

TEORIA GARANTISTA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Maria Goretti Dal Bosco¹

Jatene da Costa Matos²

Yasmin Aline Piovesan Burin³

Resumo: Este estudo trata da Teoria do Garantismo Jurídico, enquanto instrumento para proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Pautado na dignidade da pessoa humana, o Garantismo se configura como a teoria do sistema jurídico de garantias dos direitos do cidadão, com vistas à efetivação dos preceitos fundamentais positivados.

Palavras-chave: Teoria Garantista; Direitos Fundamentais; Efetividade dos Direitos Fundamentais.

Abstract: *This study is about the Theory of the Juridical Guarantism, as instrument for the protection of fundamental rights established in the Federal Constitution. Based on human dignity, the Guarantism is configured as the theory of the juridical system of warranties of the rights of citizen, in pursuit of the fulfillment of the fundamental precepts positivized.*

Keywords: *Guarantist Theory; Fundamental Rights; Effectiveness of Fundamental Rights.*

1. INTRODUÇÃO

O garantismo jurídico é uma teoria desenvolvida, durante vários anos, pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, em busca da edificação das colunas mestras do Estado de Direito, através de um estudo elaborado na área do direito penal,

¹ Professora Doutora da Universidade Federal da Grande Dourados.

² Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul.

³ Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados.

sendo, posteriormente, pensado enquanto teoria geral do direito, a fim de que o modelo seja aplicado a todo o ordenamento jurídico, auxiliando na resolução de conflitos que envolvam direitos e garantias fundamentais.⁴

Vinculada a tradição iluminista, a Teoria Garantista tem por finalidade articular mecanismos capazes de limitar o poder do Estado, diante das diversas formas do exercício arbitrário do poder, sendo influenciada por acontecimentos históricos, especificamente pela transformação da sociedade, no que diz respeito à tutela dos direitos.⁵

O direito, visto como um sistema de garantias, baseia-se nos direitos fundamentais, que são “aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados de status de pessoa”.⁶ Desta forma, entende-se por direito subjetivo qualquer expectativa positiva ou negativa adstrita a um sujeito por uma norma jurídica.

A Constituição brasileira alargou significativamente o campo dos direitos e garantias fundamentais, colocando-se entre as Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria.⁷

O Título II da Constituição Federal de 1988 estabelece os direitos e garantias fundamentais, como por exemplo, o direito à vida, à liberdade e à igualdade, com fundamento na dignidade da pessoa humana, alicerce do Estado Democrático de Direito.

Cabe ressaltar que os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, nos termos do disposto no artigo 5º, §1º, da Carta Magna, nesse sentido, o que se busca é promover maior proteção a esses direitos.

Todavia, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que apesar do inquestionável progresso na esfera da positivação e toda evolução ocorrida no que tange ao conteúdo dos direitos fundamentais, está longe de serem solucionados os

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale*. 9 ed. Roma: Laterza, 2008. p. 889-993.

⁵ ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 3-5.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Apud*, ROSA, Alexandre Morais da. *Op. cit.* p. 12.

⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.25.

percalços que a matéria suscita, segundo o autor, segue agudo o perene problema da eficácia e efetivação dos direitos fundamentais.⁸

Nesse sentido, Ferreira Filho destaca os abusos frequentes por parte do Estado, diante da falta de efetivação e a violação dos direitos fundamentais, principalmente, pelo Poder Executivo que, através de seus agentes, confisca, nega matrícula na escola ou o ingresso no hospital, deixa de fornecer medicamentos, censura e prende.⁹

Assim, a Teoria Garantista prevê que todos os direitos fundamentais devem ser garantidos de forma absoluta pelo Estado, uma vez que essenciais para o desenvolvimento humano. A importância do tema está relacionada à efetivação desses direitos, pois cada vez mais os cidadãos têm recorrido ao Poder Judiciário para ver assegurado seus direitos básicos necessários à sobrevivência. Assim, o elevado número de ações judiciais tem causado, no ordenamento jurídico brasileiro, a discussão acerca da obrigação de os entes estatais cumprirem o assegurado nos diplomas legislativos, obrigatoriedade esta, protegida pelos defensores da doutrina garantista.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

As ampliações e transformações dos direitos fundamentais do homem, no desenrolar histórico da luta pelo seu reconhecimento, dificultam definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se utilizarem várias expressões para designá-los, tais como: “direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem”.¹⁰

Os direitos fundamentais da pessoa humana são direitos válidos para todos e em todos os povos. Esses direitos advêm da própria natureza humana,

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006. p. 25.

⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 85.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 179.

possuindo caráter indivisível, interdependente e universal, tendo como objetivo proteger e garantir os direitos dos seus titulares no âmbito mundial.¹¹

As primeiras abordagens relacionadas aos direitos humanos foram registradas no pensamento cristão e na concepção de direitos naturais elaborada por filósofos, reconhecida no Código de Hamurabi (Babilônia, século XVIII, a.C.), no pensamento de Amenófis IV (Egito, séc. XIV, a.C.), na filosofia de Mêncio (China, século IV a.C.), na República de Platão (Grécia, séc. IV a.C.), no Direito Romano, dentre outros.¹²

Os direitos naturais são tidos como inerentes ao homem, visto que decorrentes da própria natureza humana. Por isso, tem-se que são direitos anteriores ao Estado e por este inderrogáveis, sendo também abstratos e universais, pois reconhecidos a todos os homens, e mais, considerados imprescritíveis, uma vez que estão presos à natureza imutável do ser humano e por fim inalienáveis, na medida em que é impossível abrir mão deles.¹³

Essa primeira fase da história dos direitos fundamentais do homem nasceu da filosofia jusnaturalista, para justificar a existência de direitos pertencentes ao homem, enquanto tal, independente de Estado, partia da hipótese de um estado de natureza, onde os direitos do homem são poucos e essenciais, compreendendo o direito à vida e à sobrevivência, bem como o direito à propriedade e o direito à liberdade.¹⁴

Os direitos do homem só passaram a ser assegurados em sede constitucional a partir da Carta Magna do Rei João Sem Terra, na Inglaterra em 1215, que impôs freios ao poder do Rei. No século XVII, o *habeas corpus* apresentou caráter universal aos direitos do homem.¹⁵ Esses acontecimentos deram início a uma nova fase dos Direitos Fundamentais que culminou nas primeiras Declarações de Direitos elaboradas por detentores do poder de governo.¹⁶

¹¹ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 32.

¹² HERKENHOFF, João Batista. *Curso de Direitos Humanos*. Vol.1. São Paulo: Editora Acadêmica, 1996. p. 51.

¹³ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Op cit* p. 19-21.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 73.

¹⁵ HERKENHOFF, João Batista. *Curso de Direitos Humanos*. Vol.1. São Paulo: Editora Acadêmica, 1996. p. 55.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.* p. 73-74. Os mais importantes documentos que declaram os direitos humanos surgiram das Revoluções americanas e francesas e dentre eles, cabe citar o Bill of Rights da Virgínia, em 1776, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e a Constituição francesa, de 1791.

Contudo, O documento de maior influência na história da consolidação dos direitos do homem foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, redigida sob o impacto das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, a qual, em 1966, foi complementada por dois pactos, um sobre os direitos civis e políticos e outro sobre direitos econômicos e sociais.¹⁷

Porém, esses direitos humanos só começaram a ser tratados como fundamentais a partir do momento em que começaram a ser positivados, ou seja, garantidos e assegurados através da sua inclusão nas constituições democráticas.

Com a Constituição Federal de 1988 foram introduzidas inovações no Brasil, principalmente no que diz respeito aos direitos humanos e sociais. Assim, merece destaque a relação que existe entre o processo de democratização no Brasil e o processo de incorporação de importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, uma vez que, se o processo de democratização permitiu a ratificação de relevantes tratados de direitos humanos, essa ratificação permitiu o fortalecimento do processo democrático, através da ampliação e do reforço do universo de direitos fundamentais por ele assegurado.¹⁸

O marco inicial do processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos pelo Direito brasileiro foi a ratificação da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1989. A partir desta ratificação, promulgada pelo Decreto nº. 40 de 1991, inúmeros outros importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos foram também incorporados pelo Direito brasileiro.

Neste ponto, importante comentar a distinção efetuada pela doutrina entre direitos humanos e direitos fundamentais.¹⁹ Não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos,

¹⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Coletânea de Direito Internacional, Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 787. Tecnicamente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem é uma recomendação feita aos membros da Assembléia Geral das Nações Unidas, sendo os Pactos posteriores que efetivamente assumem força vinculante, uma vez que a Declaração corresponde a um costume internacional (aceito expressamente no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça).

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 25.

¹⁹ PAGLLARINI, Alexandre Continbo; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coords.). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 333.

no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que por vezes representado por entes coletivos, grupos, povos, nações, Estados.

A doutrina jurídica contemporânea distingue os direitos humanos dos direitos fundamentais, na medida em que estes últimos são justamente os direitos humanos consagrados pelo Estado com regras constitucionais escritas.²⁰ Assim, se os direitos humanos não forem reconhecidos de fato, não serão em sentido próprio chamados de direitos humanos fundamentais.

Segundo Bobbio, os direitos humanos são direitos históricos. O autor afirma que “[... por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes.”²¹

Na visão de José Francisco de Assis Dias, os direitos humanos fundamentais são, em substância, uma prática social, isto é, um complexo de regras, de atitudes, de comportamentos, de avaliações com uma projeção tendencialmente universalista.²²

De acordo com Jorge Miranda, os direitos fundamentais podem ser entendidos como direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos do ser humano, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa. Portanto, eles dependem das filosofias políticas, sociais e econômicas e das circunstâncias de cada época e lugar para serem totalmente compreendidos e,²³ principalmente, efetivados.

Luigi Ferrajoli redefine os direitos fundamentais, em contraposição a todas as outras situações jurídicas, como aqueles cuja garantia é necessária a satisfazer o valor das pessoas e a realizar-lhes a igualdade. Diferentemente dos direitos patrimoniais, os direitos fundamentais não são negociáveis e dizem respeito a “todos” em igual medida, como condições de identidade de cada pessoa e/ou como cidadão.

²⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 224.

²¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

²² DIAS, José Francisco de Assis. *Direitos Humanos*. Maringá: Unicorpore, 2005, p. 196.

²³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Lisboa: Editora Coimbra, 2008, p. 11-12.

3. TEORIA GARANTISTA APLICADA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A aplicabilidade dos direitos fundamentais assume a finalidade de reforçar a normatividade desses direitos, de modo a colocar em evidência a natureza de direitos constitucionais e a força normativa autônoma, que os autoriza a irradiarem efeitos frente à carência de lei concretizadora.²⁴

Considerando a crise dos dias atuais e, na tentativa de estabelecer novos vínculos capacitadores de um sistema de proteção aos direitos fundamentais, a teoria garantista propõe: “um modelo de ordenamento dotado de meios de invalidação de cada exercício de poder em contraste com normas superiores postas para tutela de direitos fundamentais”.²⁵

Nesse sentido, segundo Ferrajoli,²⁶ a Teoria Garantista pode ser compreendida através de três acepções, de acordo com a primeira o garantismo perfaz um “modelo normativo de direito”, ou seja, trata-se de um sistema de garantias, mais voltado ao direito penal, o Estado aparece como um sistema de poder mínimo destinado a minimizar a violência e maximizar a liberdade; a segunda acepção designa uma “teoria jurídica da validade e da efetividade”, destacando o abismo entre o “ser” e o “dever ser”, entre a “normatividade e realidade” e entre o “direito válido e direito efetivo”; pela terceira o garantismo designa uma “filosofia do direito e crítica da política”, que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade.

Estes três significados de “garantismo” têm um alcance teórico e filosófico geral. Eles delineiam, precisamente, os elementos de uma teoria geral do garantismo: o caráter vinculado do poder público no Estado de direito e a divergência entre a normatividade e a não efetividade. Por sua vez, essa divergência

²⁴ FIGUEREDO, Mariana Filebtiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 70.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 811.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoria del Diritto e della Democrazia*. Vol. 2 *Teoria della Democrazia*. Roma: Laterza, 2009, p. 890-894.

entre a normatividade do modelo constitucional e a sua não efetividade coloca em risco a própria Constituição: “o de se tornar uma simples referência, com mera função de mistificação ideológica no seu conjunto”.²⁷

Ademais, a teoria do garantismo está pautada no respeito à dignidade da pessoa humana, sujeitando as práticas jurídicas, formalmente e materialmente, aos conteúdos constitucionais, pois a legitimação do Estado democrático de Direito deve ir além da mera democracia formal, para abarcar a democracia material, segundo a qual, os direitos fundamentais devem ser respeitados, efetivados e garantidos.²⁸

Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana tem sido apontado como o fio que trama a unidade de orientação e fornece o critério de interpretação do sistema constitucional de direitos fundamentais. Trata-se de pressuposto teórico que justifica o regime jurídico constitucional que amplamente acolhe os direitos fundamentais, principalmente quanto às possibilidades de superação das objeções impostas à eficácia dos direitos.²⁹

A teoria garantista, na visão de Cadermatori veda que se afronte o conteúdo dos direitos fundamentais, mesmo que decidido por maioria e de forma legítima, bem como, sustenta que os direitos fundamentais devem ser garantidos na sua máxima extensão, “sob pena de deslegitimação das instituições estatais.”³⁰

O Estado de direito como sinônimo de “garantismo”, de acordo com Ferrajoli,³¹ é aquele nascido com modernas constituições e caracterizado no plano formal, pela legalidade, por força do qual todo poder público, legislativo, judiciário e administrativo, está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes; e no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 785-788.

²⁸ ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 4.

²⁹ FIGUEREDO, Mariana Filibiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 46.

³⁰ CADERMATORI, Sérgio apud ROSA, Alexandre Morais da. *Op. cit.*, p. 5.

³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 790.

Assim, inicialmente devem ser reconhecidos os direitos fundamentais como princípio axiológico de justificação do Estado,³² incorporados por normas constitucionais como vínculos funcionais que condicionam a validade jurídica da inteira atividade do Estado.

Os direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que indicam obrigações positivas aos entes estatais no âmbito social, limitam negativamente a atuação do Estado, privilegiando a liberdade dos indivíduos. Esses direitos fundamentais representam o substrato da democracia material, uma vez que seriam válidos em qualquer filosofia política ou jurídica, vinculando os poderes.³³

Desta forma, Luigi Ferrajoli³⁴ enuncia dois tipos de garantias, a garantia política da fidelidade dos poderes públicos e a garantia social da vigilância dos cidadãos, através das quais repousa a efetividade das garantias jurídicas e com elas o Estado de Direito e a democracia.

Conforme explica Ferrajoli, a garantia política da fidelidade dos poderes públicos consiste no respeito por parte destes à legalidade constitucional e, antes de tudo, aos direitos fundamentais, todavia, estes por si só são impotentes, assim, se deve por em prática mecanismos que possibilite o exercício da participação popular; que garanta a divisão dos poderes e seu respectivo controle; o pluralismo político; a coincidência entre as sedes legais e as sedes reais do exercício dos poderes; a publicidade das decisões e dos procedimentos; controle político e judiciário. Portanto, de um lado, a gestão do poder não deve ser um fim em si mesmo, mas um instrumento de tutela e satisfação dos direitos fundamentais, e de outro, a clara consciência das suas margens irredutíveis de legitimidade jurídica e política, para diversidade entre o dever ser normativo e o ser efetivo.

No que diz respeito à garantia social da vigilância dos cidadãos, esta tem por base o reconhecimento do próprio cidadão dos valores da pessoa, da dignidade, a qual constitui a essência dos direitos fundamentais, nesse sentido, preleciona Luigi Ferrajoli: “o sentimento dos próprios direitos fundamentais, dos próprios direitos-poderes – equivale, justamente pelo seu caráter universal, igualitário e indivisível, ao

³² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 833 e 842.

³³ ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 13.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Op cit.* p. 867.

sentimento dos direitos fundamentais dos outros, ao reconhecimento dos outros como pessoas”. Deste sentimento, origina a disponibilidade de cada um para a luta pela defesa ou conquista dos direitos fundamentais.³⁵

De acordo com os ensinamentos de Jorge Miranda, não há verdadeiros direitos fundamentais sem que as pessoas estejam em relação imediata com o poder, beneficiadas de um estatuto comum e não separadas em razão dos grupos ou das condições a que pertençam; não há direitos fundamentais sem Estado ou, pelo menos, sem comunidade política integrada.³⁶

Destaca-se dois princípios basilares da teoria garantista, quais sejam, o da legalidade, que compreende afirmar que os direitos fundamentais estejam assegurados na legislação vigente, e, o da submissão à jurisdição, que corresponde ao direito de se pleitear tais direitos em juízo, em desfavor dos responsáveis pela omissão ou ação que violou o direito.³⁷

Nesse sentido, os cidadãos têm buscado a efetivação de seus direitos, por meio do Judiciário, pois, segundo Schwartz “[... o Poder Judiciário está constitucionalmente obrigado a assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais, dispondo de instrumentos específicos para sua função”.³⁸

Desta forma, o art. 461, §5º do Código de Processo Civil, dispõe sobre os meios que o juiz tem para fazer cumprir as tutelas específicas concedidas ou a obtenção do resultado prático equivalente, quais sejam, imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, impedimento de atividade nociva, entre outras. No entanto, tais medidas não constam de um rol taxativo, mas sim exemplificativo. Não é outro o entendimento da 2ª turma do Superior Tribunal de Justiça, que admite a possibilidade de bloqueio de valores em contas públicas para se garantir o cumprimento das obrigações de fazer impostas ao Estado.³⁹

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 870.

³⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Lisboa: Editora Coimbra, 2008, p. 10.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale*. 9 ed. Roma: Laterza, 2008. p. 746-747.

³⁸ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 164.

³⁹ PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CUSTEIO DE MEDICAMENTO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. ART. 461, § 5º, DO CPC. É lícito ao magistrado determinar o bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico indispensável.

Assim, de acordo com o julgado, seria possível até mesmo a “mitigação da impenhorabilidade dos bens públicos”, como medida para a efetivação da tutela. Importante, também, julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que destacou o entendimento da “[... possibilidade que o juiz tem de escolher a medida que melhor se harmonize com o caso concreto”.⁴⁰

O Supremo Tribunal Federal também já deixou evidente o cunho garantista que vem sendo desenvolvido pela Corte, ao julgar o agravo regimental interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul,⁴¹ manifestando-se no sentido de que o não cumprimento, por parte do Estado, de seu impostergável dever, perfaz um gesto irresponsável de infidelidade governamental, segundo o relator Excelentíssimo Ministro Celso de Mello: “o reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República”.

como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde. Nessas situações, a norma contida no art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil deve ser interpretada de acordo com esses princípios e normas constitucionais, sendo permitida, inclusive, a mitigação da impenhorabilidade dos bens públicos. 3. Recurso especial provido (STJ Resp. 909752 RS 2006/0270886-3, 2ª Turma, Min. rel. João Otávio de Noronha, julgado em 21/09/2007, publicado no DJ de 13/09/2007, p. 189.).

⁴⁰ PROCESSUAL CIVIL – MULTA DÍÁRIA – POSSIBILIDADE – ENTENDIMENTO DO ART. 461 E § 5º DO CPC – CARÁTER NÃO EXHAURIENTE DA ENUMERAÇÃO DAS MEDIDAS ALI REFERIDAS – POSSIBILIDADE QUE TEM O JUIZ DE ACOLHER A MEDIDA QUE MELHOR SE HARTMONIZE AO CASO CRONCRETO.

Multa devida desde a intimação da tutela antecipatória até a substituição dessa providência pela busca e apreensão prevista também no § 5º do art. 461 do CPC - Recurso parcialmente provido. (TJSP Ag. 5424254700, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Octávio Helene, julgado em 16/12/2008, publicado em 12/02/2009).

⁴¹ DIREITO À VIDA E A SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconseqüente. - O caráter programático da regra inserida 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. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, “caput”, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. (RE 393175 AgR/RS, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 02.02.2007).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais, ainda que tenham aplicação imediata, conforme prevê a Constituição Federal de 1988, carecem de efetivação, nesse sentido a Teoria Garantista é adequada e se reveste de grande importância, ao criar um sistema de garantias dos direitos dos cidadãos, através da validade e eficácia dos pressupostos contidos na Constituição, desenvolvendo mecanismos e requerendo uma atuação estatal condizente com os dispositivos jurídicos normativamente proclamados, assegurando de modo prioritário, os direitos fundamentais das pessoas.

Ademais, se constata que a positivação dos direitos fundamentais, por si só, não tem sido suficiente para alcançar os resultados esperados, diante disso, e como forma de buscar uma maior efetividade ao direito, os indivíduos sistematicamente recorrem ao Judiciário, que vem obrigando o Executivo a conceder a tutela pleiteada, assim, todos os poderes devem corresponder ao que Ferrajoli ensina por garantia política da fidelidade.

Destaca-se a figura do julgador, uma vez que está nas mãos deste a resolução dos conflitos que envolvem o cidadão e o Estado, sendo seu dever analisar o caso concreto de forma a buscar a melhor solução possível, bem como impor à Administração Pública a prioridade no cumprimento dos direitos fundamentais, promovendo, desta forma, a justiça social.

A teoria do garantismo jurídico busca solucionar os problemas de efetivação dos direitos fundamentais, de modo que o princípio da dignidade da pessoa humana seja respeitado, mostrando-se um instrumento imprescindível para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

Assim, a teoria garantista, ao ser adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, seja em decisões dos tribunais superiores, ou em decisões proferidas por juízes de primeira instância, é o caminho adequado para uma melhor solução dos litígios.

Contudo, nenhum direito fundamental pode concretamente sobreviver se não é apoiado pela luta por parte de seus titulares, daí a importância de uma

cidadania plena, de modo que a sociedade tenha condições reais de participar das decisões que afetam, substancialmente, sua existência.

5. REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIAS, José Francisco de Assis. **Direitos Humanos**. Maringá: Unicorpore, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Diritto e Ragione: *Teoria del Garantismo Penale*. 9 ed. Roma: Laterza, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoria del Diritto e della Democrazia*. Vol. 2 *Teoria della Democrazia*. Roma: Laterza, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. **Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

HERKENHOFF, João Batista. **Curso de Direitos Humanos**. Vol.1. São Paulo: Editora Acadêmica, 1996.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Coletânea de Direito Internacional, Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Lisboa: Editora Coimbra, 2008.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coords.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

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

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.