

A EFICÁCIA DE DIREITOS SOCIAIS ATRAVÉS DA PRÁTICA DO ATIVISMO JUDICIAL

THE EFFECTIVENESS OF SOCIAL RIGHTS THROUGH THE PRACTICE OF JUDICIAL ACTIVISM

SUMÁRIO: 1. DESAFIOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. 2. CONSTITUCIONALISMO. 2.1. Evolução e consolidação. 2.2. O constitucionalismo contemporâneo. 3. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL. 3.1. Pós-positivismo. 3.2. Ativismo judicial e acesso à justiça. 3.3. O ativismo judicial na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 4. OS DIREITOS E A JUSTIÇA 4.1. Gerações de direitos 4.1.1. Direitos fundamentais 4.1.2. Os direitos fundamentais de segunda geração 4.1.3. Os direitos fundamentais de terceira geração 4.1.4. Evolução e consolidação dos direitos constitucionais 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Resumo

O presente estudo procura demonstrar que é possível concretizar o Estado Democrático de Direito pela prática do ativismo judicial. À medida que o homem apodera-se de conhecimento científico, a efetivação de direitos sociais, apesar de inúmeras dificuldades, vai sendo esboçada no mundo da vida. Percebe-se, entretanto, que o caminho ainda é longo. A efetividade desses direitos depen-

Wander Henrique de Almeida Costa

Mestrando em Direito Público pela PUC/MG
Pesquisador da Fundação Brasileira de Direito
Econômico
Pós-Graduado *latu sensu* em Direito de Empresa
pela Fundação Dom Cabral

Whac1956@hotmail.com

de de um processo de conquista junto ao Poder Político e Econômico, e o Poder Judiciário, nesse momento, é a alavanca jurídica utilizada para a construção de uma sociedade mais justa.

PALAVRAS CHAVES

ATIVISMO JUDICIAL; SAÚDE; DIREITOS HUMANOS; JUSTIÇA.

ABSTRACT

This study seeks to demonstrate that it is possible to accomplish the democratic rule of law through the practice of judicial activism. As man takes possession of scientific knowledge, the realization of social rights, despite numerous difficulties, is being drafted in the real world. It is clear, however, that the road is still long. The effectiveness of these

rights depends on a process of conquest by the Political and Economic Power, and the Judiciary, at this moment, is the legal leverage used to build a fairer society.

KEY WORDS

JUDICIAL ACTIVISM; HEALTH; HUMAN RIGHTS; JUSTICE.

1. DESAFIOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Constituição da República do Brasil, de 5 de outubro de 1988, não nasceu momentos antes de sua promulgação - na formação do Poder Constituinte e na elaboração do texto constitucional, o ápice da promulgação foi apenas o ponto culminante de um processo histórico de sofrimento, conhecimento científico e afirmação do direito.

A história da evolução do homem em sua trajetória desde os primórdios se confunde com a história do direito. A origem do direito se permeia com o percurso do homem em busca de seus ideais sociais e políticos, caminhada forjada nos discursos, conflitos e lutas.

A filosofia iluminista descobriu ser necessário para concretização de uma comunidade baseada na liberdade e igualdade que o centro de poder não poderia ser autoritário, mas imparcial, desvinculado de interesses pessoais.

A idéia do constitucionalismo firmou-se então na Europa iluminista do Século XVIII libertando-a das trevas medievais. O constitucionalismo tem raízes, entretanto nos séculos anteriores - nos pactos de proteção a direitos individuais, forais e cartas de franquias muito freqüentes na Idade Média.

Naqueles instantes iniciais, quando o espírito do homem se rebelou contra a vassalagem e a tirania, a humanidade se projetou para o futuro, para um mundo inimaginável, onde o sonho da dignidade e da igualdade é hoje quase real.

Entretanto, a idéia do constitucionalismo - direitos de igualdade e de dignidade concretizados através da elaboração de uma constituição escrita, vitoriosa pelas lutas e revoluções, não se consuma num só instante, se constrói no cotidiano, materializando e se instrumentalizando permanentemente através da produção de meios capazes de garantir e efetivar as conquistas do direito. Caso contrário, tudo se perde ou não se efetiva.

Na perspectiva do Brasil, a Constituição de 1988 foi uma conquista do povo brasileiro. Fez-se aqui, explica Jorge MIRANDA¹, no período de 1985 a 1988, uma transição constitucional, passando-se de um regime de ordem autoritária para um regime democrático de direito.

O papel da Academia e dos profissionais do direito se sobressai nesse processo permanente de conquista, para transformar a realidade social, conferindo eficácia aos direitos fundamentais inseridos no texto constitucional. Neste contexto, adensa-se o fenômeno do ativismo judicial na busca por justiça.

A desmistificação da impossibilidade de estender a dignidade para todos é um desafio a ser conquistado. Este artigo tem esta pretensão, desvelar que paulatinamente o homem vai assegurando os direitos conquistados na Constituição de 1988.

Nos textos de Clark, Cruz, Dworkin, Krell e Souza, entre outros, descortina-se ensinamentos va-

¹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 1ª. ed. 2ª. Tiragem. Forense: Rio de Janeiro, 2003.

liosos afetos à Constituição e aos ditames constitucionais, que tornam reais as perspectivas e o sonho da conquista e manutenção de velhos direitos.

2. CONSTITUCIONALISMO

2.1. EVOLUÇÃO E CONSOLIDAÇÃO

Em sua caminhada histórica projetada para o futuro, o homem em determinado momento se apegou à idéia de ter um corpo de regras escritas que igualassem a todos, inclusive o poder soberano, e que estas regras não estivessem ao alcance das mãos do poder estabelecido, de modo que fossem cumpridas por todos, moldando uma organização racional e aberta.

Apesar de se dizer que antes do Iluminismo o homem não ousou sonhar com tamanha racionalidade e igualdade, o constitucionalismo vinha se forjando séculos antes. Trata-se de uma idéia coletiva, originada no ideal do igualitarismo e inserida parcimoniosamente, sobretudo, paulatinamente em diversos pactos, como os firmados entre os barões e os súditos, sendo o principal deles A Magna Carta Inglesa de 1215, de João Sem Terra, ou dos forais ou cartas de franquias, elaborados por toda a Europa Medieval, constituindo-se de tratados escritos que instituíam e defendiam direitos individuais.

De fato no prelúdio do constitucionalismo os forais ou cartas de franquia, tiveram um papel importante na construção do constitucionalismo, como acentua FERREIRA FILHO² “tem em comum a forma escrita e a matéria que é a proteção a direitos individuais.” Apesar de não tratarem de direitos individuais de forma coletiva mas pessoal uma vez que os direitos que se asseguravam eram direcionados apenas para alguns súditos, já se via nestes compromissos a indisposição contra a tirania desenfreada dos soberanos.

2 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971, p. 08.

Posteriormente, com a descoberta do Novo Mundo, o avanço do Mercantilismo e a chegada em massa de colonos na América, outros pactos foram estabelecidos - os contratos de colonização, típicos da história das colônias da América do Norte. Os novos colonos vinham para o Novo Continente livres dos soberanos, que permaneciam no Velho Mundo, estabeleciam-se então, com os pactos de igualdade já firmados [3].

Nesse parâmetro, prevalecia o igualitarismo. Nascia assim a idéia da democracia. Os colonos estabelecidos como os novos donos da terra, fixavam mutuamente regras de convivência. O contrato de colonização mais famoso foi o *Compact*, elaborado e firmado a bordo do navio Mayflower, em 1620, na costa americana. Posteriormente, novas doutrinas contratualistas medievais adicionadas a estes pactos foram construindo a doutrina filosófica do Iluminismo, com que se arquitetou a idéia de uma lei escrita, fora do alcance do soberano, constituindo uma coletividade racionalmente estabelecida na eleição pelos homens de regras de convivência escritas e relativamente imutáveis.

A existência de leis escritas que se impõem ao próprio rei é criação dos legistas franceses, empenhados em defender a coroa de soberanos franceses. Afirmava esta doutrina que acima e fora do alcance do soberano há regras imutáveis: alteráveis somente por deliberação dos Estados Gerais, com autoridade superior às leis emanadas do poder legislativo, as quais são nulas se com elas se conflitarem e versando sobre aquisição, exercício e transmissão do poder.

A filosofia iluminista do constitucionalismo se transformou numa arma política de combate à identificação do soberano com o Estado, em busca de um governo racional destinado a prestar homenagem aos direitos individuais. A máxima deste ideal é a consciência da necessidade de

3 É importante ressaltar que quando chegaram ao Novo Mundo os colonos, tradicionalmente atrelados aos senhores feudais e aos Monarcas no Velho Mundo, viram-se ineditamente livres dessa tutela, projetando uma idéia de igualdade, que nem ousariam pensar na antiga vida no velho continente.

uma lei escrita, entendida como um documento solene de difícil mutabilidade, fundado na vontade popular, segundo o princípio da separação dos poderes, pregado por Montesquieu, para garantia das liberdades individuais.

2.2. O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

O constitucionalismo assenta-se então em seu início, na doutrina de que uma sociedade para conviver de forma racional deve ter uma lei escrita sobreposta a todos, definindo a separação de poderes e determinando o projeto político social.

Com o passar do tempo o constitucionalismo evoluiu, apurando seus conceitos e numa visão contemporânea e moderna deste fenômeno evolucionista se verifica empiricamente que o mesmo se assenta principalmente na busca da garantia dos direitos individuais mais específicos que os direitos fundamentais.

Ressalta ROCHA⁴ que a partir das idéias dos autores liberalizantes, após a construção do Estado de Direito, tornado liberal pela burguesia, foi com a conotação de um modelo liberalizante dos direitos individuais que os direitos humanos “se entornizaram nos sistemas constitucionais modernos”.

A medida que a vida vai se projetando para o futuro, novas tecnologias vão sendo criadas, novos olhares são lançados para a vida e o direito que acompanha o homem nesta trajetória vai se aperfeiçoando no nível do conhecimento empírico, sistematizando através do ordenamento jurídico toda essa saga.

Neste contexto, se observa a necessidade da justiça se materializar, com fundamento em nosso ordenamento jurídico, na direção dos direitos fundamentais e da afirmação da soberania estatal, como instituição promotora deste fenômeno.

4 ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O Constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais*. Disponível em:

<<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo10.htm>>. Acesso em: 21 jan. 2010, p. 06.

Entrementes, alerta CLARK⁵ que o neoliberalismo de regulação se coloca na contramão da necessidade que se impõe ao Estado de “agir no domínio econômico e social de forma planejada, a fim de transformar o nosso oceano de injustiças”.

Com vistas a estas necessidades, se percebe nas testas dos capítulos do texto constitucional a afirmação e inserção de subsistemas constitucionais, que constituem-se em verdadeiros ordenamentos e constituições, como no caso da Constituição Econômica anotada por SOUZA⁶ que neste contexto se afirmam com um papel de relevo na substanciação da eficácia das políticas públicas com vistas à redução das injustiças sociais.

Todavia, alerta CLARK⁷, que a efetividade destes subsistemas constitucionais, especialmente no que se refere à Constituição Econômica carecem de “uma série de normas jurídicas (leis, decretos, portarias, resoluções), advindas dos Poderes Legislativos e Executivo, inclusive para viabilizar algumas de suas normas programáticas”, apondo neste sentido para uma jornada legiferante de monta e que se tem como imperceptível para os “donos do poder”^[8] que convergem as políticas públicas para interesses diversos acentuando a assimetria social na contemporaneidade.

Como se pode perceber o constitucionalismo contemporâneo busca moldar a dinâmica do mundo novo, aproximando-se do ideal da busca do homem pela modernidade, mas com um modelo de dignidade e justiça, ainda a ser implementado em sua totalidade.

Neste aspecto, ROCHA⁹ observa que “como o homem é um ser que se torna, se estende e se

5 CLARK, Giovanni. *O Município em face do direito econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.28.

6 SOUZA, Washington Peluso Albino. *Primeiras linhas de direito econômico*. 4.ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 614.

7 CLARK, Giovanni. *O Município em face do direito econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 107.

8 FAORO, Raymundo. *Os donos do Poder*. São Paulo: Globo, 1958.

9 ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O Constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais*. Disponível em:

<<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo10.htm>>. Acesso em: 21 jan. 2010, p. 09.

amplia em sua dimensão pessoal, também os direitos, uma de suas principais projeções, dota-se de igual natureza”, quer dizer, nos desafios da contemporaneidade, o direito pelo homem e para o homem, impelido para o futuro, onde se encontra a diversidade, a complexidade e novas tecnologias, tem de encontrar seu espaço confirmando neste novo parâmetro repleto de novidades a dignidade e justiça social necessária à efetivação do estado democrático de direito brasileiro.

Talvez seja isso um projeto impossível, dada a dialética econômico-social da busca do lucro – essência do capitalismo e da busca de uma vida digna pelas massas populares, impregnadas de idéias iluministas - velhos direitos de igualdade e fraternidade ainda não alcançados.

As constituições modernas se enchem de projetos, idéias, direitos sociais e ambientais – na maioria normas programáticas cheias de conteúdo, mas ineficazes no plano da vida. Conforme nos ensina ALEXY¹⁰, não se pode dizer que neste caso temos uma constituição socialmente válida, quer dizer, uma constituição válida uma vez que pressupõe no Estado Democrático de Direito que a validade de uma constituição se concretiza na medida em que seja socialmente válida.

Ressalta o pós-positivista ALEXY¹¹ que uma constituição válida é aquela socialmente eficaz em termos globais, fazendo “referência à validade social do sistema jurídico como um todo”, sugerindo assim que se uma constituição somente é socialmente eficaz quando é possível ser cumprida em sua totalidade, não se pode dizer, portanto, conforme se apreende, que temos uma constituição válida, posto que a mesma não se externa concretamente para a maioria da sociedade, que a tem então como um texto programático, quer dizer, um projeto social para as futuras gerações.

10 ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito/Robert Alexy*; Organização Ernesto Galzon Valdés. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Ed. Wmfmartinsfontes. São Paulo: 2009.

11 ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito/Robert Alexy*; Organização Ernesto Galzon Valdés. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Ed. Wmfmartinsfontes. São Paulo: 2009, p.153.

A fórmula do constitucionalismo prevê que uma sociedade somente tem uma constituição se tem assegurado no documento a garantia dos direitos fundamentais e a separação dos poderes. Ocorre que este conceito de separação de poderes vem sendo relativizado pelo Poder Judiciário no Brasil, em defesa de valores axiológicos e principalmente dos direitos fundamentais, através de um novo conceito de aplicação da norma denominado ativismo judicial.

Ao tratar dos direitos sociais vertidos na Constituição, um importante aspecto do papel do Judiciário na consolidação do Estado Democrático de Direito é ressaltado por CRUZ¹².

A importância das decisões confirma a idéia habermasiana de uma equiprimordialidade entre a autonomia privada e a autonomia pública por uma razão muito simples: a defesa de um direito individual vai muito além da tutela dos interesses das partes envolvidas, pois quando o direito de qualquer um de nós é violado toda a sociedade é aviltada com isso.

Relata o constitucionalista mineiro, que o Supremo Tribunal Federal ao julgar casos em que foi solapado de cidadãos, por parte de associações de natureza privada, o direito ao contraditório, constatando-se que tais pessoas não puderam se defender junto às mesmas, o Tribunal não titubeou em cassar tais decisões, dadas ao arbítrio dos direitos sociais consagrados na Constituição, equiparando-as a entes de natureza pública.

Existe, portanto, dentro do Poder Judiciário, a idéia de que a tutela de um direito individual transcendente aos direitos do Estado ou do capitalismo e agindo dentro deste padrão, vai se desenvolvendo a prática judicial de primazia dos direitos fundamentais sobre os demais - uma hermenêutica constitucional legiferante, não sem críticas de muitos, em face dos exageros e do aviltamento ao Poder Legislativo, mas muito importante para aqueles de recursos financeiros indisponíveis e de meios de superação das difi-

12 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no Estado Democrático de Direito. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). *Constituição e democracia: fundamentos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 89.

culdades cotidianas, como no caso de patologias crônicas que achacam milhares de indivíduos.

3. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

3.1. PÓS-POSITIVISMO

O conjunto de regras escritas desconstruiu o Estado Absolutista e autoritário, construindo um Estado de Direito com conteúdo de liberdade e segurança jurídica, uma vez que prescreve qual conduta os indivíduos deverão adotar para conviver numa sociedade racional, inclusive com a garantia do cumprimento daquelas normas. Ocorre que existem diversas teorias para aplicação das ditas normas, nem sempre de fácil interpretação. Vários e dos mais diversos são os modelos teóricos adotados por jusdoutrinadores, dentre os quais, selecionamos para observar Humberto Ávila, Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Acentua ÁVILA¹³ que “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos.” Para o autor as normas se constituem então no sentido que o interprete abstrai das regras e princípios, ou seja, a idéia do modelo de conduta textualizado na regra ou no princípio é que é a norma. No pensamento do jusfilósofo brasileiro um novo significado abstrai-se para a norma, ou seja, adquire a norma, para Ávila, um status mais significativo do que para Dworkin, que identificava-a apenas como gênero da legislação cujas espécies são as regras e os princípios.

Acrescenta ÁVILA¹⁴ a partir de sua distinção onde aponta que dispositivos são textos e normas o sentido da interpretação daqueles, que não há correspondência biunívoca entre os conceitos, concluindo: onde existe um pode não existir o outro.

13 AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Ed. Malheiros Editores Ltda. 9.ed., 2009, p. 30.

14 AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Ed. Malheiros Editores Ltda. 9.ed., 2009, p. 30.

Afirma que existem normas sem dispositivos quando aponta que não existe dispositivo que prevê a certeza do direito e vice-versa que interpretação se faz quando se extrai do preâmbulo constitucional o dispositivo “sob a proteção de Deus?”. Pode ainda ocorrer de se construir numa única regra mais de uma norma como a do enunciado que exige lei para instituir ou aumentar tributos e que constrói o princípio da legalidade e da tipicidade, por exemplo.

Já o filósofo DWORKIN¹⁵ ao lançar um ataque contra os positivistas em geral, estabelece distinções importantes entre regras, princípios e políticas, quando diz que “os operadores do direito ao julgarem casos difíceis não se contentam em utilizar as regras escritas e aplicam ou se socorrem de padrões que atuam ou funcionam como princípios, políticas e outros tipos de padrões”, ou seja, o direito positivado se esgota nos casos singelos e não alcança a justiça diante de casos intrincados e complexos.

DWORKIN¹⁶ reforça seu argumento relatando um caso típico julgado no Estado Americano de Nova Iorque, denominado Riggs versus Palmer, quando após ter assassinado seu avô, o homicida, seu neto, pretendia receber a herança. Não a recebe, devido a aplicação pelo Tribunal do princípio de que ninguém, para se beneficiar, pode se valer de seus próprios atos ilícitos. O referencial neste caso é que não havia nenhuma regra escrita que proibisse a transmissão da herança do avô para o neto, mesmo em caso de homicídio.

Para DWORKIN¹⁷, a diferença “entre princípios e regras é de natureza lógica” posto que princípios e regras encaminham o intérprete para decisões particulares no confronto dos fatos com tais normas e distinguem-se quanto “a natureza de orientação que oferecem”, uma vez que as regras aplicam-se no modelo do tudo ou nada, enquanto os

15 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. 2ª. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007.

16 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2ª. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007.

17 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2ª. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 39, 42/43.

princípios dispõem de um conteúdo de abstração inexistentes nas regras, quer dizer, “possuem uma dimensão de importância” carente nas regras o que leva à possibilidade de abstrair-se numa mesma norma dois princípios conflitantes enquanto que no caso das regras quando uma se contrapõe à outra uma delas é inválida e não se aplica.

Ressalta Humberto ÁVILA¹⁸, criticando o filósofo americano, as regras e princípios não podem ser distinguidos dessa forma, quero dizer, para Ávila as regras não se aplicam simplesmente na base do tudo ou nada, uma vez que prescindem de uma interpretação lógica sobre suas conseqüências, assim aponta que “a única diferença constável continua sendo o grau de abstração anterior à interpretação”, ou seja, entende que “no caso dos princípios o grau de abstração é maior relativamente à norma de comportamento a ser determinada”, e como se vê o debate ainda vai longe.

ALEXY¹⁹, participando numa certa medida do debate, explica que a base argumentativa dos princípios distingue-os das regras, vez que estas prescrevem uma conseqüência jurídica definitiva, ao passo que os princípios são mandamentos de otimização, aplicando-se na máxima medida possível na realidade real e jurídica, ou por outra forma, a serem cumpridos em diferentes graus, enquanto as regras contêm ordens e mandamentos que devem ser cumpridos ou não. Eis, portanto, a lição de Alexy, aprimorando a teoria de Dworkin, ajustando-a e lhe atribuindo uma excelente maneira de aplicação no sistema judicial.

Para Norberto BOBBIO²⁰ “a concepção juspositivista da ciência jurídica sofreu um forte declínio no nosso século”, uma vez que desponta como uma fonte inspiradora no realismo jurídico para

18 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Ed. Malheiros Editores Ltda. 9.ed., 2009, p. 48.

19 ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito/Robert Alexy*; Organização Ernesto Galzon Valdés. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Ed. Wmfmartinsfontes. São Paulo: 2009.

20 BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito/Norberto Bobbio*; compiladas por Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. – São Paulo: Ícone, 2006, p. 222.

os aplicadores do direito a orientação oriunda da jurisprudência que extrai do “estudo de uma dada realidade (o direito, considerado como um dado de fato sociológico) proposições empiricamente verificáveis”, o que nos permite dizer que o pós-positivismo vem ganhando o debate travado com os juspositivistas.

Dessa forma desvelamos que ocorreu na contemporaneidade a transformação da hermenêutica positivista para uma interpretação jurídica, voltada, sobretudo para o realismo social, concebendo a legislação máxime as constituições, institutos mutáveis, refletindo dados da realidade.

Esta concepção pós-positivista fez surgir um movimento, imanente ao Poder Judiciário, com base nesta mutabilidade denominado de ativismo judicial, consistente no fato, conforme explica BARROSO²¹, do juiz se inspirar numa teoria de justiça para cumprir seu ofício de interpretação e aplicação do ordenamento jurídico.

3.2. ATIVISMO JUDICIAL E ACESSO À JUSTIÇA

O ativismo judicial, conforme empiricamente vem sendo demonstrado, é uma realização e tentativa do Poder Judiciário de superar o positivismo jurídico, num esforço para garantir velhos direitos fundamentais, com espeque em princípios instrumentalizados no texto constitucional.

Essa postura do Poder Judiciário é classificada pelo professor BARROSO²² como sendo uma nova hermenêutica constitucional ante a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo. Reconhece o doutrinador que os princípios destacados nos textos constitucionais estão impregnados de normatividade e inseridos

21 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª ed., ver. São Paulo: Saraiva

22 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 351/352.

no ordenamento jurídico, estando, portanto, aptos a justificar sua aplicação na garantia dos direitos fundamentais.

Preleciona BARROSO²³:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.

Ao discorrer sobre a Constituição brasileira de 1988, ZANETI JÚNIOR²⁴ confirma a concretização de alteração de paradigma. Aponta para a construção de uma democracia pluralista em oposição à democracia centralista, através de uma abertura participativa e do reconhecimento de diversas instâncias de decisão política. Afirmar ainda que, neste novo paradigma, o Poder Judiciário passou a participar deste processo fundado na convergência das partes para obtenção da melhor solução jurídica.

Explica KRELL²⁵, inclusive trazendo as colaborações de Ferraz Jr., que nessa sua nova função o juiz foi assumindo uma postura pós-positivista,

23 BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 19 mar. 2010.

24 ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp.55/56.

25 KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 94.

libertando-se das amarras da estrita legalidade, exclusivamente retrospectiva, passando a ser responsável pelo êxito das finalidades políticas impostas neste novo tempo. Ressalta AGRA²⁶ que o Juiz torna-se o guardião dos direitos fundamentais, mormente daqueles de natureza programática, inseridos na Constituição de 1988.

Neste contexto, se vislumbra que as decisões judiciais são fontes de direitos, unidas de poder estatal de cumprimento obrigatório. KELSEN²⁷ aludindo às fontes de direito admite que não somente as leis num sentido amplo, mas a sentença compõem o ordenamento jurídico, uma vez que “uma sentença judicial constitui a fonte para a obrigação especial de um indivíduo e a autorização correspondente de outro”, compreendido portanto o conceito de sentença na definição geral de legislação.

Para o neopositivista “a sentença é uma norma jurídica individual”, quer dizer que consubstancia-se na “concretização da norma geral ou abstrata”, se apresenta assim como fonte de direito uma vez que a sentença não supera a função específica de dar vazão à normatividade vigente no ordenamento jurídico contemporâneo.

Dessa sorte, o ativismo judicial é um fenômeno pós-positivista compreendendo uma leitura moral do direito, instrumentalizado através das sentenças e acórdãos dos Tribunais, que suplantando o jusnaturalismo e o positivismo jurídico da estrita legalidade, contemplam além da letra da lei, através da racionalidade jurisdicional, as omissões no corpo das leis, conformando o direito à moral e à realidade social.

26 AGRA, Walber de Moura. A legitimação da jurisdição constitucional dos direitos fundamentais. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de, TAVARES, André Ramos (coord.). *Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 500.

27 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: Introdução à problemática científica do direito*/Hans Kelsen; Tradução de J. Cretella jr. E Agnes Cretella – 5. ed. Ver. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2007, pp. 105/106.

Para BARROSO²⁸, o novo direito constitucional tem como marco histórico na Europa Continental o último pós-guerra, enquanto que no Brasil o marco situa-se a partir da Carta Política de 1988. Após este evento, os direitos fundamentais vêm ganhando um novo alento através do ativismo judicial, de vez que a jurisprudência contempla com êxito, não raramente, casos de ações judiciais em busca da confirmação de direitos fundamentais inseridos em princípios constitucionais, ainda não confirmados em leis ordinárias ou complementares, mas definitivamente inseridos na ordem principiológica jurídica.

3.3. O ATIVISMO JUDICIAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

De acordo com os jusdoutrinadores, na atividade concernente ao direito, existem dois instantes, sendo o primeiro da confecção da legislação e o segundo destinado à sua aplicação.

A respeito do tema ensina o saudoso BOBBIO²⁹:

Na atividade relativa ao direito podemos distinguir dois momentos: o momento ativo ou criativo do direito e o momento teórico ou cognoscitivo do próprio direito; o primeiro momento encontra a sua manifestação mais típica na legislação, o segundo na ciência jurídica ou (para usar um termo menos comprometedor) na jurisprudência. Esta pode ser definida como a atividade cognoscitiva do direito visando a sua aplicação.

Atendo-nos ao momento cognoscitivo atual, ou à prática judicial contemporânea, de modo a apreender e verificarmos empiricamente a forma que nosso Tribunal Constitucional está aplicando e vislumbrando o ativismo judicial, pode-se dizer que o movimento pós-positivista, já é uma realidade institucionalizada.

28 BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 19 mar. 2010.

29 BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*/Norberto Bobbio; compiladas por Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. – São Paulo: Ícone, 2006, p.211.

Nestes tempos de busca de efetividade, o Juiz de primeiro grau que trabalha muito próximo da sociedade, tem destacadamente atuado de forma a prover direitos constitucionais, especialmente dos menos prósperos.

A saúde, por exemplo, é um subsistema constitucional que interessa como objeto de nosso estudo. O direito à saúde está inserido na Constituição de 1988 como um direito de todos e dever do Estado (art.196 da CR/88). Para concretizar o acesso a este direito, o Estado criou o SUS – Sistema Único de Saúde, em 1990, via Lei no 8.080/90, com a pretensão de disponibilizar um atendimento universal de saúde.

Contudo, a carência de investimentos levou à impraticabilidade da utilização do SUS, face à ausência de mão-de-obra, especializada e suficiente, dos equipamentos básicos e de tecnologia moderna para realização de exames de diagnóstico, acarretando a indisponibilidade de atendimento e desestimulando a utilização do SUS por parte da população.

Em oposição a esta realidade, a iniciativa privada potencializa o descrédito do SUS ao construir um atendimento à saúde alternativo e de fácil acesso pela sociedade. Nessa perspectiva, o Estado cada vez mais se afasta e se mostra omissivo neste setor, mantendo um nível atual de investimentos na saúde equivalente aos executados na última década do Século XX.

A Universidade de São Paulo realizou uma pesquisa divulgada pela Agência Brasil (2008) e vislumbrou dados empíricos, onde R\$ 50 bilhões investidos pelo governo federal na saúde em 2007 foram igualmente previstos no orçamento da União de 2008, representando ambos, os mesmos US\$ 280 (duzentos e oitenta dólares) anuais por pessoa, investidos na saúde pública nos anos 90.

O valor está acima da média registrada na América Latina, mas não chega à metade da média mundial de US\$ 806 per capita. Considerado o percentual dos recursos investidos

em relação ao que os países arrecadam, o gasto brasileiro cai para pouco mais da metade do registrado nos vizinhos latino-americanos.

(Agência Brasil, 2008)

Portanto, o Brasil estagnou os investimentos em saúde pública e de forma explícita consolida sua política de precarização do SUS, com vistas à privatização da saúde pública.

Para enfrentar esta mazela social, os cidadãos, destacadamente, os mais necessitados, têm recorrido ao Poder Judiciário. O direito à saúde tido como direito social de segunda geração consubstancia afinal direito fundamental à vida, sendo de percepção lógica a permeabilização dos direitos de primeira e segunda geração, posto que a saúde é componente essencial para a vida humana.

Neste sentido, o Poder Judiciário não tem se furtado em determinar, com espeque nos princípios fundamentais do direito a vida e a saúde, ao Poder Executivo que forneça principalmente aos necessitados medicamentos nacionais e importados, realize exames para diagnóstico de doenças em laboratórios públicos ou privados e execute às suas expensas, todo tipo de intervenção terapêutica necessária ao cidadão. Enfim, determina uma diversidade de atendimento à saúde de modo a garantir os direitos fundamentais e sociais de vida, saúde e bem-estar.

Podemos citar, por exemplo, como anda o ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal através de notícia divulgada em sua página virtual na Internet (2010):

O Plenário do Supremo Tribunal Federal indeferiu nove recursos interpostos pelo Poder Público contra decisões judiciais que determinaram ao Sistema Único de Saúde (SUS) o fornecimento de remédios de alto custo ou tratamentos não oferecidos pelo sistema a pacientes de doenças graves que recorreram à Justiça. Com esse resultado, essas pessoas ganharam o direito de receber os medicamentos ou tratamentos pedidos pela via judicial. O ministro Gilmar Mendes foi o relator das Suspensões de Tutela (STA) 175, 211 e 278; das Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; e da Suspensão de Liminar (SL) 47.

Analisando esta notícia se pode concluir que pelos julgamentos ocorridos no Supremo Tribunal Federal, o mesmo está praticando o denominado ativismo judicial, exercendo um papel fundamental para a parcela mais carente da sociedade, viabilizando uma constituição plural ao consignar eficácia a princípios de direitos sociais e fundamentais, independentemente de norma escrita, fazendo uma leitura além da letra do texto constitucional, com origem na moralidade e no conceito de justiça.

O texto constitucional através do art. 196 determina ao Estado garantir mediante políticas públicas o acesso universal e igualitário a todos de serviços e ações de promoção, proteção e recuperação de saúde. A realidade, porém, se distancia desta norma programática de acesso universal e igualitário de saúde para todos e o Supremo Tribunal Federal através de uma prática denominada de ativismo judicial vem corrigindo, numa dimensão de justiça, a omissão estatal, perante a sociedade.

4. OS DIREITOS E A JUSTIÇA

4.1. Gerações de direitos

4.1.1. Direitos fundamentais

A primeira geração de direitos verificada na evolução do constitucionalismo teve origem no século das luzes, são os direitos relacionados com a liberdade e correspondem aos direitos civis e políticos do indivíduo, são direitos oponíveis contra o Estado.

Afastava-se a idéia de que os governantes eram ungidos pelo poder divino e mantinham na Terra a extensão desse poder. As idéias dos filósofos, as colonizações no Novo Mundo culminaram por derrubar esse mito e nas Revoluções de libertação dos Estados Unidos e da França, constatou-se que os monarcas podiam morrer como qualquer outro, e que a guilhotina servia tanto para a cabeça da plebe quanto para a da monarquia.

A idéia do constitucionalismo foi basicamente de criar leis que modelassem a conduta, perante elas, tanto dos governantes como do povo, assegurando para estes a convicção de estarem afastados do livre arbítrio dos governos, assegurando-lhes o direito à vida, à liberdade e à propriedade.

Na sequência dos modelos políticos de governo logo após o Absolutismo veio o Estado de Direito ou Liberal, o Estado Social, no período moderno e posteriormente, no período pós-moderno, o Estado Democrático de Direito. Importante registrar que um modelo econômico específico integrava-se a cada tipo de modelo político, iniciando-se com o Mercantilismo no período Absolutista, o Liberalismo no Estado de Direito, o modelo de Regulamentação no Estado Social e a Regulação estatal, vigente no Estado Democrático de Direito.

4.1.2. Os direitos fundamentais de segunda geração

A segunda geração de direitos que nasceu juntamente com o Estado Social, dominou o século XX, com origem nas reflexões ideológicas e no pensamento pós-liberal, motivados por acontecimentos históricos de degradação física e psicológica do homem pré-moderno.

A história do direito se confunde com a do próprio homem. Após a criação do Estado de Direito com o surgimento do modelo econômico do liberalismo ocorreram fatos como a Revolução Industrial, o agigantamento das empresas, o trabalho nas fábricas em ambientes insalubres, a Primeira Grande Guerra, maltratando por demais o homem e motivando o ressurgimento do racionalismo do Direito Natural, reduzido agora a alguns princípios próprios como da dignidade humana. Relativizou-se o Direito Natural que havia sucumbido ante a crise do racionalismo dogmático com o surgimento da Escola Positivista, adaptando-o ao mundo moderno e fazendo surgir o Estado Social.

Exerceram um papel fundamental nas constituições marxistas e um papel fundamental nas cons-

tituições materiais do pós-guerra, vinculados ao princípio da igualdade. São considerados direitos de segunda geração aqueles denominados direitos sociais, culturais, coletivos e econômicos, tendo sido inseridos nas constituições nas diversas formas do Estado Social.

4.1.3. Os direitos fundamentais de terceira geração

A terceira geração de direitos vem apoiar o homem perante o próprio homem, que na sua evolução atormenta a paz e o meio ambiente, vitimando pessoas através de guerras, doenças e fome. Diante desta perspectiva de carência de solidariedade surgem os direitos de terceira geração, correspondentes aos direitos identificados com o desenvolvimento, a paz, ao meio ambiente, a propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e a comunicação.

Na Carta Política de 1988 verifica-se espelhado no conjunto normativo constitucional diversas inserções de acolhimento dos direitos de terceira geração, como por exemplo a regra do inciso VI do art. 23 que fixa competência aos entes estatais para proteger o meio ambiente e combater a poluição, ou ainda o disposto no inciso III do art.24 que organiza as funções do Ministério Público dando-lhe competência para promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, ou mesmo no art. 170 da Constituição Econômica ^[30], inserida na Carta de 1988, quando se vislumbra que a Ordem Econômica deve assegurar a defesa do meio ambiente.

Nessa busca permanente por justiça e igualdade BONAVIDES³¹ identifica ainda uma quarta geração de direitos relacionados com a prática democrática, a informação e o pluralismo social, em seu

30 SOUZA, Washington Peluso Albino. *Primeiras linhas de direito econômico*. 4.ed. São Paulo: LTr, 1999. 614 p.

31 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 524/526.

discurso acentua que a “globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que aliás, correspondem a derradeira fase de institucionalização do Estado social”, são os direitos de quarta geração os direitos a democracia, a informação e ao pluralismo.

4.1.4. Evolução e consolidação dos direitos constitucionais

Fincado nos ideais iluministas o direito se destina a regular as relações entre o governo e os governados, entre os homens e afinal entre os Estados. Ressalta FONSECA³² que o “direito se destina a regular as relações entre os homens afigurando-se assim a sua característica essencial de meio para a obtenção de um fim”. A idéia precede o direito, que assim busca se adequar à realidade para ajustar e manter o relacionamento das pessoas viventes em sociedade. A evolução e consolidação dos direitos constitucionais, fundamentais e humanos, depende em muito do comportamento antropológico imprimido pelo direito e pela manifestação no sistema social. Como instrumento de luta, o direito deve adequar-se e se impor, sendo seu fim a consumação do bem estar social.

De acordo com a teoria Darwiniana sobre a evolução, a espécie que melhor se adapta é a que sobrevive. O ser humano está nesta categoria, posto que se constitui numa das espécies que melhor se adapta à natureza. Em sua evolução e diversidade, o homem chega primeiro que o direito e conforme Jorge MIRANDA³³ a idéia do direito chega primeiro que o próprio direito, muito após ainda ocorre a prática judicial, implantando definitivamente o direito no sistema da vida.

Ensina GALUPPO³⁴ que os fatos sociais verificados

na vida, tais como as lutas sociais e a interpretação aplicativa do direito, permitem uma reinterpretação constante dos direitos fundamentais. Este dinamismo dos direitos fundamentais não é acompanhado na mesma medida pelas regras escritas de direito, senão pelos princípios que trazem em si uma imanência abstrata, permitindo aos aplicadores do direito abstraírem uma normatividade passível de acomodar os fatos sociais ao direito.

Aliás, ao explicar o dinamismo social influenciando a produção de novos direitos acentua ROCHA³⁵:

Novas conquistas sociais conduziram a movimentos que trouxeram novas formulações jurídicas e novos direitos se juntaram aos fundamentais, surgem os direitos sociais, culturais e econômicos, havidos como direitos de segunda geração a se acrescerem e mesmo a redimensionarem o sentido daqueles que compunham os de primeira geração.

ROCHA³⁶, distingue momentos históricos estancados na conquista de novos direitos pelo homem, destacando o primeiro como sendo aquele em que lutou-se pela liberdade, opondo-se ao autoritarismo das suseranias e posteriormente das monarquias. Nesta oportunidade o homem se impôs frente ao Estado, mais à frente, após dominar a concepção dos direitos fundamentais fecundou-se sucessivamente direitos de segunda (o homem e outro) e de terceira geração (o homem com o outro), concluindo nesta quadra a existência de uma “solidariedade social constitucionalmente positivada”.

Portanto, o desafio lançado pelo Constituinte de 1988 é efetivar além dos direitos fundamentais, o direito ao desenvolvimento, a paz, ao meio ambiente saudável, a informação e comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

32 LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. Fundamentos do direito. In *Revista Jurídica Lemi* no. 13, ano XI, p. 131, out. 1978, p. 131.

33 MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 1ª. ed. 2ª. Tiragem. Forense:Rio de Janeiro, 2003.

34 GALUPPO, Marcelo Campos. A hora de brilhar: direitos fundamentais na trilha da literatura. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). *Constituição e democracia: fundamentos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 276.

35 ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O Constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo10.htm>>. Acesso em: 21 jan. 2010, p. 09.

36 ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O Constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo10.htm>>. Acesso em: 21 jan. 2010, pp. 10/11,

Tratando de velhos e novos direitos, tanto um quanto outro demandam tempo, perspectiva e persistência para implantação total, uma vez que o poder estatal dialeticamente se propõe a projetos políticos e econômicos distanciados do anseio social de raiz e de efeitos midiáticos apagados ou quase nulos, sendo a programação de direitos constitucionais positivados como uma meta permanente a se efetivar pelas lutas sociais nos planos dos governos. A dificuldade de implantação dos direitos sociais é assimilada por CRUZ³⁷ quando afirma que o Estado coloca estes direitos numa dimensão prestacional num discurso de que “seriam direitos que ‘custariam dinheiro’ e que, por conseguinte não poderiam ser efetivados com a mesma facilidade dos direitos de primeira geração”, quer dizer, o Estado se reduz na obrigação prestacional mínima e suficiente para manter um nível de organização social posto que garante apenas aqueles direitos fundamentais basilares, como vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade.

Para GALUPPO³⁸, Dworkin considera que o direito deve ser tratado pelos profissionais do direito como um romance em cadeia, onde compete a cada uma destas pessoas escrever um capítulo da história, desenvolvendo-a consistentemente, rompendo um capítulo após o outro de forma sincronizada, ou seja, não basta apenas interpretar, mas continuar a obra a partir do que já foi escrito.

Nesta seara, a justiça se constitui no objeto de desejo do homem, porque ao projetar o direito como o único instrumento capaz de lhe remeter para o futuro - organizando e regulando a vida comunitária e privada, o que se pretende é a concretização deste direito, que tem como meta última alcançar a justiça solidificadora da vida humana

de forma segura e harmônica.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho verificou-se que antropologicamente a sociedade evoluiu de um sistema de suzerania autoritária para um sistema democrático de direito, onde o ordenamento jurídico positivo assegura aos membros da sociedade direitos fundamentais e sociais, os quais nem sempre se mostram com eficácia.

O constitucionalismo firmou-se na Europa iluminista em oposição às trevas da Era Medieval, emergente das lutas por dignidade e igualdade de séculos anteriores, desde a Magna Carta de João Sem Terra, em 1215 e os pactos de colonização, como o Combat firmado a bordo do Navio Mayflower, em Plymouth no ano de 1640.

As conquistas originárias das lutas não se consumam e se encerram num único período ou momento, são antes um processo permanente de renúncia, sofrimento, êxito e vigília para manutenção das vitórias. Nessa caminhada, a Constituição de 1988, que se consubstancia no Estado Democrático de Direito do povo brasileiro do período pós-ditadura militar permanece como um desafio a ser vencido.

A Constituição da República do Brasil, de 5 de outubro de 1988, não nasceu momentos antes de sua promulgação, na eleição da Assembléia Constituinte. Sua origem se mescla com a caminhada do homem forjada no sofrimento, nos conflitos e lutas em busca de seus ideais sociais e políticos.

Tem-se a idéia por vezes que a conquista foi simbólica e assim se mostra a realidade, se não houver persistência, se não houver indignação e resistência. A tendência da acomodação deve superar o sentimento de vitória e o avanço da conquista deve ser permanente, a luta por velhos direitos e uma forma de configurá-los da letra escrita para a realidade da vida.

37 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no Estado Democrático de Direito. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). *Constituição e democracia: fundamentos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 86.

38 GALUPPO, Marcelo Campos. A hora de brilhar: direitos fundamentais na trilha da literatura. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). *Constituição e democracia: fundamentos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 276.

A atuação do Poder Judiciário através do ativismo judicial confere a possibilidade de acesso de direitos fundamentais e sociais para as pessoas, uma vez que empiricamente se desvela que essa atuação é eficaz na obtenção destes direitos, denominados de segunda, terceira e até de quarta geração.

A efetividade dos mesmos foi construída através de um processo de indignação e de conquista social. Descortina-se nessa ação de busca pelos direitos, um processo silencioso de luta sem quartel entre o poder econômico, representado pelo grande capital e por outro lado a sociedade, escudada no Estado Democrático de Direito.

Em face da ganância dos detentores do poder político e poder econômico, a maioria da sociedade fica literalmente esmagada por elevados tributos, baixos salários e a carestia de bens e serviços uma vez que as políticas públicas nem sempre são conduzidas para a obtenção e manutenção dos direitos sociais dos indivíduos.

O papel dos profissionais do direito se sobressai nessa perspectiva, fazendo-se presente o ativismo judicial como uma arma de guerra, como uma alavanca jurídica de enfrentamento do Poder Econômico e do grande capital.

A Constituição pós-moderna desvinculada do juracionalismo liberal dos iluministas, ao assumir a partir da segunda metade do Século XX o papel de acompanhar e solidificar a evolução do homem e seus interesses complexos amplia sua abrangência, se impõe com novos ramos de direito, refletindo isso nas testas de capítulos, sobressaindo-se nesta perspectiva a Constituição Econômica.

Verificamos no pensamento de CLARK ao explicar que a Constituição Econômica foi elaborada para jurisdicionar a perspectiva axiológica de alavancar o homem na sua busca por uma existência digna, conforme os ditames da economia vinculados a justiça social, na medida em que o processo produtivo, disciplinado pela ordem eco-

nômica e social, deve distribuir bens e serviços a fim de garantir democraticamente a todos uma sobrevivência digna.

Buscando materializar a obrigação consistente no artigo 196 da Constituição de 1988 que determina ao Estado garantir mediante políticas públicas o acesso universal e igualitário a todos de serviços e ações de promoção, proteção e recuperação de saúde o Estado brasileiro implantou o Sistema Único de Saúde (SUS), o qual não se mostra eficaz na medida em que o acesso à saúde é precário, mediante uma indisponibilidade recursos humanos e materiais necessários para assegurar a universalização proposta na Carta Política nacional.

A sociedade brasileira somente consegue garantir seu direito à saúde se propuser a arcar com custos financeiros adicionais direcionando-os para instituições privadas, os denominados planos de saúde, os quais, estes sim, disponibilizam na medida necessária a garantia dos direitos de saúde às pessoas.

A saúde que se constitui num direito social de segunda geração com fruição, portanto, somente para os empoderados de ativos financeiros é inalcançável para a maioria da população. Um aspecto interessante desta espécie de direito é que este direito social é essencial para manutenção do direito fundamental da vida, quero dizer, sem aquele não existe este ou se existir é de tão baixa qualidade que pode não servir às pessoas.

Muito dependente da ação estatal para obter ou manter seu direito à saúde a maioria dos indivíduos terá negado seus direitos humanos se seus direitos de saúde e de vida estiverem fragilizados por políticas sociais ineficazes. A saúde e vida se confundem, tanto quanto humanidade e dignidade. No mundo contemporâneo, onde florescem novos direitos, tecnologias e no qual se descortina um futuro primoroso para a humanidade, velhos direitos incorporados a textos constitucionais não passam de direitos simbólicos ainda não

materializados na prática social cotidiana.

Neste sentido a intervenção judicial através do fenômeno denominado ativismo Judicial tem atenuado a ineficácia da ação estatal em diversos campos, especialmente na área da saúde, garantindo o acesso de milhares de pessoas a tratamentos terapêuticos, imanentes aos direitos sociais consagrados na Carta Política de 1988.

Este fenômeno tem minimizado, por exemplo, o problema de milhares de pessoas, incapazes financeiramente de suportar os custos de um tratamento de saúde, prolongado ou perene, devido à absoluta incapacidade do Estado de provê-las com os direitos que lhe são assegurados na Constituição.

Contudo, sem ao menos lograr êxito em garantir direitos de segunda geração, os chamados direitos sociais, já se fala de direitos de terceira e quarta geração, ou seja, as perspectivas sociológicas se projetam em novas tecnologias, novos direitos sem que o homem, sempre acompanhado pelo Direito, em seus saltos para o futuro, tenha certeza de conseguir mantê-los em sua precária realidade social.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL (14/3/2008). Disponível em: < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2008-02-16/estudo-mostra-que-investimentos-em-saude-no-pais-sao-os-mesmos-de-15-anos-atras> >. Acesso em: 22 jan. 2010.

AGRA, Walber de Moura. A legitimação da jurisdição constitucional dos direitos fundamentais. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de, TAVARES, André Ramos (coord.). *Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito/Robert Alexy*; Organização Ernesto Galzon Valdés. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Ed. Wmfmartinsfontes. São Paulo: 2009.

AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Ed. Malheiros Editores Ltda. 9.ed., 2009.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Neconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 19 mar. 2010.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: Lições de filosofia do direito/Norberto Bobbio; compiladas por Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. – São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999

CLARK, Giovanni. In *Lusíada. Economia & Empresa*, Lisboa, no 9/2009, p.28.

- CLARK, Giovani. *O Município em face do direito econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no Estado Democrático de Direito. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). *Constituição e democracia: fundamentos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 79-123.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2ª. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do Poder*. São Paulo: Ed. Globo, 1958.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971.
- GALUPPO, Marcelo Campos. A hora de brilhar: direitos fundamentais na trilha da literatura. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). *Constituição e democracia: fundamentos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 263-276.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: Introdução à problemática científica do direito/Hans Kelsen*; Tradução de J. Cretella jr. E Agnes Cretella – 5. ed. Ver. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007 – (RT – Textos Fundamentais; 5)
- KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. Fundamentos do direito. In *Revista Jurídica Lemi* no. 13, ano XI, p. 131, out. 1978
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 1ª. ed. 2ª. Tiragem. Forense:2003
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O Constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo10.htm>>. Acesso em: 21 jan. 2010.
- SOUZA, Washington Peluso Albino. *Primeiras linhas de direito econômico*. 4.ed. São Paulo: LTr, 1999. 614p.
- SOUZA, Washington Peluso Albino / CLARK, Giovani. *Questões polêmicas de direito econômico*. São Paulo: LTr, 2008.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL/Notícias STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122125>>. Acesso em: 20 mar. 2010.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.