



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A omissão de direitos e garantias constitucionais e o ativismo judicial

Florence Rodrigues Pereira

Rio de Janeiro
2013

FLORENCE RODRIGUES PEREIRA

A omissão de direitos e garantias constitucionais e o ativismo judicial

Artigo Científico apresentado
como exigência de conclusão de
Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola de Magistratura
do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Júnior

Rio de Janeiro
2013

A OMISSÃO DE DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E O ATIVISMO JUDICIAL

Florence Rodrigues Pereira

Graduada pela Universidade da Cidade . Advogada. Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: A omissão de direitos e garantias constitucionais vem sendo temática constante nas discussões doutrinárias em razão de maior presença dos magistrados conhecida na concretização dos valores e fins constitucionais, denominada ativismo judicial. Essas discussões têm sido fundamentadas na possibilidade de quebra da separação dos poderes tradicionalmente constituídos. Entretanto, por outro lado, torna-se legítima e democrática a atuação dos magistrados como protagonistas da prestação de meios de assegurar o cumprimento forçado de direitos, no controle das políticas públicas que a Constituição Federal trata como direitos sociais fundamentais à dignidade da pessoa humana. São essas questões inerentes também aos estudos acadêmicos pela necessidade de estarem em sintonia com a realidade do mundo jurídico extramuros. Assim, diante dessa relevante realidade este estudo fundamenta-se nas discussões doutrinárias sobre o tema escolhido com a pesquisa bibliográfica que chegou à conclusão de que o Poder Executivo nem sempre efetiva direitos garantidos constitucionalmente, assim dentro dos limites estabelecidos, o Poder Judiciário precisa intervir ativamente para atender o cidadão lesado pela falta de prestação de serviços que devem ser efetivados pelo Estado.

Palavras-chave: Omissão. Direitos. Garantias Constitucionais. Ativismo Judicial.

Sumário: Introdução. 1. Breves considerações: momentos históricos e o surgimento do constitucionalismo. 1.1 O nascimento do constitucionalismo. 1.2 O constitucionalismo moderno. 1.3 O constitucionalismo contemporâneo. 2. Constituição Federal de 1988 e a Dignidade da Pessoa Humana. 2.1 O significado de Direitos Fundamentais. 2.2 Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais pelo Poder Executivo. 2.2.1 Reserva do Possível e o Mínimo Existencial. 3. A Intervenção do Judiciário ou o Ativismo Judicial. 3.1 A representatividade do Ativismo Judicial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O tema escolhido para ser retratado neste estudo vem sendo motivo de embates acirrados na doutrina em razão de estar relacionado com direitos sociais garantidos constitucionalmente e, em muitos casos, não efetivados pelo Poder Executivo.

Trata-se do Ativismo Judicial que é a intervenção do Poder Judiciário no Poder Executivo, quando este deixa de atuar como prestador de serviços para efetivar direitos constitucionais determinados para o atendimento às necessidades básicas da população.

Cumpram evidenciar que na divisão dos três poderes ficam bem delineadas as atribuições do Estado brasileiro que, diferentemente do passado de descaso e exclusão da população na participação democrática, é hoje o Estado do bem estar social, regido por uma Lei Maior, a Constituição, onde estão previstas essas atribuições do Estado, hodiernamente nominado Estado Democrático de Direito.

Em resumo, pode-se acrescentar que os poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) exercem, cada um, atividade específica, o Legislativo de legislar, elaborar leis, o Judiciário de aplicar a lei e ao Executivo cabe a função de administrar, sendo esta atividade concreta e direta. Neste caso, deve fazê-lo com estrita obediência às normas legais ao prestar os serviços públicos ao cidadão, seja na forma direta ou indireta ou ainda com a contribuição também do terceiro setor.

Entretanto, nem sempre o Estado Administrador, representado pelo Poder Executivo, cumpre seu papel de efetivar direitos e garantias constitucionais, na medida em que omite e provoca lesões muitas vezes de caráter irreversível ao cidadão ou mesmo a toda a coletividade.

É nesse contexto que o Estado, agora representado pelo Poder Judiciário, atua sobre os desmandos do Estado Poder Executivo, ou sobre o Estado Poder Legislativo.

Coaduna com tal atuação os ideais do Estado Democrático de Direito e com as constituições escritas que deram um novo rumo aos direitos dos cidadãos que no período histórico do absolutismo eram considerados seres de segunda classe, excluídos por um Estado autoritário.

As lutas empreendidas, nos primórdios do constitucionalismo, foram por uma Constituição sem excesso normativo para que se assinalasse, na realidade, o fim dos privilégios e se anunciasse a soberania popular, realidade que hoje já se vislumbra com uma constituição com normas e princípios que devem ser obedecidos e que não podem ser violados, pois se configura, o desrespeito aos direitos e garantias nela dispostos.

Assim, nesta engrenagem de um Estado que procura adaptar-se à pós-modernidade de um mundo globalizado economicamente, um de seus relevantes três poderes, o Judiciário, continua a luta empreendida para proteger a “Constituição Cidadã” que garante os direitos dos cidadãos, negligenciados por tantos séculos marcados na história humana.

É diante desses argumentos introdutórios que se pretende questionar neste estudo: o Poder Judiciário, ao intervir nos casos de omissão do Poder Executivo diante da constitucionalização de direitos poderá desequilibrar a harmonia entre os três poderes do Estado tradicionalmente constituídos?

Tendo em vista a proposta problema deste trabalho, o objetivo será analisar a posição do Poder Judiciário ao intervir nos casos de omissão do Poder Executivo diante da constitucionalização dos direitos sociais.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES: MOMENTOS HISTÓRICOS E O SURGIMENTO DO CONSTITUCIONALISMO

Já início da história do homem, quando esse vivia em sociedades tribais, notam-se os primeiros passos em direção à organização das coletividades formadas, a distribuição de tarefas determinadas por um chefe que todos eram obrigados a respeitar e obedecer.

Foi uma época em que não havia regras e nem condutas padronizadas, os indivíduos se uniam apenas para vencerem os desafios naturais e garantir a sobrevivência da prole. Os infortúnios eram as causas maiores da necessidade de se unirem e prevalecia aquele que tinha

mais força e poder sobre o outro que se rendia diante de sua vulnerabilidade e impotência. Era uma época em que a autotutela prevalecia para a promoção da defesa individual e da coletividade, da tribo que pertencia. Foi o período em que “o olho por olho, o dente por dente”, (Lei de Talião) prevalecia como se ouve até hoje, quando se remete aos relatos bíblicos. Esta era lei que o direito determinava qual seriam os direitos e deveres dos cidadãos.

Foram séculos de lutas individuais e coletivas pela sobrevivência, as primeiras leis e regras não eram discutidas, mas cumpridas a duras penas. Vidas foram sacrificadas sem nenhuma explicação ou critério compreensíveis da forma como se assimila hoje, quando se fala em direitos.

Uma imersão no passado babilônico, conforme ensinam Maranhão e Antunes¹ por volta de 2000 a.C. verá que a cidade se encontrava em poder do rei Hamurabi que centralizava poderes jurídicos e administrativos. Já nessa época se tem notícia das primeiras legislações codificadas. Tratava-se do Código de Hamurabi, com leis severas para controlar a sociedade, naquele momento histórico, transformada no Império Babilônico que precisava se manter. Era uma sociedade marcada por distâncias sociais com privilégios para poucos, somente os nobres usufruíam de bens materiais em detrimento da maioria do povo, dividido em homens livres, servos e escravos, com uma economia sustentada pela atividade agrícola, o comércio e artesanato. As crenças politeístas eram a marca das sociedades antigas.

Conforme ainda os autores em comento, no Egito, obedeciam todas as ordens dadas pelo faraó, pois acreditavam que ele era filho do deus Hórus, o mesmo ocorria na Pérsia, onde rei era representante do deus Ahura-Masda; e na Mesopotâmia, o sacerdote de Anu era o deus que veio do Céu.

¹ MARANHÃO E ANTUNES *apud* MORAES, J. C. O fenômeno jurídico na antiguidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2828, 30.mar.2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18805>>. Acesso em: 11 de fev. 2013.

Percebe-se que a teocracia e a monarquia absoluta contribuíram para o controle daqueles povos e de outros povos que viviam de forma semelhante aos babilônicos, com seus direitos vinculados à religião.

Assim, durante séculos os povos antigos eram conduzidos pela tirania e a vontade de seus soberanos que misturavam a fé com divindades e a vida do cidadão era inferior ao poder do Estado. Acreditava-se naquilo que era imposto e determinado e aqueles que se rebelavam eram perseguidos e exterminados.

A necessidade de ter mais liberdade e ser protegido por líderes mais humanizados levou civilizações inteiras a lutar por esse bem que todos almejam. Muitas vidas foram perdidas para que o povo tivesse voz nos destinos de seus governos e uma lei maior pudesse lhes trazer e segurança e proteção, fato observado apenas com o surgimento do que se conhece hoje como constitucionalismo que nas palavras do ilustre José Joaquim Gomes Canotilho “é uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”². Significa dizer que o Estado Constitucional de Direito é constituído com fundamento numa constituição.

Argumenta Dirley da Cunha Júnior³ que nas primeiras coletividades humanas, já se anunciavam o constitucionalismo primitivo, surgido dos ideais agrários, regidos por costumes religiosos, onde começaram a ser lançadas as primeiras sementes, mesmo sem seguirem uma constituição escrita.

A busca por mudanças de paradigmas de uma sociedade tirânica para uma organização social voltada para o poder delegado ao povo, com leis escritas e pré-determinadas, começaram a ser sentidas na antiguidade.

Segundo o pensamento de Moraes⁴, cumpre, entretanto, destacar que;

² CANOTILHO, J. J. G.. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.p.51

³ CUNHA JÚNIOR, D. da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p.235.

⁴ MORAES, *op cit* 2011, p.3-5

As primeiras manifestações jurídicas se assentaram em normas costumeiras, socialmente reeditadas de geração em geração pela oralidade e pela força coesiva exercida sobre a comunidade. Apenas tardiamente, os governantes, premidos por pressões sociais, objetivaram as normas consuetudinárias. Assim sucedeu com o direito hebreu, mesopotâmico e grego.

É de se notar que as manifestações jurídicas evoluíram a partir de uma forma arcaica de constitucionalismo, embora existam autores como Dirley da Cunha Júnior⁵ que não admite essa fase histórica de tirania e privilégios como sendo precursora de direitos já dispostos numa constituição. Para este estudioso, o povo hebreu era totalmente voltado para um direito baseado na divindade e convicções religiosas.

José Luiz Quadros Magalhães⁶ considera que as idéias e cultura greco-latina são fontes importantes do constitucionalismo e do direito público. Na Grécia antiga, vigorou uma forma de organização política chamada de “polis”. As cidades podem ser visualizadas como importantes formas de reconhecimento dos cidadãos, sobretudo nas cidades-Estado que seguiam o modelo de Atenas de democracia direta (os cidadãos participavam ativamente das decisões da comunidade), com a afirmação da cidadania e dos direitos dos cidadãos, porém não deixou de ser um período marcado pela supremacia do Estado sobre a sociedade.

1.1 O nascimento do constitucionalismo

Tanto na fase arcaica do direito quanto na antiguidade, percebe-se que houve um crescimento do poder do Estado sobre o cidadão. E no desenrolar da história humana, foram marcantes os períodos de poder ilimitado dos monarcas que na Idade Média culminaram com o surgimento do constitucionalismo propriamente dito, não semelhante ao atual, mas já anunciando a participação popular.

⁵ CUNHA JÚNIOR, *op cit*, p.238.

⁶ MAGALHÃES, J. L. Q. de. O constitucionalismo inglês. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 452, 2 out. 2004 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5768>>. Acesso em: 14 mar. 2013.p. 5-8.

Alicerçado ainda em José Luiz Quadros Magalhães⁷, ressalta-se que foi na Inglaterra que o constitucionalismo medieval teve seu apogeu com a Magna Carta *Libertatum*,s século XIII, ano de 1215. Considerada uma constituição importante porque assinalou a limitação do poder do Rei e garantiu o direito de propriedade, especialmente da burguesia. O *Petition of right*, e o *bill of rights* são exemplos de pactos escritos que foram moldando o constitucionalismo inglês, com a progressiva limitação da tirania dos governantes e do poder da burguesia. "Após períodos de aprimoramento, aos poucos foram surgindo as ideias de liberdade dos cidadãos, do tribunal do júri, do *habeas corpus*, da liberdade religiosa, acesso à justiça, e o devido processo legal. Inspirado em Montesquieu esse novo horizonte peculiar do constitucionalismo inglês, não frutificou com perda de vidas como era comum na Idade Média qualquer luta por ideal de liberdade.

Seguindo os ideais ingleses, vieram alguns séculos mais tarde a Revolução Gloriosa de 1688, na Inglaterra⁸, a Revolução Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789, e mais tarde no final do século XVIII e em todo o século XIX, as doutrinas políticas e constitucionais foram fundamentadas pelas revoluções anteriores, ressalta Edmund Burke⁹.

É perceptível o diferente contexto em que aconteceu o constitucionalismo na Inglaterra, onde toda a mudança aconteceu sem derramamento de sangue, diferente das revoluções dos Estados Unidos e da França com lutas sangrentas que levaram milhares de vidas.

Para o pensador italiano Norberto Bobbio,¹⁰ pode-se ressaltar:

⁷ MAGALHÃES, *op. cit.*, 2004, p.6

⁸ "A Revolução Gloriosa significou o fim do absolutismo na Inglaterra. O rei Jaime II foi deposto e sucedido por Guilherme de Orange. Este, no entanto, teve de jurar a Declaração de Direitos ("Bill of Rights"), prometendo respeitar o poder do Parlamento e as leis do país". ARRUDA, J.J. de. PILETI, N. *Toda a História. História Geral e História do Brasil*. 4. ed. São Paulo: Ática. 1996.p. 113-114.

⁹ BURKE, E. *Reflexões sobre a Revolução em França*. Brasília: UnB, 1997.p.83-89.

¹⁰ BOBBIO, N. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 123

Com a Revolução Francesa, entrou prepotentemente na imaginação dos homens a idéia de um evento político extraordinário que, rompendo a continuidade do curso histórico, assinala o fim último de uma época e o princípio primeiro de outra. Duas datas, muito próximas entre si, podem ser elevadas a símbolos desses dois momentos: 4 de agosto de 1789, quando a renúncia dos nobres aos seus privilégios e assinala o fim do antigo regime feudal e 26 de agosto do mesmo ano, quando a aprovação da Declaração dos Direitos do Homem marca o princípio de uma nova era. Não vale a pena sublinhar, por ser muito evidente, o fato de que uma coisa é o símbolo e a outra é a realidade dos eventos gradativamente examinados por historiadores cada vez mais exigentes. Mas a força do símbolo (...) não desapareceu com o passar dos anos.

O movimento da Revolução Francesa foi resultado da revolta contra um poder estabelecido, mas que, com o tempo, contrariou os ideais e objetivos pelos quais tinham lutado e defendido. Os anseios de Liberdade, Igualdade e Fraternidade fundamentado numa constituição, tornou-se o sentido dessa mesma como algo sem sentido e vazio que decepcionou aquele povo cheio de esperança que buscava numa nova forma de governo .

Ainda não tinha sido possível, com a Revolução Francesa, atingir a meta de um Estado protetor dos direitos e garantias individuais e sociais. Entretanto, as lutas continuaram em busca da concretização das mudanças esperadas.

1.2 O constitucionalismo moderno

Esta foi a fase de mudanças dos governos tirânicos e absolutistas mais propriamente delineadas, momento em que um novo paradigma de governo com visão de pessoa humana, influenciou os estados democráticos e continua até os atualidade.

Graças às constituições escritas como a primeira, adotada pelos Estados Unidos da América em 1787 e a segunda constituição escrita na Polônia em 1791¹¹, bem como as demais escritas a partir do século XVIII, que se espalharam para outros países como a Inglaterra, a França, a Itália e chegando ao Brasil, tiveram como meta primordial conduzir harmonicamente e com igualdade os destinos dos povos e elas submetidos. Pareciam ser

¹¹ BUCKI Hon. Carl L. BUCKI. *The Constitution of May 3, 1791*. 2000. Disponível em: <<http://info-poland.buffalo.edu/classroom/constitution.html>>. Acesso em: 12 de out. 2012, p.1

suficientes para dar rumo e novo contorno na forma de proteção à vida humana, tão desprezada por governos anteriores.

Os autores ressaltados acima fazem referência às Constituições de 1787 e de 1791 com a seguinte concepção:

*We hold these truths to be selfevident, that all men are created equal. These words, so close to the hearts of all true patriots of freedom, begin the second paragraph of the American Declaration of independence. But we must not attribute their origin solely to Thomas Jefferson, for these words are identical to those of Wawrzyniec Goslicki a Polish philosopher whose writings were to be found in Mr. Jefferson's library. How could it be that a Pole might supply the words of inspiration for the founding of the United States of America? One should not be surprised. Intellectually and philosophically, America and Poland have shared a common devotion to the cause of liberty and freedom. This devotion is what we celebrate today, on this, the 205th anniversary of the Polish Constitution of May 3, 1791.*¹²

Pode-se afirmar que a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte de 1787, com sua independência, foi um marco importante para a afirmação do constitucionalismo moderno. Esta constituição escrita dos EUA está em vigor até o momento.¹³

Cumprido, nesse contexto do constitucionalismo moderno, relatar ainda que duas datas, muito próximas entre si, podem ser evidenciadas também como marcantes para a proteção de direitos e garantias constitucionais como se verifica nos dias atuais: 4 de agosto de 1789, quando da renúncia dos nobres aos seus privilégios, assinalando o fim do antigo regime feudal, e 26 de agosto do mesmo ano, quando a aprovação da Declaração dos Direitos do Homem marcaram o princípio de uma nova era¹⁴.

¹²Consideramos estas verdades como autoevidentes, que todos os homens são criados iguais. “Essas palavras, tão perto dos corações de todos os verdadeiros patriotas da liberdade, começa o segundo parágrafo da Declaração de Independência americana. Mas não devemos atribuir a sua origem unicamente para Thomas Jefferson, porque estas palavras são idênticas aos da Wawrzyniec Goslicki um filósofo polonês, cujos escritos eram encontrados na biblioteca do Sr. Jefferson. Como pode ser que um polonês pode fornecer as palavras de inspiração para a fundação dos Estados Unidos da América? Um não deve ser surpreendido. Intellectualmente e filosoficamente, América e Polônia têm compartilhado uma devoção comum para a causa da igualdade e da liberdade. esta devoção é o que hoje celebramos, com isso, o 205º aniversário da Constituição polonesa de 3 de maio, 1791”. (tradução nossa). Ibidem. p.1

¹³ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 55.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 123

Norberto Bobbio salienta que: “Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em liberdades, também os chamados direitos sociais, que constituem em poderes”¹⁵.

São os direitos sociais o ponto de maior interesse para a abordagem do tema escolhido para este estudo e nesse diapasão a intervenção do Poder Judiciário na função do Executivo.

1.3 O constitucionalismo contemporâneo

Esta fase é relevante para a história do constitucionalismo, por ter finalmente concebido o homem como pessoa, que reconhece, conforme Luís Roberto Barroso, a força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova interpretação constitucional.¹⁶

E além do mais, o constitucionalismo contemporâneo deu limite ao poder dos governantes e ao povo a oportunidade de participar dos destinos de suas nações, recebendo proteção estatal, em que a dignidade humana é o sustentáculo do atual Estado Constitucional de Direito.

Ante esse novo paradigma, as Constituições Democráticas de alguns países consagraram em seus arcabouços jurídicos o ser humano como fim único da existência do Estado, passando para este ser o destinatário de suas ações.

Na atualidade, os países democráticos se unem e decidem sobre direitos humanos que se desdobram nos direitos fundamentais, individuais e sociais, e através dos tratados internacionais que se enunciam os direitos de todos os cidadãos e cidadãs adquiridos nas constituições que os acolhem, com aplicabilidade imediata e natureza de norma

¹⁵ BOBBIO, *op cit.*, 2004, p. 21

¹⁶ BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 237.

constitucional”.¹⁷

Na Constituição Federal de 1988, no artigo art. 5.º, § 1º e § 2.º está previsto: § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte¹⁸.

O constitucionalismo da contemporaneidade privilegia e materializa direitos que valorizam a pessoa, ou pelo menos, assim deveria ser, em função do princípio-valor de sua dignidade. O que se espera de um Estado Democrático é, em primeiro lugar, a valorização do ser humano em toda sua plenitude.

O constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo previu e determinou a forma do Estado Constitucional de Direito em que se manifestou o Estado social de direito para buscar, através de suas políticas públicas sociais e fins em si mesmo, conciliar legalidade com legitimidade, igualdade com liberdade. Nessa concepção, as Constituições deixam de ser vislumbradas como meras cartas políticas de meras recomendações, para serem entendidas como conjunto de normas fundamentais imperativas com ampla eficácia jurídica e fundamental para os cidadãos. Deixam as constituições de terem apenas o sentido formal e adquirem o sentido substancial ou material¹⁹.

Ainda vale ressaltar que há previsão de novo valor fundamental do Estado de Direito, embasado na dignidade da pessoa humana. Proibiu-se também toda e qualquer ação do Estado ou do particular que venha a degradar a dignidade do ser humano²⁰.

¹⁷ DIAS, M. B. *Manual de Direito das Famílias*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p.231-236.

¹⁸ BRASIL, *Constituição Federativa do Brasil*, 1988. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 2 de nov. 2013.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 127.

²⁰ *Ibidem*. p.127.

É indiscutível, no atual Estado Democrático de Direito, a supremacia da Constituição Federal, que nos dizeres de José Afonso da Silva “significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos”²¹.

Assim, vem sendo reconhecido pelos estados onde a democracia impera onde se materializa direitos do cidadão.

2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição, nos estados democráticos, tem o significado de norma jurídica superior a todas as outras, a *lex superior*, colocada no topo de toda a legislação que, em virtude de sua supremacia, ergue-se majestosa, tornando-se assim, como parâmetro de validade das demais normas jurídicas de todo o sistema normativo brasileiro.

A Constituição é a "lei fundamental de um Estado, que contém normas para a formação dos poderes públicos, direitos e deveres dos cidadãos" e que toda autoridade política deve ser limitada²².

A limitação do poder implica a elevação da pessoa acima do Estado, à categoria de sujeito de direitos, ao reconhecimento e prioridade de sua dignidade. Esta constitui cerne balizador de todo o sistema jurídico. Logo no seu artigo 1º, a Constituição Federal de 1988, vigente no Brasil, estabelece os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. Consistem estes em pontos de partida para todas as outras normas constitucionais, e, por conseguinte, devem influir no teor de todas as normas infraconstitucionais. Dentre outros aspectos, estabeleceu-se, no seu inciso III, a dignidade da pessoa humana como princípio basilar do Estado Brasileiro.

²¹ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 45.

²² FERREIRA, A.B.H. *Nova Fronteira*. Rio de Janeiro: Fronteira, 2001, p.106.

O princípio da dignidade da pessoa humana explícito no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, foi positivado como Fundamento da República Federativa do Brasil.

Fernando Capez²³ manifesta-se sobre o tema ao ensinar que: verifica-se, no atual constitucionalismo, o Estado Democrático de Direito não apenas pela proclamação formal da igualdade entre todos os homens, mas pela imposição de metas e deveres quanto à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; pela garantia do desenvolvimento nacional; pela erradicação da pobreza e da marginalização; pela redução das desigualdades sociais e regionais; pela promoção do bem comum; pelo combate ao preconceito de raça, cor, origem, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, I a IV); pelo pluralismo político e liberdade de expressão das ideias; pelo resgate da cidadania, pela afirmação do povo como fonte única do poder e pelo respeito inarredável da dignidade humana.

A Magna Carta Inglesa de 1215, já mencionada no início deste estudo, segundo Canotilho²⁴ pode ser considerada como o marco inicial dos direitos fundamentais, levando à inserção desses direitos fundamentais nos textos constitucionais dos Estados Modernos ocidentais, consolidando o rumo trilhado pela trajetória do direito.

As constituições brasileiras consagraram os direitos fundamentais e embora não os tenha classificado, ordenaram-nos como direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade, de cidadania (direitos políticos) e por fim, as garantias constitucionais. Não se preocuparam em classificá-los como sendo dimensões ou gerações de direitos, mas em estudá-los e classificá-los individualmente, abordando um a um, de acordo com as disposições da Constituição Federal²⁵.

Toda Constituição Federal compromissada com os ideais democráticos encontra-se no reconhecimento da normativa dos princípios, permitindo um diálogo entre a legalidade e a

²³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte geral*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 38.

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 2009, p.63.

²⁵ CONSTITUIÇÃO, *op cit.* 1988.

legitimidade. “Os princípios seriam o traço unificador de todo direito, capaz de emprestar uniformidade ao conjunto de regras”, como ressalta Luiz Flávio Gomes²⁶.

Nesse diapasão, a Magna Carta Brasileira de 1988, consagrou a dignidade da pessoa humana e a elevou a princípio constitucional que percorre todo o sistema jurídico brasileiro tendo a pessoa valor maior do que o próprio Estado. No âmbito dos poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário deve-se trabalhar no sentido de atender aos interesses do cidadão, que lhes delegou poderes para representá-lo perante o Estado.

Pontue-se que o povo, num estado democraticamente organizado deve ser o elemento de maior relevância uma vez que é ele o destinatário dos direitos e garantias constitucionais a serem efetivados para que sejam cumpridas as determinações legais.

Jorge Miranda faz a seguinte observação sobre a dignidade da pessoa humana: “a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do parágrafo 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento”²⁷.

Analisada sob esse prisma, a dignidade da pessoa humana adquire “o valor último, o valor supremo da democracia, que a dimensiona e humaniza” e, sendo assim, é considerado direito fundamental humano como o direito à vida.

Hans Kelsen ressalta que a Constituição representa a “base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito deve e que sempre prevalecer sobre as normas inferiores (também chamadas de infraconstitucionais), devendo estas se compatibilizar com a Constituição

²⁶ GOMES, Luiz Flavio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.45.

²⁷ MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*. 9. ed. Coimbra: Coimbra. Tomo I. 2012. p.81

Federal"²⁸. E nesse mesmo sentido, Kant, citado por Miguel Reale, coloca o ser humano na análise desse sistema constituído ao ensinar “o homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”²⁹.

Antônio Enrique Perez, filósofo catalão, citado por Jorge Miranda³⁰ assinala que “a pessoa é um *minimum invulnerável* que todo estatuto jurídico deve assegurar, que a dignidade da pessoa humana é um princípio absoluto; porquanto, ainda que se opte, em determinada situação, pelo valor coletivo, esta opção não pode nunca sacrificar, ferir o valor da pessoa”.

Compõe-se a norma jurídica do Estado Democrático de Direito por regras e princípios que determinam, na parte de Direitos Fundamentais da Constituição de 1988, os caminhos a serem trilhados para posicionar o ser humano acima da vontade do Estado, privilegiando seus direitos. Em todas as áreas do direito, os princípios gerais ou específicos a cada uma delas, existem para garantir o valor do homem.

2.1 O significado de Direitos Fundamentais

Norberto Bobbio³¹ orienta para quatro dificuldades na procura de um fundamento absoluto para a compreensão dos Direitos Fundamentais. Para ele, a primeira está no fato de que a expressão "direitos do homem" não é uma boa definição, pois a considera vazia conteúdo quando colocada diante de interpretação diversa e de acordo com a posição do intérprete. Na segunda, encontra-se a mutabilidade histórica dos Direitos Fundamentais que vem sofrendo transformações em face das condições históricas que determinam as necessidades e interesses da sociedade, constituindo-se de direitos relativos. Relata, ainda, a

²⁸ Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito apud* FERREIRA, Olavo Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. São Paulo: Método, 2003, p. 21.

²⁹ REALE, M. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.95.

³⁰ MIRANDA, *op cit.*, 2012. p.81

³¹ BOBBIO, *op cit.*, p. 33

terceira dificuldade que se concentra na definição de um fundamento absoluto para os Direitos Fundamentais ante sua heterogeneidade, ou melhor, a existência de direitos diversos e muitas vezes até mesmo conflitantes entre si. E finalmente, a quarta que consiste na existência de Direitos Fundamentais que denotam liberdades, em antinomia a outros que consistem em poderes. Os primeiros exigem do Estado uma obrigação negativa, enquanto os segundos necessitam de uma atitude positiva para sua efetividade. Nesse sentido, o autor encontra a impossibilidade de existência de um fundamento absoluto idêntico para ambas as espécies, não havendo como construir um liame entre direitos antagônicos, pois, "quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos".

O autor em comento ressalta também que sempre defendeu fortalecido por novos argumentos — que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e “nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.

Partindo dessas considerações, é lícito complementar que, na atualidade, os direitos fundamentais ganharam espaço de direitos individuais e sociais, que se constituem da porta de entrada na Constituição Federal de 1988, no Brasil, e percorrem a legislação infraconstitucional que vai, aos poucos constitucionalizando, mesmo a legislação privada.

2.2 Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais pelo Poder Executivo

A Constituição Federal de 1988 consagrou em seu artigo 6º os direitos sociais assim dispostos: São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança,

a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição³².

Cumpra evidenciar que esses direitos foram fruto de movimentos sociais que ocorreram e vêm ocorrendo ao longo da história humana em busca de melhores condições de vida. Um dos movimentos mundiais de grande vulto foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 e no Brasil, merece destaque a Constituição Federal de 1988, citada nesta unidade do estudo.

Ressalte-se que os direitos sociais, para serem usufruídos pelo cidadão, necessitam, em face de suas peculiaridades, da disponibilidade das prestações materiais que constituem seu objeto. São direitos que podem ser efetivados “através do Estado”, assim, exigem dos órgãos do Poder Público as prestações materiais.³³

Todavia nem sempre é verificada a atuação precípua do Estado na efetivação desses direitos sociais. Percebem-se, no cotidiano, inúmeras informações midiáticas, especialmente com relação à saúde onde se demonstra a omissão desse direito do cidadão que é negligenciado diante da falta de prestação de serviços de exames, internações em unidades hospitalares, medicamentos, cirurgias por intermédio Sistema Único de Saúde. Sem mencionar o direito à educação, segurança dentre outros de igual valor.

Pode-se exemplificar como direito social, a saúde, consta no dispositivo constitucional do art. 196 da Constituição de 1988 o asseguramento do direito à saúde onde há orientações para as ações e meios para que seja efetivada, assim *in verbis*: Art.196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à

³²BRASIL, *Constituição Federativa do Brasil*, 1988.

³³ CUNHA JÚNIOR, D. *Controle judicial das omissões do poder público*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 293.

redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação³⁴”.

Mesmo com a constitucionalização social do direito à saúde e as determinações legais, a efetivação desse direito ainda enfrenta inúmeros desafios, pois o poder estatal ainda tem sido omissivo e ineficiente no que tange às suas obrigações constitucionais. Despreza-se o entendimento de que a Constituição Brasileira, ao colocar no seu bojo o direito à vida e o direito à saúde, o coloca sem gradação uma vez que esse bem jurídico não a possui.

Deve ser tratado, portanto, como um direito social. O entendimento de José Afonso da Silva sobre os direitos sociais é que são eles prestações positivas, fornecidas direta ou indiretamente pelo Estado, proporcionando uma melhor condição de vida³⁵.

A falta de efetivação dos direitos sociais com a implementação de políticas públicas sociais vem sendo justificada tendo como fundamento o princípio da reserva do possível, sendo este princípio o limite do poder público. Ignora-se que o conceito de saúde está ligado à qualidade de vida do cidadão que precisa ser garantido pelo estado e entendido no seu sentido mais amplo a todos os cidadãos sem distinção com o acesso igualitário e universal.

Determina-se que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios apliquem anualmente recursos mínimos destinados à saúde, acrescentada tal determinação pelo §2º e incisos, ao art. 198 da Constituição Federal³⁶ pela Emenda Constitucional n. 29 de 2000.³⁷

³⁴BRASIL, *Emenda Constitucional n. 29, de 13 de setembro de 2000*. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm. Acesso em: 24 jul. 2013.

³⁵SILVA, J.A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 308.

³⁶BRASIL, *Constituição Federativa do Brasil*, 1988.

³⁷*Ibidem*.

2.2.1 Reserva do Possível e o Mínimo Existencial

Essas duas teorias vêm sendo justificativa para limitar a implementação das políticas públicas e o Estado se omitindo com questões que colocam em posição de inferioridade a dignidade da pessoa humana, as necessidades de suprimento de uma saúde pública de qualidade, abalando o próprio direito à vida, uma vez que saúde e vida formam um binômio de inquestionável importância.

3 A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO OU O ATIVISMO JUDICIAL

Em decorrência da omissão e por causar lesão a direitos constitucionalmente garantidos, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem se obrigado a intervir nas questões de políticas públicas, principalmente em se tratando da saúde, demonstrando que precisa haver a descontinuidade da visão positivista que degrada os direitos fundamentais sociais preconizados pelo Estado Constitucional de Direito que privilegia a dignidade humana e que como visto no início deste estudo se concretizou ante as inúmeras lutas empreendidas ao longo de séculos.

Existem inúmeros casos submetidos a julgamentos nos tribunais em que o Executivo tem invocado a falta de recursos públicos para atender a pretensão de quem interpôs ação contra o Estado, trazendo à colação a teoria da cláusula reserva do possível e o direito do Poder Executivo de decidir sobre a conveniência e a oportunidade de concretizar determinadas políticas (ou seja, a problemática da separação dos poderes).

Nesse sentido, o STJ já decidiu que “o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador”, reconhecendo a legitimidade do Ministério Público para exigir do Executivo

“a execução de política específica, incluindo a tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas”³⁸.

É de conhecimento na seara jurídica, que o papel do STF, nos últimos anos, tem sido o de intervir ativamente na vida institucional brasileira. De certa forma, como um todo, o Judiciário vem tomando decisões sobre algumas das grandes questões nacionais, o que tem gerado aplauso e crítica, e exige uma reflexão cuidadosa. Não é peculiaridade do Brasil, este fenômeno, pois em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões ligadas a questões políticas, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade³⁹.

Nesse último quesito, o pensamento remete à decisão em torno das uniões estáveis homoafetivas e, mais recentemente, a conversão em casamento dessas mesmas uniões que mediante a omissão do Poder Legislativo o STF foi obrigado a atender às exigências sociais.

Vale lembrar que os direitos fundamentais estão exemplificados no Título II da Constituição Federal de 1988, divididos em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos, e direitos dos partidos políticos; são, portanto, e são considerados o cerne, a coluna vertebral do constitucionalismo moderno, o sustentáculo da democracia, pois para o seu exercício do poder que emana do povo é imprescindível, um mínimo de direitos aos cidadãos, para que se efetive a participação democrática.

É dever dos três poderes da federação agir solidariamente responsáveis pela efetivação dos referidos direitos fundamentais, individuais e sociais, atuando o poder judiciário de forma

³⁸ SCAFF, F. *Tribunais e o Direito à Saúde, os Estados e Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.57.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, n. 46, p. 34, nov./dez. 2010.

subsidiária e não como principal responsável pela gestão desse direito, o que, na verdade, configuraria ingerência de um poder sobre o outro e o desequilíbrio e harmonia propostos em épocas passadas.

3.1 A representatividade do Ativismo Judicial

Conforme ensina Luis Roberto Barroso⁴⁰, o ativismo judicial é entendido como fenômeno que envolve a opção por um modo específico e proativo de interpretar a Constituição Federal, expandindo o seu sentido e alcance.

Para Carmem Lúcia Antunes Rocha⁴¹:

Nenhum ramo do Direito se ressentia mais depressa das mudanças que o mundo e o homem no mundo atravessam que o Constitucional. O Direito Constitucional é o direito do homem no seu tempo, no tempo de sua vida, no tempo presente, em qualquer tempo que se apresente, na hora presente, no mundo presente. Como o mundo muda, o constitucionalismo estreita e alarga o seu caminho para se encostar nas transformações havidas.

Verifica-se que o ativismo judicial tem a preocupação única e exclusiva com a efetivação dos direitos da pessoa lesada, daquela vulnerável, sem condições de encontrar os meios para satisfazer sua necessidade momentânea e que essa falta de recurso poderá lhe trazer danos irreversíveis ou a uma comunidade inteira.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁴² dá sua contribuição ao pensamento acima exposto ao mencionar que:

O ativismo é associado a uma participação mais intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço dos outros dois Poderes. Nesse sentido, se opõe à chamada autocontenção judicial, na marcada por uma especial deferência à atuação dos demais Poderes.

⁴⁰ BARROSO, *op cit.* 2010, p.13

⁴¹ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Direitos Humanos. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização par a eficácia dos direitos fundamentais.* 2009, p.89.

⁴² BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.76.

O Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição Federal tem como finalidade agir mediante a violação de direitos fundamentais, e nas palavras do ministro Celso de Mello, quando da posse do presidente da Corte, o ministro Gilmar Mendes, aos 23 de abril de 2008, enfatizou que não se pode censurar eventual ativismo judicial⁴³.

O ativismo judicial é a interferência, por ação, coordenação e finalidade, praticada pelo Poder Judiciário nos pilares que regem as políticas públicas, ou seja, programas de ação governamental para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados⁴⁴.

Cumprir destacar que as políticas públicas encontram-se no âmbito da efetivação de direitos fundamentais sociais que, segundo o artigo 6º da Constituição Federal assim estão dispostos: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição⁴⁵.

Barroso⁴⁶ explica que na ausência de política pública para um setor, deve o Judiciário atuar não apenas para sanar um caso particular, mas induzir o Poder Público providenciar os meios para atender a toda coletividade. O ativismo judicial deve ceder espaço a uma postura de autocontenção, neste sentido corrobora: É evidente que não se trata de tarefa fácil tal intervenção, porém o juiz se sente inclinado a resolver a demanda que está ao seu alcance e o raciocínio que ele desenvolve é o de que valores são ponderados: o direito à vida e à saúde de uma pessoa que procura a Justiça, por outro lado, e recursos e princípios orçamentários, separação de princípios orçamentários, separação de Poderes, por outro. Partindo dessa valoração, ele não hesita e escolhe o direito à vida.

⁴³ BANDEIRA DE MELO, *op cit.* 2002, p.112

⁴⁴ MIRANDA, *op cit.* 2001, p.361

⁴⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília: Senado, 1988.

⁴⁶ BARROSO *op cit.*, 2010, p. 14.

E ainda com referência às palavras do ministro Celso de Mello, conforme citado por Bandeira de Melo⁴⁷, pode-se ressaltar que:

Quando se registram omissões inconstitucionais do Estado, sempre tão ilegítimas quanto profundamente lesivas a direitos e liberdades fundamentais das pessoas, das instituições e da própria coletividade, torna-se justificável a intervenção do Judiciário, notadamente desta Corte Suprema, para suprir incompreensíveis situações de inércia reveladas pelas instâncias de poder em que se pluraliza o aparelho estatal brasileiro. Nem se alegue, em tal situação, a ocorrência de ativismo judicial por parte do Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificassem comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva construção jurisprudencial ensejadora da possibilidade de exercício de direitos proclamados pela própria Carta Política, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primaziada Constituição da República, muitas vezes vulnerada e desrespeitada por inadmissível omissão dos poderes públicos. Em uma palavra, Senhor Presidente: práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

É pertinente ao tema evidenciar que o termo ativismo judicial, foi mencionado pela primeira vez, em 1947, pelo jornalista americano Schlesinger citado por Gomes⁴⁸, numa reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos, cujo entendimento à época considerava o juiz intérprete da Constituição no sentido de efetivar direitos.

Ressalte-se que a independência judicial é “necessária para proteger a Constituição e os direitos individuais dos maus humores que as artes dos homens calculistas ou a influência de conjunturas especiais disseminam entre o povo”. E, ainda, que “a integridade e a modernização do Judiciário levariam a uma defesa mais efetiva contra as leis que violassem direitos, contra as leis injustas e parciais”⁴⁹.

No Estado democrático de direito, o Judiciário, como forma de expressão estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar em neutralização de sua atividade. Ao contrário, o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal⁵⁰.

⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 2002.p. 276.

⁴⁸ GOMES, L. F. O STF esta assumindo um ativismo judicial sem precedentes?. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12921>>. Acesso em: 3 ago. 2013.

⁴⁹ HAMILTON *apud* SAMPAIO, A. L. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.82.

⁵⁰ WATANABE, K. Controle jurisdicional das políticas públicas: mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. *Revista de Processo*. Ano 36, n.193, mar. 2011.

No entanto, Luis Roberto Barroso⁵¹ adverte ainda que o Estado precisa seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais e que quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas sociais, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria a uma classe privilegiada que seria a classe média e menos aos mais pobres. Inclusive, a exclusão desses brasileiros se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais proferidas, em sua grande maioria, em benefício de pessoas individualmente vistas em detrimento de uma coletividade.

Percebe-se que há autores que veem com ponderação o ativismo judicial, embora o direito à vida deve ser resguardado em qualquer que seja a situação analisada.

CONCLUSÃO

Ao término deste estudo bibliográfico, insta salientar para concluí-lo que o surgimento do constitucionalismo ensejou o rompimento do homem moderno com a obscuridade do Medievalismo tirânico e tantos séculos de exclusão e abandono de comunidades inteiras submetidas a plenos poderes de monarcas despóticos.

Mostrou a presente pesquisa que tudo se fez com muita luta e perda de vidas em batalhas que marcaram a história do homem em busca da igualdade, liberdade e reconhecimento de seus direitos.

A divisão dos três poderes tirou das mãos de um único governante o poder de decisão; cada um, e todos ao mesmo tempo, conforme previu Montesquieu, dentro de suas claras

⁵¹ BARROSO *op cit.*, 2010, p. 16.

funções se convergem para uma única meta: promover o bem estar do cidadão no atual Estado Democrático de Direito a que hoje chega-se e fundamentado no princípio da subjetividade que explica: “o homem como o centro de si e do mundo”. O atual Estado Constitucional admite o homem como o centro e destinatário de todo o Estado. É seu o dever-poder de gerenciar os recursos disponíveis para a implementação de trabalho de políticas sociais determinadas na CF de 1988, como apresentado neste estudo, tornando-as efetivas para atender a demanda social.

No entanto, é notável a falta de implementação nessas políticas, principalmente com referência à saúde com a justificativa de limites orçamentários, a legação dos princípios do mínimo existencial, reserva do possível, dentre outros. Porém, diante do direito à vida e da falta ante o poder do estado, resta a intervenção do Judiciário para fazer valer direitos e garantias constitucionais adquiridos para que seja evitado qualquer forma de retrocesso aos tempos despóticos e absolutistas deixados no passado já há algum tempo.

Estão evidentes tais direitos fundamentais assegurados a todos os cidadãos que já não mais devem estar em situação marginalizada como aconteceu durante séculos e séculos.

É necessário, porém ver com cautela a intervenção do judiciário e cada caso concreto ser analisado criteriosamente para que não se resvale a divisão dos três poderes, sustentáculo da democracia. Dentro do respeito às devidas limitações, poderá haver um controle do Poder Judiciário sobre o Poder Executivo dando ao Estado a chance de manter o equilíbrio e harmonia que deve haver sem contrariar os freios e contrapesos.

É lícito acrescentar ainda que o ativismo judicial não vai resolver todos os problemas referentes a falta de efetivação das Políticas Sociais pelo Estado, mas cumprir seu dever de atender ao cidadão na busca pela justiça para a resolução dos problemas que o aflige.

Assim, o Estado-Juiz irá contribuir para que o Estado-Executivo cumpra seu dever de planejar bem e com competência seu orçamento para atender tanto o cidadão na sua individualidade quanto a coletividade, como manda a *Lex Superior* constitucional.

REFERÊNCIAS

- ARRUDA, José Jobson de. PILETI, Nelson. *Toda a História*. História Geral e História do Brasil. 4. ed. São Paulo: Ática, 1996.
- BANDEIRA DE MELLO, César Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, n. 46, p. 34, nov./dez. 2010.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL, *Emenda Constitucional n. 29, de 13 de setembro de 2000*. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm. Acesso em: 24 jul. 2013.
- BUCKI Hon. Carl L. BUCKI. *The Constitution of May 3, 1791*. 2000. Disponível em: <http://info-poland.buffalo.edu/classroom/constitution.html>. Acesso em: 12 out. 2012.
- BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a Revolução em França*. Brasília: UnB, 1997.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.
- _____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.
- _____. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2009.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte geral*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.
- DIAS, M. B. *Manual de Direito das Famílias*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FERREIRA, A. B. H. *Aurélio século XXI: o dicionário da Língua Portuguesa*. 5. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

GOMES, L. F. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: revista dos tribunais, 2002.

GOMES, L. F. O STF esta assumindo um ativismo judicial sem precedentes?. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12921>>. Acesso em: 3 ago. 2013.

LENZA, P. *Direito Constitucional Esquemático*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAGALHÃES, J. L. Quadros de. O constitucionalismo inglês. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 452, 2 out. 2004 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5768>>. Acesso em: 14 mar. 2013.

MENDES, G. F. ; COELHO, I.M. ; BRANCO, P.G.G. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, D. C. C. de. O Supremo Tribunal Federal e seu papel constitucional como “definidor” de políticas públicas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: ano 19, 1, jan.-mar. 2001.

MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*. 9. ed. Coimbra: Coimbra, Tomo I. 2012.

MORAES, J. C. O fenômeno jurídico na antiguidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2828, 30. mar.2011 .Disponível em:<<http://jus.com.br/revista/texto/18805>>. Acesso em: 11 de fev. 2013.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Direitos Humanos*. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização par a eficácia dos direitos fundamentais. 2009 Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo10.htm>. Acesso em: 2 mar. 2013.

ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito Administrativo*. 9.ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

SAMPAIO, A. L. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SCAFF, F. *Tribunais e o Direito à Saúde, os Estados e Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, José Antônio da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

WATANABE, K. Controle jurisdicional das políticas públicas: mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. *Revista de Processo*. Ano 36, n.193, mar. 2011.