição desta Corte, a partir do primeiro mandato do Presidente Luis Inácio Lula da Silva, em 2003, e a reforma do Poder Judiciário, por meio da Emenda Constitucional nº 45/04, contribuindo para uma mudança de postura das instituições judiciárias. Observa-se um novo desenho institucional, sob qual o Supremo Tribunal Federal adquire o papel de protagonista.

A aproximação com o sistema de tais garantias constitucionais provoca um questionamento, na expectativa de compreender a sua fundamentação teórica. O presente trabalho, nesse sentido, tem por fim analisar esta postura da jurisdição constitucional brasileira vinculada a um debate do garantismo, principalmente como é formulado pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli. Pretende-se, pois, identificar a origem e definição deste fenômeno, de modo que se faça possível avaliar as manifestações dos Ministros do STF, em especial diante de dois outros fenômenos que acometem esta Corte, a saber: o ativismo judicial e a judicialização da política.

De fato, paralelamente à expansão de uma política garantista, também se fazem presentes os movimentos do ativismo judicial e da judicialização da política. Estes, contudo, embora dotados de semelhanças, também comportam diferenças. A judicialização da política envolve um processo de todo o Poder Judiciário, de cunho essencialmente procedimental. O ativismo judicial, ao contrário, direciona-se aos atores deste Poder. A judicialização da política, tal qual defendida por Tate e Vallinder¹, pode ser identificada por

meio de instrumentos de proteção judicial, da migração de discussões do Legislativo para o Judiciário através de impugnações ou, ainda, pela adoção de procedimentos tipicamente judiciais no Legislativo e no Executivo. Em contra partida, o ativismo judicial, também descrito pelos autores, seria um fenômeno no qual os juízes passam a se interessar por uma atuação política, isto é, de participar do *policy-making*². Em uma escala comparativa, a judicialização da política seria um fenômeno maior dentro do qual poderia ser encontrado o ativismo judicial.

Diante de tal perspectiva, este trabalho propõe-se a desvendar se haveria uma articulação do garantismo com os demais fenômenos hoje identificados no STF. Deste modo, pretende-se verificar se, independentemente do lastro doutrinário de Ferrajoli, estaria a aplicação das garantias constitucionais articulada a uma instrumentalização de ativismo judicial. Há, pois, a seguinte situação-problema: poder-se-ia aferir que o Poder Judiciário brasileiro adota a linha de garantismo ou seria algo distinto do perfil institucional decisório do STF?

Vale dizer, a respeito desta temática de garantias constitucionais, com a sua possível interface com o ativismo judicial, este artigo não se limita apenas ao parâmetro estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal. Há um direcionamento desta análise para o fato de que a sua efetivação contribui para compreender o debate atual na sociedade brasileira no tocante a teoria constitucional contemporânea.

Assim, seguindo a leitura de Rosalind Dixon³, registra-se que as denominadas sociedades anglo-saxônicas passaram nesses últimos anos pelo “novo constitucionalismo da *commonwealth*”, caracterizado pela aproximação do Poder Legislativo com o *Judicial Review*. Isto é, por um processo de sedimentação de “*weak-judicial review*” com a efetivação de direitos.

A teoria constitucional contemporânea, recepcionada no Brasil por influência dos constitucionalismos alemão, italiano e espanhol, vivenciou duas discussões doutrinárias relevantes, a saber: o neoconstitucionalismo⁴ e o garantismo. Por consequência, há aqui a intenção de descrever essa presença garantista no Brasil e suas

especificidades, como é o caso de uma possível interlocução com o ativismo judicial.

Para tanto, o estudo realizado divide-se em dois conjuntos, quais sejam, 1) qualificar e tipificar o garantismo proposto por Luigi Ferrajoli e suas interações com o pensamento jurídico brasileiro contemporâneo; e 2) aplicar essa análise a determinadas decisões do STF no período de 2008-2009, considerando as garantias constitucionais especiais. Há, dessa forma, um entendimento ampliado a respeito do espectro do garantismo envolvendo inclusive questões políticas.

2. Democracia e direitos fundamentais em Ferrajoli

O início do século XXI aponta para uma maior ênfase à teoria democrática. Destarte, da leitura do texto *Las Garantías Constitucionales de los Derechos Humanos*⁵, pode ser constatada uma estrutura político-institucional, articulando o conceito de democracia com a efetivação dos direitos fundamentais. Tal direcionamento significa uma perspectiva doutrinária com o objetivo de agrupar teoria do estado, teoria do direito e teoria da democracia.

Ferrajoli observa que, normalmente, a concepção de democracia é reduzida a um arranjo institucional na forma de tomada de decisões políticas que se limita a uma mera expressão de “vontade da maioria”. O delineamento formulado nesse quadrante é uma preocupação, como se traduz numa força majoritária rousseauiana ou, nos Estados Unidos, de caráter madisoniano. Assim, o jurista italiano aproxima-se de um debate contemporâneo de relevância que objetiva, sobretudo, definir o processo democrático.⁶

Partindo à sistematização de Ferrajoli, a forma de democracia por ele questionada pode ser denominada formal ou procedimental. Isso em razão da sua legitimação residir apenas na simples manifestação da soberania popular, no sentido de que somente há obrigação para o indivíduo na linha de ser a decisão o resultado de quem a toma e se traduzir como o próprio destinatário da norma, enquanto maioria.

É inegável que a dimensão formal expressa um componente inalienável da democracia, mas não é o único elemento a ser considerado, segundo a lição do italiano. Nesse sentido, o autor central do garantismo destaca determinados argumentos para que a democracia não seja abreviada a sua dimensão formal, quais sejam:

- 1) a concepção formal falha em explicar as democracias contemporâneas, pois estas trazem a noção de Estado de Direito e Estado Constitucional. Em ambos os casos, a soberania popular não é ilimitada, pois o Poder Legislativo passa a estar restringido por certas normas constitucionais, como o princípio da igualdade e os direitos fundamentais;
- 2) uma democracia não estará apta a sobreviver sem um mínimo de limite substancial necessário, independentemente de serem ou não apenas pressupostos. Caso contrário, poder-se-ia suprimir os mecanismos democráticos através da vontade da maioria;
- 3) a democracia formal se baseia na noção de vontade popular, mas esta só surge quando a liberdade de expressão se concretiza em todas as suas modalidades. Num outro aspecto, os direitos de liberdade só se tornam realmente efetivos se houver a presença dos demais direitos fundamentais garantindo um mínimo existencial, principalmente no tocante à educação e à informação. Em outras palavras, a vontade só é manifestada de forma plenamente livre, quando o locutor possui como base todo um conjunto de direitos básicos garantidos.⁷

Como objeção às afirmativas de Ferrajoli, cabe ponderar, a título de reflexão, que não há propriamente uma quebra da vontade da maioria. Ao contrário, o poder constituinte originário seria exatamente a expressão mais próxima desta soberania popular, daí resultando o fato do Poder Legislativo estar vinculado à Constituição, justamente em maior respeito à democracia formal.

Faz-se importante assomar, ainda no tocante aos direitos fundamentais, que a posição de Ferrajoli revela certa limitação. Como pano de fundo, está o estudioso do garantismo afirmando que os que não tem acesso a estes direitos

fundamentais não são aptos a decidir o que é melhor para eles. Ora, seria o caso de ponderar se a falta de educação formal impede alguém de avaliar perspectivas e propostas. Todavia, a questão é ainda mais complexa e, não é que se afaste totalmente do jurista defensor do garantismo, apenas destaca-se que este ponto deveria ser tratado com mais cuidado. Se assim fosse, traria como consequência lógica a ideia de que não há democracia até que todos tenham acesso a certos direitos sociais fundamentais, o que, apesar de discursivamente impactante, não parece uma afirmativa suficientemente adequada.

Ademais, no meio tempo, entre ter e não ter democracia, haveria o sério risco de afirmar que não há, propriamente, uma expressão da vontade popular, mas da parte informada e daquela ainda não apta a decidir. Nessa linha, os últimos não se mostram capazes de apontar o que seria melhor para eles e para o coletivo, o que é um passo distante de afirmar que a melhor decisão seria aquela materializada pelo grupo dos que tem acesso à informação, visto que tal conclusão ocasionaria perigosas implicações óbvias⁸. Evidentemente, não se cogita a hipótese desta acarretar um tênue retorno a um regime totalitário. Esse raciocínio contraria os pressupostos acima e traduz, como resultado, uma visão técnica do governo; algo próximo de uma tecnocracia aos moldes de Weber. É certo que se trata de um exagero que parte do pressuposto das inferências do autor, mas serve para apontar que talvez tal argumento apresentado seja frágil em termos prático-teóricos.

Quanto à natureza social da democracia, lembra Ferrajoli, a noção de vontade da maioria como verdadeira expressão da soberania popular está baseada numa visão organicista e comunitária da sociedade. Por conseguinte, na verdade, apagaria a diversidade e o conflito inerente a todo grande agrupamento social, sublinhando que a vontade da maioria é a manifestação de todos, quando, de fato, é apenas a vontade da maioria. Algo que pode servir para mascarar um componente ideológico que busca exatamente suprimir essas diversidades culturais e sociais, em prol de um determinado ideal de povo.⁹

Ao ser destacado o sentido social da maioria no pensamento de Ferrajoli, cabe indagar acerca de certa proximidade de sua argumentação com a crítica ao fundamento meramente majoritário expressa em Jürgen Habermas. O então teórico alemão assevera, nitidamente, contra a limitação do ideário democrático à homogeneidade resultante da maioria e opta por uma visão discursiva de sentido consensual.¹⁰

Exatamente para coibir possíveis abusos, surge o constitucionalismo como forma de garantir a democracia, entendida agora não mais como algo apenas formal. O constitucionalismo retira da maioria o poder de dificultar ou impedir que a minoria um dia se torne maioria, o que apresenta, necessariamente, um componente substancial.

A soberania popular pode ser, desse modo, entendida de duas formas: 1) *em sentido literal*, ou seja, a soberania como pertencente ao povo como um todo. Logo, ninguém, nem mesmo o Legislativo, possui o direito de se considerar como expressão da vontade do povo. É um princípio de legitimação da democracia; 2) *em sentido figurado*, a soberania popular é composta exatamente pelos direitos fundamentais de cada um dos cidadãos individualmente, de modo que a violação do direito fundamental de uma pessoa, é uma violação da soberania popular.

Vale observar, no entanto, que é passível de crítica esta última modalidade de soberania popular, visto que não se compreende, com exatidão, como se articula com o universo dos direitos fundamentais. Um aspecto é afirmar que os direitos fundamentais possibilitam o exercício pleno da soberania popular ou que eles são pressupostos dela. Posição muito diferente é afirmar que a soberania popular resulta da soma dos poderes e contrapoderes de todos, entendidos estes como os direitos fundamentais de cada um.

A partir dos argumentos acima, deduz-se que as garantias constitucionais dos direitos fundamentais, em suas quatro dimensões, são, também, instrumentos de defesa da democracia. Portanto, o garantismo é tanto uma face do constitucionalismo, quanto um pressuposto da democracia.

A rigidez constitucional não é garantia, mas característica inerente à posição que ocupa

a Constituição na hierarquia das normas. Esta característica confere aos direitos fundamentais uma dimensão negativa (impedimento de violação) e uma positiva (expectativa de execução).

Argumenta-se, no entanto, que esta rigidez acaba por limitar os próprios princípios da democracia para as gerações futuras, já que estas estarão impedidas de escolher que normas são melhores para elas, estando o “povo” de mãos atadas, frente a normas já possivelmente datadas.

Segundo o autor examinado no presente estudo, em realidade, o que estas garantias fazem é impedir que a geração atual impeça as gerações futuras de exercer uma soberania popular plena, pois como já dito, os direitos fundamentais são garantias da própria democracia. Logo, o que eles deixam fora do campo decisório é para se possibilitar a própria democracia.

Assim, as mãos estão atadas em parte para que não se permaneçam dessa forma ainda mais no futuro. A única maneira de o povo romper com esse processo institucional, ao descartar os direitos fundamentais é rompendo com a ordem constitucional e instaurando este regime autoritário.

A título de reflexão, registre-se que essa postura de Ferrajoli não resolve o problema principal, isto é, de saber o que são direitos fundamentais. Como os direitos sociais, o rol de direitos fundamentais aumentou muito, o que pode levar a uma banalização dos mesmos, sobretudo em tempo onde o discurso acerca da dignidade da pessoa humana eleva tudo ao patamar de direito fundamental.

Em relação às garantias constitucionais, estas podem ser divididas em duas formas: negativas e positivas. As garantias negativas impedem a produção de normas contrárias a elas, como as normas sobre alteração constitucional e controle de constitucionalidade. As primeiras (garantias negativas primárias) incluem limites absolutos e limites relativos, assim como limites explícitos e implícitos. As segundas (garantias negativas secundárias) podem estabelecer um modelo difuso ou concentrado, sendo o segundo o mais eficaz.

As garantias positivas obrigam o legislador a promulgar uma legislação que dê efetividade

a estes direitos. Segundo o autor, na ausência de garantias de efetividade para estes direitos, não temos lacunas, mas sim a efetiva inexistência do direito, pois, seguindo a concepção de Kelsen, só é direito aquilo a que corresponde um dever, logo se não há meio de se exigir do Estado o cumprimento do direito, já que não se trata de direito.

Tal aspecto contradiz os pressupostos do positivismo, porque limita a positividade de certas normas jurídicas, e do constitucionalismo. Outrossim, retira o patamar elevado das normas constitucionais que carecem deste tratamento de efetividade.

Vale, porém, pensar que há uma garantia concreta acerca destes direitos: a garantia de que se produza a norma reguladora. Mas esta é uma garantia fraca, pois é difícil assegurar a efetividade mediante uma garantia positiva secundária - controle de constitucionalidade nos casos de omissão - e porque está é uma meta-garantia - garantia de se introduzir uma garantia forte.

Pode afirmar-se, ponderando, que toda norma constitucional possibilita a eficácia negativa que impede a produção de normas em sentido contrário. Assim, mesmo que a garantia positiva não esteja efetivamente garantida (não seja direito), ela ainda produzirá efeitos desta forma, logo, será algo.

O ponto é que este algo não é direito, mas mera garantia negativa – o que é bem diferente. É mister registrar que na posição do autor – e, de fato, aplica-se a noção kelseniana de direito – não haveria, propriamente, direitos nesse ponto, mas meras enunciações. Tal fato não está retirando a força normativa dos direitos fundamentais de caráter positivo. Pelo contrário, está evidenciando a deficiência legislativa e indicando ainda mais fortemente a necessidade de mudanças. Esta posição não diminui a eficácia negativa, nem a possibilidade de se exigir em juízo o direito, mas apenas busca um rigor maior no uso do termo “direito”.

É exatamente na lacuna ou na inefetividade das garantias legislativas (leis que garantiriam a efetividade dos direitos constitucionais) que reside o principal fator de ilegitimidade constitucional dos nossos ordenamentos. Carece-se

de garantias primárias para os direitos sociais e de técnicas jurídicas que constroem o poder público a introduzir tais normas.

Pontuando de uma forma global a proposta reflexiva sobre a democracia e os direitos fundamentais ao sublinhar a respeito dessa articulação dessas duas variáveis identificando o grau de legitimidade do ordenamento constitucional. Pois este se traduz pela efetividade das garantias dos direitos constitucionalmente estabelecidos e identificando a sua ilegitimidade com suas violações ou – pior – com sua lacuna¹¹

3. O Garantismo e o Direito Penal

A compreensão do pensamento de Ferrajoli expressa que sua concepção de garantismo se ocupou, primeiramente, da matéria penal, preocupando-se em delimitar uma doutrina jurídica menos interessada na punição cega dos alvos preferenciais do sistema punitivo e mais com uma compreensão global do fenômeno criminoso, sensíveis às particularidades deste ramo do Direito.

Nesta linha, deve ser destacada uma das primeiras obras que tratou diretamente do tema, ensaiando uma explicação do garantismo profundamente comprometida com os direitos fundamentais, exatamente como prelecionava Ferrajoli na sua obra primeira, conforme visto acima. As interpretações do quadro teórico desse jurista italiano mereceram de Amilton Bueno de Carvalho e de Salo de Carvalho na obra *Aplicação da pena e Garantismo*, mais especificamente, no primeiro capítulo redigido pelo segundo autor, intitulado “Estado Democrático de Direito e Garantismo: considerações a partir do princípio da secularização”, no qual Salo aponta essa possibilidade de demarcar o garantismo no tratamento penal.

O garantismo penal é entendido como forma de se racionalizar a intervenção penal, afastando o uso do direito penal como controle social em detrimento dos direitos e garantias individuais. O garantismo, então, cria um “instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados”.¹²

O direito penal e o processual penal são vistos como formas de se proteger o mais fraco da relação, que, no momento do delito, é o ofendido, mas que, durante o processo, é o réu. Nesta linha, portanto, o garantismo representa principalmente um limitador do arbítrio estatal, pois os direitos fundamentais, ao estarem fora da esfera de decisão, impedem certas posturas por parte do Estado. A garantia desses direitos são, pois, condições básicas de convivência.

O ponto de partida do garantismo é o princípio da legalidade, mas isto não faz com que legalidade e legitimidade se identifiquem. Aqui, pelo contrário, se cria uma clara cisão entre os dois conceitos, assim como entre vigência e validade, pois a última subordina a norma aos “valores materiais” expostos na Constituição. Daí, não há presunção de que os atos estatais são sempre regulares, pois não basta o respeito ao formalismo legislativo para que a norma seja tida como válida.

Com isso, o garantismo destaca a responsabilidade ética que envolve a função do que aplica o direito, pois este passa a ter como dever a constante verificação da validade das normas, a partir destes direitos fundamentais constitucionais.

Recuperando a herança do movimento italiano da magistratura livre, da qual foi um dos principais representantes, Ferrajoli nos ensina que:

A interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre a própria lei, que corresponde ao juiz, junto com a responsabilidade de eleger apenas os significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por elas estabelecidos.

Era isto, e não outra coisa - diga-se de passagem - o que entendíamos há vinte anos com a expressão ‘direito alternativo’, recordado por Perfecto Ibañez, e em torno da qual se produziram tantos equívocos: interpretação da lei conforme a Constituição e, quando o contraste for insanável, dever do juiz de declarar a invalidez constitucional; portanto, nunca sujeição a lei de forma acrítica e incondicionada,

mas sujeição sobretudo a Constituição, que impõe ao juiz a crítica das leis inválidas através da reinterpretação em sentido constitucional e a denúncia de sua inconstitucionalidade.¹³

Como no processo penal o mais fraco é o réu, o garantismo visa criar uma série de limites e freios ao exercício arbitrário do poder de punir, com o intuito de garantir os direitos fundamentais do réu, sobretudo no que tange aos direitos individuais. Daí a criação de requisitos como legalidade, necessidade, lesividade, dentre outros, pois aqui sempre se está buscando uma racionalização do poder de punir, tendo como principal garantia as garantias fundamentais positivadas na Constituição, mas, principalmente, o primado da liberdade.

4. O Garantismo e seu dimensionamento constitucional

Na leitura do texto *Garantismo jurídico, Estado Constitucional de Direito e Administração Pública*, de autoria de Adriano De Bortoli¹⁴, apresentado no XVI CONPEDI, depreende-se uma reflexão mais detalhada dessa relação entre o Estado Constitucional e o garantismo.

Segundo Ricardo Guastini, jurista citado pelo autor, é delimitada a seguinte conceituação da função garantista:

Uma organização jurídica diz-se garantista quando inclui estruturas e instituições aptas a manter, oferecer proteção, defender e tutelar algumas liberdades individuais bem definidas. Dessa forma, um jurista legitima-se como garantista quanto dirige suas atividades para o aumento ou eficácia das estruturas e dos instrumentos oferecidos pela organização jurídica para tutelar, defender, etc, as liberdades individuais.¹⁵

Acrescente-se a lição Eligio Resta:

(O garantismo é) um liberalismo *sui generis*. A motivação é que, de uma parte, ele adere a um modelo de “Estado social de Direito”, “ou seja, a um ordenamento que confere e garante não só direitos de

liberdade, mas principalmente direitos sociais”, contudo, “não se estende ao direito de propriedade e nem mesmo por esta razão à liberdade econômica” que o pressupõe. Por esse raciocínio - é a conclusão de Guastini - o Garantismo é, por assim dizer, “incompleto”.¹⁶

Para Ferrajoli, cotejando com as observações anteriores, o garantismo possui sentidos diversos: 1) modelo normativo de Direito (mais garantista é o sistema que se aproxima mais das garantias previstas no texto constitucional); 2) teoria jurídica de validade, vigência e eficácia (só é válida a norma que se adequar a certos requisitos substanciais; vigência e validade conferem justiça interna, mas apenas a concordância do ordenamento com valores políticos externos confere justiça externa); 3) teoria política (o garantismo é uma forma de positivismo, pois vincula todo exercício de poder à lei, mas se distancia dele, pois não iguala vigência à validade, nem validade à eficácia); 4) filosofia política (o Estado deve buscar justificação externa).

A partir deste universo, deduz-se que o garantismo tem como características: 1) a vinculação de todo o funcionamento estatal à normatividade; 2) a divergência entre validade e vigência; 3) e uma ilegitimidade jurídica irreduzível (pois o juízo feito pelo juiz, quando da análise da validade, insere um componente valorativo. Pondera-se, contudo, certa limitação, pois esse procedimento, por si próprio, confere certo grau de ilegitimidade, visto que toda decisão judicial possui um componente valorativo inerente a ela. Se não existe juiz neutro e imparcial, logo toda decisão possui certo tanto de ilegitimidade; o que afasta a crítica. Entretanto, poder-se-ia argumentar que no garantismo este componente valorativo é mais forte e mais decisivo).

O Estado Garantista não está só vinculado pelo princípio da legalidade em todos os planos, mas também pela funcionalização do próprio Estado, no sentido de garantir os direitos fundamentais. Todo poder se encontra limitado por deveres jurídicos. O Estado Liberal limita-se às garantias negativas, enquanto o Estado Social inclui prestações positivas como parte da ação estatal.

O garantismo se insere na tradição positivista, mas tem um olhar crítico sobre a mesma, pois não identifica vigência com validade. Ao fazer tal separação, abre-se para o juiz a possibilidade de um juízo valorativo que negará a validade a certas normas.

Todavia, ressalta que ao assumir tal postura não está negando a separação entre Direito e moral e entre juízos de validade e juízos de justiça, mas reafirmando a tarefa do jurista – não só cívica e política, mas, acima de tudo, científica, de valorar a validade ou invalidade das normas conforme parâmetros de validade tanto formais quanto substanciais estabelecidos pelas normas de hierarquia superior.¹⁷

Esta análise de validade compara a norma a certos critérios provenientes de níveis superiores (principalmente de natureza constitucional), mas, exatamente devido ao componente valorativo, não é possível estabelecer critérios de verdade acerca do juízo.

A coerência do sistema jurídico não seria característica inerente, mas sim um ideal limite que o jurista deve ter em mente quando for realizar este juízo de validade, sendo este exatamente o principal papel do mesmo.

Sublinhe-se, ainda, que o garantismo exige a justificação externa do Estado por meio dos direitos vitais dos cidadãos. Assim, só é legítimo o Estado que cumpre este seu papel. Daí a aporia da irreduzível ilegitimidade política do Estado, pois os direitos fundamentais nunca estarão plenamente satisfeitos para todos.

Também na linha que expande a preocupação do garantismo para além da doutrina penal, podemos destacar a produção de Sérgio Cademartori, um dos pioneiros neste tipo de abordagem no Brasil. Seu texto *Apontamentos iniciais acerca do Garantismo* auxilia para delimitar com precisão a concepção do garantismo. O garantismo não é uma teoria formal, pois não nega seu caráter prescritivo. O Sistema Garantista (SG) se funda no positivismo e no constitucionalismo. A mera legalidade é condição necessária para o Garantismo, mas não esgota seus pressupostos.

O SG só pode se concretizar com a articulação do ordenamento como um todo e com a dissociação entre vigência e validade, que permite a crítica das normas através do juízo de validade, que compara a norma analisada a certos parâmetros de hierarquia superior.

O jurista ao criticar o direito vigente (e para Ferrajoli isto é fazer ciência) assume os valores constitucionalmente positivados como parâmetros do próprio discurso jurídico, independentemente da sua adesão moral. (...) Assim, os juízos de validade são científicos e desempenham um controle da produção normativa, comum ao Estado de Direito.¹⁸

Os direitos fundamentais servem como critério de deslegitimação do poder, antes de servir como critério de legitimação.

Os direitos fundamentais não se confundem com direitos patrimoniais, pois são sempre universais, indisponíveis e seu exercício não implica que outro abdique de nada, mas há de se levar em consideração que a concretização de direitos fundamentais depende de orçamento e que o orçamento é finito. A última assertiva só faz sentido num plano abstrato, que é exatamente o que o garantismo busca evitar, meras abstrações.

Refuta-se o legalismo ético, que aproximaria Direito e Moral, por meio da necessidade de um ponto de vista externo; um modelo heteropoiético do Direito que faz com que se exija a legitimação no lado de fora do próprio direito.

Exatamente pelo fato de Moral e Direito não se identificarem, não há uma obrigação moral de se respeitar o Direito, assegurando o direito de resistência que surgirá exatamente quando o SG não mais for capaz de prover os direitos fundamentais.

Sendo a discricionariedade a essência do poder, a sua sujeição ao direito é a maior conquista das instituições jurídicas liberais. Neste sentido, o Sistema Garantista pode ser definido como uma técnica de diminuição da discricionariedade e maximização das expectativas garantidas como direitos fundamentais.¹⁹

Isto aproxima o Garantismo de Dworkin, que também queria reduzir a arbitrariedade das decisões judiciais no caso das chamadas lacunas, daí a criação do conceito de princípio como norma dotada de positividade suficiente para vincular a decisão do julgador.

Seu texto *A relação entre Estado de Direito e Democracia no pensamento de Bobbio e Ferrajoli* já demonstra uma preocupação em entender o garantismo em consonância com um determinado conceito de democracia, se alinhando, assim, à produção mais recente de Ferrajoli, conforme visto acima. Sendo assim, a utilidade da leitura de Cadematori instrumentaliza-se de modo a acentuar a presença de um projeto de Estado e de sociedade por parte do jurista italiano examinado.

Segundo o professor da UFSC, para Ferrajoli, os poderes do Estado se legitimam formal (princípio da legalidade e sujeição do juiz à lei) e substancialmente, por meio da função judicial e sua capacidade de tutelar os direitos fundamentais, sendo que a segunda pressupõe a primeira. Logo, na ausência completa de lei, o juiz não possui outra saída que não a denegação da justiça, mesmo que acredite que o pedido deveria estar abarcado dentro do rol dos direitos fundamentais.

O garantismo leva à democracia substancial ou social, pois passa a exigir a efetivação dos direitos fundamentais positivos, como as questões de moradia, saúde e educação. Assim esta democracia se funde ao Estado de Direito.

Ferrajoli cria quatro classes de direitos fundamentais: 1) direitos humanos (reconhecidos a todas as pessoas, como vida, integridade, saúde, etc.); 2) direitos públicos (concedidos apenas aos cidadãos, como direito ao trabalho, residência, assistência pública); 3) direitos civis (apenas para aqueles com capacidade de fato, como poder negocial e liberdade de iniciativa empresarial); 4) e direitos políticos (somente para cidadãos com capacidade de fato).

Ferrajoli leciona:

Precisamente, se a regra do Estado Liberal de Direito é que nem sobre tudo se pode decidir, nem sequer por maioria, a regra do

Estado Social de Direito é que nem sobre tudo se pode deixar de decidir, nem sequer por maioria; sobre questões de sobrevivência e subsistência, por exemplo, o estado não pode deixar de decidir, inclusive ainda que não interessem à maioria.²⁰

Assim, no Garantismo, a expansão da democracia não se resume ao aumento dos espaços decisórios e de debate público, mas exige, necessariamente, “la tutela sustancial de derechos vitales siempre nuevos y, a la vez, mediante la elaboración de nuevas técnicas garantistas aptas para asegurar una mayor efectividad” (Ferrajoli).

Sérgio Cadematori também nos traz uma importante contribuição para o pensamento brasileiro acerca do garantismo no seu livro *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*.²¹ Tendo como principal referencial teórico a obra *Direito e Razão* de Ferrajoli, o livro de Cadematori tem como principal objeto a compreensão de como a teoria garantista propõe uma diferente forma de legitimação do Estado de Direito:

O Estado e o Direito não são vistos como valores em si mesmos ou absolutos, que se autojustificam, mas sim são vistos como meios ou instrumentos que de fato perseguem (ou não), em cada caso concreto, fins extrajurídicos úteis, desejáveis, axiológica ou politicamente “justos”.²²

A teoria de Ferrajoli introduz a importante distinção entre ponto de vista interno e ponto de vista externo, quando da análise da ordem jurídica. Enquanto que o primeiro se limita a analisar a concordância das normas existentes com a lógica do próprio sistema, a segunda abordagem exige uma visão distanciada do ordenamento jurídico, partindo da compreensão de um conjunto axiológico extrajurídico, portanto, ético e moral, tornando a teoria garantista essencialmente democrática, pois serão as próprias pessoas que poderão fazer tal avaliação e não algum órgão centralizado, como no caso do ponto de vista interno, que sempre nos remete aos tribunais superiores.

Ainda na esteira da legitimação, o autor brasileiro ressalta a importância da noção de

legitimação substancial, segundo a qual o Estado só se legitima na medida em que garante os direitos fundamentais, seja refreando-se de medidas que violem os direitos de liberdade, seja promovendo positivamente políticas em prol da implementação dos direitos sociais. Apenas o Estado capaz de dar conta destas duas exigências poderá ser visto como legítimo substancialmente – sendo, porém, que tal legitimação exige que previamente já haja uma legitimação formal, que é o respeito ao governo *sub leges*, ou seja, deve haver respaldo legal para tais políticas.

Tal noção aliada a de ponto de vista externo, cria um forte mecanismo teórico de verificação da legitimidade de qualquer Estado, mas aqui Cademartori visualiza uma distinção entre Estado de Direito e Democracia Política, pois o primeiro impediria que na segunda se fosse possível gerar a supressão dos direitos fundamentais, mesmo que por vontade da ampla maioria. Logo, o Estado de Direito, na visão garantista, serviria como um freio aos abusos da vontade da maioria, impedindo que os direitos fundamentais de quaisquer minorias pudessem ser violados.

No marco contemporâneo, o Estado de Direito com que trabalhamos não é o liberal, mas sim o Estado Social de Direito. Isto aliado com o raciocínio acima, faz com que surja a noção de democracia substancial, na qual a Democracia Social e o Estado Social de Direito fazem parte de um todo garantista, no qual vigora “um *estado liberal mínimo* (pela minimização das restrições das liberdades aos cidadãos) e *estado social máximo* (pela maximização das expectativas sociais dos cidadãos e correlatos deveres de satisfazê-las por parte do estado)”²³.

Cademartori destaca, de forma interessante, algumas passagens da Constituição que demonstram de que forma podemos afirmar que o Brasil é sim, teoricamente, um Estado Constitucional de Direito, enquanto um sistema de garantias. Dentre elas podemos ressaltar:

- 1) o art. 5º, §2º, que apresenta uma cláusula de abertura para que direitos e garantias não positivadas na Constituição também sejam tidos como parte integrante do regime jurídico e;
- 2) o art. 23, I, que atribui aos diferentes entes federativos a responsabilidade de zelar pelas

leis e instituições democráticas, evidenciando o caráter *sub leges* do Estado de Direito brasileiro.

Como podemos ver, então, o conceito de democracia ainda não cumpre uma função central nesta etapa do pensamento de Cademartori. Apesar de importantes passagens como: “Já nos direitos sociais, são determináveis os conteúdos, mas não os limites (sempre poderão surgir novos direitos deste tipo (...)). E é pelo grau e quantidade das garantias adscritas a esses direitos que se pode medir a qualidade de uma democracia.”²⁴

De maneira geral, devido ao fato de ainda estar vinculado apenas à obra *Direito e Razão*, a doutrina brasileira que pudemos destacar ainda falha em ressaltar a importância do conceito de Democracia para a construção de uma teoria geral garantista. Evidentemente que, ao ressaltar a importância do Estado de Direito e suas manifestações, a doutrina nacional já aponta na direção das publicações mais atuais do mestre italiano, como fica claro pela síntese que Cademartori faz do que é a legitimidade do ponto de vista garantista, como “adequação da produção normativa e da ação administrativa aos valores plasmados nas cartas de Direito fundamentais”²⁵. Da mesma forma, podemos notar uma aproximação dos estudos mais recentes do autor italiano na parte final do livro do autor brasileiro onde o mesmo afirma que:

Graças a essa dimensão substancial, o Direito vincula as majorias não somente quanto à forma de seu exercício (ou seja, os processos de tomada de decisões), mas também em sua substância (referente aos conteúdos que as decisões devem ter ou não ter). Em suma, enquanto o princípio da maioria nos declara *quem* decide, o princípio da democracia substancial nos diz *o que se deve e o que não se deve* decidir.²⁶

Assim, o garantismo se torna uma ferramenta para se avaliar concretamente ações governamentais, no que Cademartori já se aproxima muito da produção mais recente de Ferrajoli. Todavia, ainda há um salto a ser feito que pode ajudar qualitativamente na cultura jurídica nacional no que diz respeito a uma discussão mais ampla do Estado de Direito e do

próprio conceito de democracia na sociedade contemporânea brasileira.

O garantismo, como posto em Ferrajoli, nos aponta claramente para uma discussão do próprio Estado, sua atuação concreta, razões e processo de legitimação. Uma análise de tal forma plural ainda não foi adequadamente empreendida na doutrina nacional. Apesar de serem encontrados alguns autores que esboçam ideias próximas às do mestre italiano, uma utilização mais direta da produção bibliográfica mais recente de Ferrajoli e sua aplicação na realidade brasileira, não só apenas no ordenamento jurídico, mas também práticas efetivas dos governos.

5. Estudo de casos: o garantismo no Brasil

O procedimento do quadro analítico a respeito das decisões do Supremo Tribunal Federal fundamentou-se numa leitura mais ampla do garantismo não se restringindo somente ao universo penal. Assim, a reflexão a ser materializada privilegiou o tema das políticas públicas dos medicamentos. Para cotejar a postura do Tribunal Maior sobre essa forma de garantismo, houve a contraposição com um contexto mais centrado no campo dos Direitos Fundamentais e no direito à liberdade em termos de prisão cautelar (HC 100574/MG). Para tanto, este estudo pode avançar na delimitação desses dois casos na medida em que foram estabelecidas as seguintes questões: no quadro brasileiro, o garantismo viabiliza-se com a presença de ativismo judicial?; em caso afirmativo, esse citado ativismo teria uma natureza meramente formal ou estaria sob o abrigo de uma preocupação de efetivar Direitos Fundamentais?

5.1. O caso dos medicamentos

5.1.1. Metodologia

O Constituinte lançou mão do direito à saúde no rol de “Direitos e Garantias Fundamentais”, da Lei Maior (art. 6º, CRFB/88), posicionando-o no ordenamento jurídico, sem limitá-lo a um simples ideal.

Há quem diga que as normas constitucionais relativas à saúde são meramente programáticas, o que as limitaria à determinação de princípios e da finalidade pública do ditame legal que estão atreladas, sem especificar o meio pelo qual o ente público as colocaria em prática; retirando-lhes qualquer pretensão de garantir um direito.

O Estado do Rio de Janeiro, ao longo desses anos, quando se viu confrontado, em Juízo, com pedidos de fornecimento de medicamentos, encaminhou a sua resposta apoiado no argumento de que o direito à saúde é um direito social que não faz nascer, em contrapartida, uma obrigação, uma relação jurídica, um vínculo obrigacional (no sentido jurídico do termo) entre os cidadãos e as pessoas jurídicas de direito público.²⁷

(...)

22. O direito à saúde, previsto no artigo 196 da Constituição Federal é de aplicação imediata a teor do que dispõe o parágrafo primeiro do artigo 5º. A interpretação daquele artigo **não deve transformar o seu conteúdo em promessa constitucional**, haja vista a magnitude do direito à vida. Nesse sentido, leia-se a seguinte ementa:

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.

*O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – **não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente**, sob pena de o Poder Público, **fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever; por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.** (...) (grifos adotados)²⁸*

Quando lidamos com direitos fundamentais, as normas programáticas devem ter aplicação imediata, haja vista que a sua positivação e função estão intimamente ligadas a sua eficácia e aplicabilidade.

Ao aceitarmos, pacificamente, a existência de direitos sem garantias, alinhamo-nos, conscientemente ou inconscientemente, entre aqueles que concebem – inconscientemente ou conscientemente, também – esteja a Constituição integrada por fórmulas vazias, desprovidas de valor jurídico.

Cumpra reconhecer, assim, que a Constituição é, toda ela, norma jurídica e, como tal, todos os direitos nela contemplados têm aplicação direta, vinculando tanto o Judiciário, quanto o Executivo, como Legislador.

Sustento, nestas condições, que as normas constitucionais programáticas, sobretudo – repita-se – as atributivas de direitos sociais e econômicos, devem ser entendidas como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculante do Legislativo, do Executivo e do Judiciário.²⁹

Com base em informações coletadas na audiência pública sobre saúde, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, entendeu que medicamentos requeridos para tratamento de saúde devem ser fornecidos pelo Estado. Esta é a primeira vez que o Supremo utiliza subsídios da audiência para fixar orientações sobre a questão.

Os dados foram utilizados na análise de Suspensões de Tutela Antecipada (STAs). As STAs 175 e 178 foram formuladas, respectivamente, pela União e pelo Município de Fortaleza para a suspensão de ato do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que determinou à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza, o fornecimento do medicamento denominado Zavesca (Miglustat), em favor de C.A.C.N.

Já na STA 244, o Estado do Paraná pediu a suspensão da decisão da 1ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba, que determinou o fornecimento do medicamento Naglazyme (Galsulfase) por tempo indeterminado.

Em que pese as concessões de liminares, os entes públicos argumentam que tais medidas prejudicam as finanças públicas e contrariam a legislação ordinária, que veda a concessão de liminar contra o Estado, sem a instauração do contraditório. O que se coloca em xeque é a “saúde financeira” do Poder Público, em nome “saúde física” de um cidadão.

Quanto a esta questão da liminar, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

“(…) Assegurar-se o direito à vida a uma pessoa, propiciando-lhe medicação específica que lhe alivia até mesmo sofrimentos e a dor de uma moléstia ou enfermidade irreversível, não é antecipar a tutela jurisdicional através de medida cautelar, mas garantir-lhe o direito de sobrevivência. (...)”³⁰

5.1.2. O caso e a decisão

Após ouvir os depoimentos prestados na audiência pública convocada pela Presidência do STF, para a participação de diversos setores da sociedade envolvidos com o tema, o Ministro Gilmar Mendes entendeu ser necessário redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Para isso, destacou pontos fundamentais a serem observados na apreciação judicial das demandas de saúde, na tentativa de construir critérios ou parâmetros de decisão.

Segundo o Ministro, deve ser considerada a existência, ou não, de uma política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Para ele, ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. “Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente”, entendeu Mendes.

De acordo com o Presidente do STF, “se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa

de não fornecê-la ou de uma vedação legal à sua dispensação”. Ele observou a necessidade de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), além da exigência de exame judicial das razões que levaram o SUS a não fornecer a prestação desejada.

5.1.3. Tratamento diverso do SUS

O Ministro salientou que obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, “de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada”. Dessa forma, considerou que deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS, em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, “sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente”.

Entretanto, o Presidente destacou que essa conclusão não afasta a possibilidade do Poder Judiciário, ou da própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. “Inclusive, como ressaltado pelo próprio Ministro da Saúde na Audiência Pública, há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos. Assim, não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial”, finalizou.

5.1.4. A questão Mínimo existencial vs. Reserva do possível

Outro ponto que faz com que o Judiciário tenha uma posição menos passiva, é o argumento da reserva do possível. Diante da realidade do nosso país, ou seja, da constante ausência de condições mínimas de sobrevivência, o juiz não só pode, como deve decidir sobre políticas públicas.

O importante é que, mesmo que se aceite a teoria do mínimo existencial, deve-se tentar ampliar ao máximo o núcleo essencial do direito,

de modo a não reduzir o conceito de mínimo existencial à noção de mínimo vital. Afinal, se o mínimo existencial fosse apenas o mínimo necessário à sobrevivência, não seria preciso constitucionalizar os direitos sociais, bastando reconhecer o direito à vida.

Apesar da reserva do possível ser uma limitação lógica à possibilidade de efetivação judicial dos direitos socioeconômicos, o que se observa é uma banalização no seu discurso por parte do Poder Público, quando se defende em juízo sem apresentar elementos concretos a respeito da impossibilidade material de se cumprir a decisão judicial.

Assim, o argumento da reserva do possível somente deve ser acolhido se o Poder Público demonstrar suficientemente que a decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais. Vale enfatizar: o ônus da prova de que não há recursos para realizar os direitos sociais é do Poder Público. É ele quem deve trazer para os autos os elementos orçamentários e financeiros capazes de justificar, eventualmente, a não-efetivação do direito fundamental.³¹

5.1.5 Pontos de reflexão

Os argumentos centrais alegados pelos Estados, são basicamente a falta de registro dos medicamentos na ANVISA, não podendo, dessa forma, ser comercializados no Brasil, além, é claro, da reserva do possível.³²

A partir dessas considerações, e ao verificar que os medicamentos estão registrados na ANVISA, o Ministro Gilmar Mendes concluiu que, nos casos em questão, as provas juntadas atestavam que os medicamentos são necessários para o tratamento das respectivas patologias.

De acordo com ele, os entes federados não teriam comprovado ocorrência de grave lesão à ordem, à saúde e à economia públicas, capaz de justificar a excepcionalidade da suspensão de tutela.

Neste sentido, o Presidente do STF entendeu que medicamentos requeridos para

tratamento de saúde devem ser fornecidos, sim, pelo Estado. E mais, na decisão, tentou estabelecer critérios que devem ser observados pelo Judiciário, ao apreciar questões semelhantes, quais sejam:

1) deve ser considerada a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte;

2) é necessário que haja registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA);

3) e é exigido exame judicial das razões que levaram o SUS a não fornecer a prestação desejada.

O campo de políticas públicas é ambiente da discricionariedade administrativa, mas, baseado na teoria de garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli, só será permitido ao agente público fazer uso dessa discricionariedade a partir do momento em que a Administração Pública tiver satisfeito o mínimo existencial, representado pelos direitos fundamentais, dos quais a saúde é um dos principais.

A discussão que surge dessas conclusões é a seguinte: se a saúde, assim como outros direitos sociais, estão incluídos naquele âmbito de direitos que devem ser implementados, prioritariamente, pelos Poderes Executivo e Legislativo, mediante programas de políticas públicas, qual seria a legitimidade de decisões judiciais ordenando o fornecimento de medicamentos a determinadas pessoas?

É essa intervenção que se denomina, nos termos da decisão do Ministro Gilmar Mendes, de judicialização das relações políticas e sociais, ou seja, a este movimento, realizado pelo Judiciário, de impor ao Estado Administração a concretização de direitos sociais.

Tais decisões podem até ser vistas como judicialização da política, mas não como ativismo judicial, dado que essa parcela da população não dispõe de outro modo que não a ação judicial para defender seus direitos. Assim, não resta outra opção aos nossos Magistrados e Tribunais, a não ser a de acolherem os pedidos e determinarem a correção da situação de extrema gravidade, urgência e justiça.

Do ponto de vista de uma visão garantista do controle da Administração, já que esta deve atuar em todos os momentos, tendo a pessoa como centro de suas realizações, cabe ao Judiciário a avaliação dos atos administrativos, sempre sob a perspectiva dos direitos fundamentais constitucionais.

A Emenda Constitucional nº 26 à Constituição Federal de 1988 inseriu um novo direito social (“assistência aos desamparados”), impondo ainda maior compromisso ao Judiciário com as camadas pobres da população, de modo que estão legitimados pela Carta à defesa daquele direito, quando seus titulares não são contemplados com as prestações às quais o Estado está obrigado. E essa tarefa enquadra-se na teoria garantista mediante dois princípios: o da legalidade, pois as garantias dos direitos fundamentais devem estar asseguradas na legislação, e o da submissão à jurisdição, ou seja, tais direitos devem ser acionáveis em juízo, em relação aos sujeitos responsáveis por suas violações, ações ou omissões.

5.2 O caso da prisão cautelar por tempo excessivo

5.2.1 Metodologia

A análise dos elementos teóricos já explanados é melhor visualizada se redirecionada a uma perspectiva prática. Nesse sentido, é possível estudar a recente manifestação do STF (HC 100574 MC/MG, informativo nº 562 do STF), cujo conteúdo mescla características próprias do garantismo de Ferrajoli como do conceito de ativismo judicial. Assim, de modo que se perceba a relação entre estes dois fenômenos, o presente estudo apresentará uma discussão sobre a manifestação da Corte Constitucional brasileira, indicando os possíveis desdobramentos de sua observância.

5.2.2 O caso e a decisão

O legislador processual penal, identificando a necessidade de proteger o curso da instrução criminal, estabeleceu ser possível a decretação

de uma prisão cautelar ao acusado. Esta, contudo, não é auferível de modo arbitrário, devendo seguir determinados pressupostos, sobretudo a necessidade e a inexistência de outro meio hábil a proteção do curso do processo. Deste modo, apenas excepcionalmente poderá ser verificada prisão antes da completa cognição sobre a lide, de forma que se preze tanto pelo processo quanto pelas garantias do acusado.

É calcado em tal perspectiva que se verificou o voto do Min. Rel. Celso de Mello diante da duração excessiva de uma prisão nomeada como cautelar. O caso transposto ao STF diz respeito a um indivíduo que teve sua liberdade restringida desde dezembro de 2003 por meio de uma decisão que decretou a sua prisão cautelar. Não bastasse a impropriedade do prolongamento da prisão, o processo ao qual este se sujeitava foi invalidado sem qualquer indicação de soltura, obrigando-o a permanecer recluso. O caso, em verdade, é marcado por diversas impropriedades formais e materiais, instigando a Corte à realização de uma análise baseada não apenas em garantias substanciais, mas também sob a razoabilidade de suas decisões.

De fato, é sob estes dois aspectos (princípios substanciais e razoabilidade) que se funda a discussão do caso. Por um lado observa-se o discurso pautado na grave ofensa às garantias constitucionais em virtude de um prolongamento excessivo (quase seis anos) de uma prisão cautelar. Por outro, verifica-se a necessidade de utilização do princípio da razoabilidade para o afastamento da súmula nº 691 do STF, segundo a qual o STF não poderia conhecer de habeas corpus já indeferido liminarmente por Tribunal Superior, no caso o Tribunal Superior da União. Há, pois, a discussão de efetividade de garantias, processuais e materiais, e a necessidade de revisão de precedente sumulado diante do caso concreto.

No que se refere à defesa das garantias, notam-se os absurdos cunhados ao longo do processo. Primeiramente aborda-se, por óbvio, o tempo de acautelamento a que se encontra submetido o indivíduo, que totaliza quase seis anos. Para além da violação a própria dignidade da pessoa humana, são suscitados os princípios da

presunção da inocência e da resolução do litígio, bem como a própria inconformidade legal, que já tornaria, por si só, abusiva a prisão, sujeitando o seu relaxamento. Nessa perspectiva, também se desconstitui o argumento de prolongamento da prisão em razão da apresentação repetida de recursos, levantado pelo juízo de primeira instância. Aqui se destacou o princípio do devido processo legal, dentro do qual se extrai o direito de recorrer que, em nenhuma hipótese, poderá ser justificativa para a extensão de uma prisão. Nas palavras do Ministro:

“O excesso de prazo [...] traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas (CF, art. 5º, LXXVIII) e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional”

“O fato inquestionável, neste caso, é um só: o paciente não deu causa a qualquer procrastinação [...] limitando-se, ao contrário, a exercer, regularmente, os direitos que derivam da cláusula constitucional do “due process”, notadamente o direito de recorrer”

Sob o espectro da competência, é com base na problemática que envolve o caso que se manifesta o Ministro. Segundo ele, embora haja entendimento já sumulado de impossibilidade de apreciação do habeas corpus indeferido por Tribunal Superior, é manifesta a necessidade de, diante do caso concreto, propor um afastamento de cunho excepcional do precedente. Isto porque aqui haveria um “abuso de poder ou de manifesta ilegalidade” que autorizaria a supressão deste comando. Assim, a fim de que não se perdessem ou consagrem as violações às garantias e/ou direitos conferidos ao sujeito, possibilita-se o afastamento da súmula nº 691, fazendo-se possível a proteção do então paciente.

O caso, deste modo, conjuga aspectos tanto garantistas como ativistas. O garantismo se insere na defesa da efetivação de direitos fundamentais, isto é, de garantias elencados no

corpo constitucional. É, em alguma medida, também um positivismo, sob o qual se prega a aplicação daquilo declarado pelo próprio ordenamento jurídico. O ativismo judicial, por sua vez, se manifesta sob a modalidade, descrita por Marshall, de ativismo de precedentes, no qual há uma resistência do magistrado em aplicar o entendimento já consagrado na Corte.

Em verdade, o caso remete a importante consideração sobre tais fenômenos. Observa-se que o ativismo judicial só fora suscitado em razão da necessidade de se garantir a aplicabilidade de direitos fundamentais. Vale dizer, neste caso, o ativismo judicial é viabilizado pelo próprio garantismo, que, abrigoando uma base valorativa, possibilita ao magistrado uma posição mais atuante no próprio caso, quer invalidando atos de outro Poderes, quer invalidando o próprio entendimento construído no Judiciário.

5.2.3. Pontos de reflexão

Em termos analíticos, constata-se descompasso constitucional acompanhando a prisão de um paciente, o STF vê-se, assim, diante da necessidade de compor dois dos importantes fenômenos que hoje cerceiam o Judiciário: o garantismo e o ativismo judicial. Como forma de assegurar o direito à liberdade o paciente, de fato, utilizou-se uma postura ativista (afastando a súmula vigente ao caso examinado) para a consecução de um tratamento garantista de base num “senso comum liberal” como foi expressa no voto do Ministro Celso de Mello.

6. Conclusão

O estudo apontou que a compreensão das decisões prolatadas pelo STF, com fundamento em uma perspectiva de garantismo, diante dos casos examinados, passa naturalmente por dois balisamentos: (i) O garantismo traduzido numa leitura do quadro teórico de Ferrajoli, como foi recepcionado pela doutrina brasileira, como um modelo de efetivação de direitos pautados por um alargamento do conceito de garantismo não mais vinculado a um mero alinhamento no uni-

verso penal. (ii) E, sob outro desdobramento, o garantismo corrente na sociedade brasileiro foi o que se abrigou na atuação do Supremo Tribunal. Deve ser sublinhado que o seu direcionamento foi mais em parâmetros de “um senso comum liberal”. Além dessas observações, não pode ser omitida a crítica de Roberto Gargarella a respeito do garantismo de Luigi Ferrajoli contido na sua obra *Democracia y Constitución*.³³ Lembra Gargarella no seu blog “Seminário de Teoria Constitucional y Filosofía Política”³⁴ que a linha teórica de Ferrajoli está lastreada “los deficitis de argumentación”. Isto é, numa filosofia política anti-majoritária e de raízes elitistas. Imputa a cidadania, assim, a produção de decisões opressivas. Há, segundo o citado estudioso argentino, uma defesa de Ferrajoli sobre o controle judicial demais imperfeita. Pois, “os juízes de qualquer Corte Suprema sentirão como nós frente a dilemas de direitos”. Gargarella não apóia um afastamento do controle judicial e nem formas plebiscitárias. Mas quer destacar as insuficiências do quadro teórico de Ferrajoli, principalmente, diante de experiências constitucionais de mais de duzentos anos que ainda não estão, devidamente, consensuadas e compartilhadas.

Ao ser enfrentado esse direcionamento do garantismo no Supremo Tribunal Federal num universo de certos “padrões liberais”, examinados nos dois casos, e acatada a crítica de Gargarella ao quadro teórico de Ferrajoli, percebe-se a impossibilidade de reduzir esse debate a um mero universo formal de aplicação das denominadas garantias constitucionais individuais traduzidas ao longo do artigo 5º da C.F. vigente. Impõe-se, pelo percurso analítico materializado, considerando a atuação institucional do Tribunal Maior, um compromisso constante de delimitar um contexto teórico e prático de características complexas como se revela nessa concepção de “garantismo”.

Notas

¹ TATE, C., VALLINDER, T. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York University Press, New York, 1997.

² Os autores Tate e Vallinder destacam um processo conhe-

cido como policy-making, no qual haveria uma interação entre os valores dos juizes e a vontade de participar da construção política da sociedade.

³ Designing Constitutional Dialogue: Bills of Rights & the New Commonwealth Constitutionalism (mimeo sem ano de circulação).

⁴ É importante a leitura da obra Legitimidade da Jurisdição Constitucional organizada por BIGONHA, Antonio Alpino e MOREIRA, Luiz. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris/ANPR. 2010. Na parte introdutória os dois organizadores acentuam que, após a CF. de 1988, o debate constitucional brasileiro ficou preso ao tema de princípios. Acentuou mais o jurídico do que o político

⁵ Revista Doxa, v. 29, p. 15-31.

⁶ Conferir a obra de AGAMBEN, Giorgio; e outros autores. *Démocratie, dans quel état?* Paris: La Fabrique éditions, 2009. Neste estudo, há uma reflexão importante sobre quais são os alinhamentos hoje a respeito da democracia. A recente obra publicada *Teoria y Critica de del Derecho Constitucional*, Tomo I - Democracia sob a coordenação de GARGARELLA, Roberto no seu texto « Constitucionalismo versus Democracia », capítulo III, páginas 23 a 40. Buenos Aires : Abeledo Perrot 2009 discute a questão de pensar hoje o processo democrático.

⁷ Assim corrobora Miguel Reale em sua obra *Pluralismo e Liberdade*, pág. 58: “(…), cada experiência particular de valores não está em função da liberdade exclusiva de um sujeito isolado, dependendo, ao contrário, necessariamente, de sua intersubjetividade, pois, sendo um valor, a liberdade não pode deixar de possuir, como sua qualidade essencial, liames de solidariedade ou de co-participação com todos os demais valores.” (grifo do autor)

⁸ Poder-se-ia aqui ensejar uma discussão acerca de um dos alcances da democracia: a igualdade. Com o pretexto de alcançar o melhor resultado, transforma-se a igualdade numa mera formalidade, o que equivaleria a uma espécie de retorno à teoria igualitária de que lançou mão o Estado liberal.

⁹ Sejamos francos, então, ainda que pessimistas: é quimera dizer que somos todos iguais, quando apenas alguns se fazem ouvir. Portanto, igualdade jurídica não implica, necessariamente, igualdade de fato. Há que se considerar, entretanto, o entendimento de alguns no tocante à realização de uma igualdade absoluta, quando alegam ser este um objetivo além das possibilidades humanas; algo que se poderia observar ao longo do curso histórico.

¹⁰ HABERMAS. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

¹¹ Vide sobre esta síntese da reflexão de FERRAJOLI, Luigi “La Democracia Constitucional” in *Democracia y garantismo* edição de Miguel Carbonell Madrid: Editorial Trotta S.A. 2008 páginas 25 a 40

¹² CARVALHO, Amílton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 19. Veja, também, capítulo XLIII *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa Del desprestigio actual de los Derechos Humanos de autoria de PASTORE, Daniel R.*, in op, cit, GARGARELLA, Roberto, tomo II, páginas 1162 a 1206. A leitura é importante porque procede a um questionamen-

to dos Direitos Humanos. Isto é que, em razão de reparar a vítima, há um excesso neopunitivo no sistema acusatório.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. *El derecho como sistema de garantías*. In: *Jueces para la democracia*, Barcelona, 1992 apud CARVALHO, 2002, p. 24.

¹⁴ Disponível em: < http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/adriano_de_bortoli.pdf > Acesso em: ?

¹⁵ BORTOLI, Adriano de. *Garantismo jurídico, estado de direito e administração pública*. In: *Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito*, 16., 2007. Anais... Belo Horizonte: CONPEDI, 2007, p. 6000.

¹⁶ RESTA, Eligio. *La ragione del diritti* apud BORTOLI, idem..

¹⁷ BORTOLI, idem, p. 5997.

¹⁸ CADEMARTORI, Sérgio. *Apontamentos iniciais acerca do garantismo*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/14035/13599>> Acesso em: 13 jul 2009.

¹⁹ Idem.

²⁰ FERRAJOLI, Derecho y razón apud CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk; CADEMARTORI, Sérgio. A relação entre estado de direito e democracia no pensamento de Bobbio e Ferrajoli. In: *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 53, dez. 2006, p.150.

²¹ CARDEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk e CADEMARTORI, Sérgio, op.ci

²² CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. 2. ed.. Campinas: Millenium, 2007, p. 93-94.

²³ *Ibidem*, p. 212.

²⁴ *Ibidem*, p. 109.

²⁵ *Ibidem*, p. 230.

²⁶ *Ibidem*, p. 232.

²⁷ TAVARES, Lúcia Lea Guimarães. *O Fornecimento de Medicamentos pelo Estado*. In: *Revista de direito da Procuradoria-Geral* 55:109-10, 2002, p. 43.

²⁸ Ação Ordinária n.º 2006.72.00.010914-6/SC – TRF04 – Juiz Carlos Alberto da Costa Dias – j. 20.11.06.

²⁹ GRAU, Eros Roberto. *Direitos, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 88.

³⁰ REsp n.º 97.912/RS, 1T - STJ, Min. Garcia Viera, j. 27.11.1997.

³¹ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. Ed. Atlas: São Paulo, 2008, p. 194.

³² As alegações de negatividade de efetivação de um direito social com base no argumento da reserva do possível devem ser sempre analisadas como desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial; é preciso demonstrá-la. O que não se pode é deixar que a evocação da reserva do possível converta-se “em verdadeira razão de Estado econômica, num AI-5 econômico que opera, na verdade, como uma anti-Constituição, contra tudo o que a Carta consagra em matéria de direitos sociais (...)”. (<http://conjur.estadao.com.Br/static/text/26851,1>)

³³ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Constitucion*, op.cit.

³⁴ Disponível em: < <http://seminariogargarella.blogspot.com/2009/11/criticando-ferrajoli.html> > Acesso em: 8 de nov 2009.

