

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO CARLOS
CENTRO DE EDUCAÇÃO E CIÊNCIAS HUMANAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA POLÍTICA

**A efetivação dos direitos à saúde pública: uma análise do
Poder Judiciário no Brasil**

Adriana Duarte de Souza Carvalho

São Carlos – SP
Abril de 2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO CARLOS
CENTRO DE EDUCAÇÃO E CIÊNCIAS HUMANAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA POLÍTICA

**A efetivação dos direitos à saúde pública: uma análise do
Poder Judiciário no Brasil**

Adriana Duarte de Souza Carvalho

Tese apresentada ao Programa de
Pós-Graduação em Ciência Política
da UFSCar, como requisito parcial para a
obtenção do título de Doutor
em Ciência Política.

Orientadora: Professora Doutora Maria do Socorro Sousa Braga

São Carlos – SP
Abril de 2013

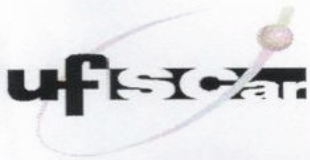
**Ficha catalográfica elaborada pelo DePT da
Biblioteca Comunitária/UFSCar**

C331ed Carvalho, Adriana Duarte de Souza.
A efetivação dos direitos à saúde pública : uma análise do
poder judiciário no Brasil / Adriana Duarte de Souza
Carvalho. -- São Carlos : UFSCar, 2013.
183 f.

Tese (Doutorado) -- Universidade Federal de São Carlos,
2013.

1. Saúde pública. 2. Brasil - Constituição, 1988. 3. Poder
judiciário e questões políticas. 4. Legislação social. I. Título.

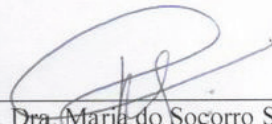
CDD: 362.1 (20^a)




PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA POLÍTICA

BANCA EXAMINADORA DA TESE DE DOUTORADO DE
Adriana Duarte de Souza Carvalho

04/04/2013



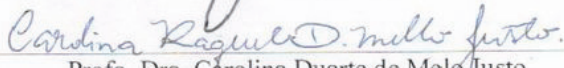
Prof. Dra. Maria do Socorro Sousa Braga
Universidade Federal de São Carlos/UFSCar



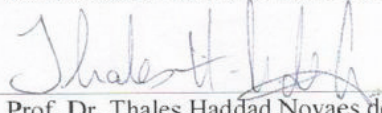
Prof. Dra. Vanessa Elias de Oliveira
Universidade Federal do ABC/UFABC



Prof. Dr. Cláudio Gonçalves Couto
Fundação Getúlio Vargas/FGV



Prof. Dra. Carolina Duarte de Melo Justo
Universidade Federal de São Carlos/UFSCar



Prof. Dr. Thales Haddad Novaes de Andrade
Universidade Federal de São Carlos/UFSCar

Submetida à defesa em sessão pública
Realizada às 14h00 no dia 05/03/2013.

Banca Examinadora:
Prof. Dra. Maria do Socorro Sousa Braga
Prof. Dra. Vanessa Elias de Oliveira
Prof. Dra. Carolina Duarte de Melo Justo
Prof. Dr. Cláudio Gonçalves Couto
Prof. Dr. Thales Haddad Novaes de Andrade

Homologado na CPG-PPGPOL na
28ª Reunião no dia 04/06/2013

Prof. Dra. Vera Alves Cepêda
Vice-Coordenadora do PPGPOL.

À minha família.

Agradecimentos

Primeiro à minha família. Aos meus pais, que dedicaram à vida às filhas e sempre nos incentivaram a estudar. À minha irmã, Patrícia, professora que admiro e que me faz rir o tempo todo. À Fernando, meu amor e companheiro de vida, simplesmente por estar ao meu lado. Aos meus avós, Horácio e Miriam, que me presentearam com livros minha vida toda e que me disseram que o conhecimento é “inrroubável”. Lembrome com carinho do meu avô muito bravo com as editoras que não publicavam mais os livros que eu precisava. E à minha tia Edilene, que, quando eu tinha oito anos, me disse que eu deveria ser pesquisadora. Aposto que ela não se lembra disso.

Também aos professores. À minha orientadora, a Professora Doutora Maria do Socorro Sousa Braga, pelas broncas dadas nas horas certas, pelos ensinamentos e por todo apoio emocional sempre que precisei. Ao Professor Doutor Thales Hadadd Novaes de Andrade, que me supervisionou durante o Estágio Docente da CAPES e que me orientou para que eu me tornasse uma professora melhor. E, ainda, agradeço à Coordenação de Aperfeiçoamento Pessoal de Nível Superior (CAPES), que possibilitou minha dedicação exclusiva à essa pesquisa por meio da bolsa concedida.

E, claro, aos amigos. À minha grande amiga Aline Prado Atássio, uma irmã adotiva, que me faz olhar o lado positivo da vida e que me leva para as baladas mesmo quando tudo parece muito ruim. À Juliana Keiko Sagawa, minha amiga mais antiga, pelo apoio espiritual. Ao casal Raquel e Guilherme Le Chat, que acreditam mais em mim do que eu mesma. À Nádía Perez Pino e ao Paulo Roberto Latarine, meus amigos desde a graduação na UNESP, que acompanharam cada passo da minha carreira acadêmica e que são divertidíssimos. À Eliane Conceição da Silva, pelo exemplo de vida: você me inspira sempre que fraquejo. E a muitos outros amigos, que são insubstituíveis: a Cíntia e Richard, Érika Yokote e sua família linda, ao meu cunhado engraçadíssimo Davi e à Maria Cristina Dagnone, pelo carinho concedido em horas muitos difíceis.

Resumo

O objetivo desta tese de doutorado é compreender a efetivação de direitos à saúde pública no Brasil por meio do Poder Judiciário. Nossa hipótese é de que os atores políticos constituintes em 1987-88 tenham atribuído maior poder político ao Poder Judiciário, transformando-o em um ator com poder de veto, capaz de suspender as decisões dos executivos locais e mudar o *status quo* legislativo. Para a realização da pesquisa, estudaremos as competências do Poder Judiciário nos textos constitucionais democráticos de 1934 e 1946 e, posteriormente, faremos a análise dos Anais da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público da Constituinte de 1987-88. Finalmente vamos avaliar os acórdãos produzidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo para compreender o teor das decisões tomadas pelos desembargadores que efetivam os direitos à saúde pública.

Palavras-Chave: Poder Judiciário, direitos sociais, saúde pública, Constituição de 1988, judicialização da política.

Abstract

The purpose of this doctorate thesis is to understand the achievement of the rights to public health in Brazil through the Judiciary Branch. Our hypothesis is that the constituent political actors in 1987-88 have assigned greater political power to the Judiciary Branch, turning it into a veto player, able to suspend the decisions of local executives and change the legislative *status quo*. Aiming the accomplishment of this research, we will study the competences of the Judiciary Branch in the constitutions of 1934 e 1946 and, afterwards, we will proceed to the analysis of the Annals of the Subcommissions of the Judiciary Branch e of the Public Ministry of the Constituent of 1987-88. Eventually we will evaluate the sentences produced by the Justice Court of São Paulo to understand the content of the decisions made by the judges that managed to make effective the rights to public health.

Key-words: Judiciary Branch, social rights, public health, Constitution of 1988, judicialization of politics.

O Direito não é uma pura teoria, mas uma força viva.

Rudolf von Ihering

Lista de Siglas

ANAMATRA: Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho

ANC: Assembleia Nacional Constituinte

CONTAG: Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura

CUT: Central Única dos Trabalhadores

FENAJ: Federação Nacional dos Jornalistas

OIT: Organização Internacional do Trabalho

PCB: Partido Comunista Brasileiro

PDT: Partido Democrático Trabalhista

PFL: Partido da Frente Liberal

PMDB: Partido do Movimento Democrático Brasileiro

PT: Partido dos Trabalhadores

PTB: Partido Trabalhista Brasileiro

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

SUS: Sistema Único de Saúde

TJ: Tribunal de Justiça

TJSP: Tribunal de Justiça de São Paulo

TJRGS: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

UDN: União Democrática Nacional.

Sumário

<i>Agradecimentos</i>	5
<i>Resumo</i>	6
<i>Abstract</i>	7
Introdução	11
Capítulo 1: A Construção do Estado de Direito no Brasil: normatização e efetivação	
Introdução	23
O Estado-da-Arte: constitucionalismo liberal e social, os três poderes no Brasil, saúde pública e neo-institucionalismo	24
Os Direitos Sociais em perspectiva comparada	25
O constitucionalismo liberal e social no Brasil	32
As prerrogativas dos três poderes na efetivação de direitos sociais e a judicialização da política	44
A efetivação de direitos sociais à saúde pública: críticas e apologias	50
Marco Teórico: o institucionalismo de Tsebelis e Skocpol	56
Conclusão	60
Capítulo 2: Direitos Sociais e Judiciário nas Constituições de 1934 e 1946	
Considerações iniciais e justificativa	62
Década de 30: Novos Atores na Cena Política Brasileira	65
Eficácia dos dispositivos constitucionais.....	70
Os dispositivos constitucionais veiculadores de direitos sociais na Constituição de 1934.	74
Os dispositivos constitucionais veiculadores de direitos sociais na Constituição de 1946.	81
O Judiciário na Tripartição dos Poderes nas Constituições de 1934 e 1946.....	86
O caráter simbólico dos princípios nas Constituições de 1934 e 1946.....	91
Capítulo 3: O Poder Judiciário na Constituinte de 1988	
Introdução	95
O início dos debates	100
Atores sociais na Constituinte: as audiências públicas	109
A Institucionalização do Poder Judiciário na Constituinte de 1986-87	126

Conclusão	132
Capítulo 4: A jurisprudência sobre a saúde pública no Brasil	
Introdução	134
A Função Jurisdicional do Estado e a Jurisprudência	137
Recorte Metodológico e Discussão Teórica	144
Análise Empírica	149
Conclusão	162
Considerações Finais	166
Bibliografia	171

Introdução

A história da inclusão de direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro é relativamente recente. A institucionalização formal desses direitos ocorreu apenas na década de 30 do século XX. Há, contudo, avanços anteriores a esse período que devem ser considerados como os primeiros passos dados pelos atores políticos no sentido da construção de uma legislação social no Brasil.

Durante o período colonial a saúde pública limitava-se à fiscalização sanitária e eram as chamadas Santas Casas de Misericórdia, localizadas nas principais cidades brasileiras, as entidades que faziam as entregas das prestações assistenciais. A chegada da família real portuguesa ao Brasil trouxe algumas poucas melhorias, como ações de combate à lepra e à peste e tentativas de limpeza de ruas e portos. Diante da ausência de manifestações estatais nestas áreas, prevalecia a caridade como meio de obter algumas prestações sociais.

A Constituição Imperial de 1824 assegura socorros públicos¹; esta previsão constitucional, contudo, nunca foi aplicada. Um conjunto esparso de leis define alguns direitos sociais ainda no século XIX para setores específicos de trabalhadores. Em 10 de janeiro de 1835 foi aprovado, por decreto, os Estatutos do Montepio da Economia dos Servidores do Estado. A Lei 3.397/1888 previu a criação de uma caixa de socorros para os trabalhadores das estradas de ferro públicas. Após a proclamação da República o Decreto 9.212-1/1889 criou o montepio obrigatório para os empregados dos correios e o Decreto 10.269/1889 determinou a criação do Fundo Especial de Pensões para os trabalhadores das oficinas da Imprensa Régia. Em 1890, há o Decreto 221, que estabeleceu a aposentadoria dos trabalhadores da Estrada de Ferro Central do Brasil e o Decreto 942-A, que cria o montepio obrigatório dos empregados do Ministério da Fazenda.

¹ Segundo a Constituição de 1824, art. 179, XXXI: “A Constituição também garante os socorros públicos.” O *caput* deste artigo define os socorros públicos como necessários para a inviolabilidade dos direitos civis e políticos.

A Constituição de 1891 traz um pequeno avanço em termos de legislação social. Ela estabeleceu a garantia da concessão de aposentadoria por invalidez aos funcionários públicos² e socorros públicos em caso de calamidades³. Em 1919 foi criada a Lei 3.724, também chamada Lei do Acidente do Trabalho, determinando a responsabilidade do empregador por dano sofrido pelo empregado durante o serviço e o pagamento de indenização independente de culpa ou dolo. Finalmente, em 1922, temos a edição do Decreto 15.674, que estabeleceu a caixa de Pensões dos Empregados jornaleiros da estrada de Ferro Central do Brasil.

Também no final do século XIX e início do XX algumas campanhas sanitárias são realizadas pelo Estado. A obrigatoriedade de vacinação contra a varíola e contra a febre amarela são alguns exemplos. Barroso (2010) mostra que essas campanhas, contudo, eram realizadas mediante força policial e abuso de autoridade, retirando a legitimidade deste direito. A Revolta da Vacina, em 1904, apontou a insatisfação da sociedade diante desta situação.

O início do século XX representou um grande avanço em legislação social no Brasil. Em 24 de janeiro de 1923, por meio do Decreto Legislativo 4.682, também conhecido como Lei Eloy Chaves, se deu o início do processo de criação de um sistema previdenciário brasileiro, originando a Caixa de Aposentadorias e Pensões para os empregados das empresas ferroviárias. No mesmo ano é criado o Conselho Nacional do trabalho, que tinha responsabilidade sobre questões trabalhistas e previdenciárias. Em 1926 a Lei Eloy Chaves foi expandida para as empresas de navegação marítima e fluvial e às de exploração de portos. Em 1931 ela se estendeu a todos os funcionários públicos.

No início da década de 30 diversos decretos do Poder Executivo estabeleceram novas normas de direitos trabalhistas. O Decreto 21.175/1932 institui a Carteira Profissional. O Decreto 21.186/1932 estabeleceu a disciplina da duração da jornada de trabalho no comércio e o Decreto 21.364/1932, na indústria. Tivemos também o Decreto 21.417-A/1932, que legislou sobre o trabalho dos menores. Esses e outros decretos sobre trabalho e previdência entraram em nosso ordenamento jurídico como leis ordinárias.

² Constituição de 1891, art. 75 - A aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação.

³Constituição de 1891, art. 5º - Incumbe a cada Estado prover, a expensas próprias, as necessidades de seu Governo e administração; a União, porém, prestará socorros ao Estado que, em caso de calamidade pública, os solicitar.

No entanto, é apenas com a ascensão de novos atores na arena política que os direitos sociais passaram a ser constitucionalizados no Brasil. De fato, a Constituição de 1934 foi a primeira, no Brasil, a trazer dispositivos constitucionais veiculadores de direitos sociais. Ela foi fruto da falência do sistema oligárquico-liberal e da emergência de novas elites políticas que participaram da elaboração da nova Constituição e trazem à tona novas temáticas e novos interesses. A década de 30, de fato, marca uma importante ruptura no modelo de Estado que se praticava no Brasil. Este período foi marcado por uma grande amplitude de movimentos políticos e pela participação de vários grupos sociais, como os operários, os tenentes, as oligarquias gaúchas e os novos industriais. Portanto, os direitos sociais constitucionalizados em 1934 refletiram mudanças institucionais levadas a cabo por meio destes atores e de suas preferências.

A principal questão que move esta tese é a seguinte: quais as implicações da inclusão de direitos sociais no texto constitucional para a separação de poderes no sistema político brasileiro? O constitucionalismo social tradicionalmente fortalece o Poder Executivo, ao qual é reconhecida a competência de editar políticas públicas de intervenção social. Isso significa que os direitos sociais não são, por definição, direitos exigíveis⁴, que qualquer cidadão possa demandar judicialmente nos tribunais por meio do ajuizamento de ações⁵. Os direitos sociais – também chamados de direitos coletivos – são tradicionalmente excluídos da proteção jurisdicional do Estado, o que evita que o Judiciário seja uma instituição que tome decisões sobre problemas sociais. Nesta construção institucional os direitos sociais dependeriam de ações determinadas pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo.

⁴Os direitos civis são, por excelência, direitos considerados exigíveis, o que implica que qualquer cidadão pode fazer valer seus direitos civis em juízo. Kelsen (2000) explica o caráter exigível dos direitos civis afirmando que estes são direitos específicos da ordem jurídica capitalista e funcionam como meio de garantir a propriedade privada. Por este motivo, levam em consideração apenas o interesse e vontade individual, colocando um indivíduo contra outro, obrigando-o a determinada conduta por meio de uma ação processual. Em contraposição, os direitos sociais são de caráter coletivo e colocam a sociedade diante do Estado, à espera de prestações positivas por meio deste.

⁵ De acordo com Rocha (2000, p.171-2): “As condições da ação não são conceitos universais e necessários, como faz crer a doutrina. Em outros termos, essas condições da ação não têm uma existência eterna e imutável, ou seja, elas dependem de cada ordenamento jurídico e são condicionadas pelas realidades sociais. Portanto, são conceitos históricos, isto é, mutáveis no tempo e no espaço, e dotados de uma clara função político-ideológica na sociedade.” Estas funções político-ideológicas serão analisadas nos Anais da Constituinte de 1987-88.

A Constituição de 1934, no entanto, estabelece meios processuais de exigibilidade dos direitos sociais ao trabalho e à previdência. O Ministério do Trabalho, criado em 4 de fevereiro de 1931, é o órgão por excelência destinado à prover meios materiais e humanos para a execução e fiscalização da legislação trabalhista e previdenciária. Constituição de 1934 também criou a Justiça do Trabalho, em seu artigo 122 e também definiu a criação de Tribunais do Trabalho e Comissões de Conciliação entre empregadores e empregados. Os tribunais do trabalho passaram a existir para garantir o acesso dos empregados aos direitos trabalhistas. A possibilidade processual – que dá a exigibilidade ao direito assegurado constitucionalmente - não se estende, contudo, aos demais direitos sociais, pois o texto de 34 não previu a criação de tribunais aos quais os cidadãos pudessem se dirigir para exigir os demais direitos sociais. Estes ficaram submetidos aos poderes Executivo e Legislativo, aos quais cabe a implementação de políticas sociais. Jhering (1943) afirma que a segurança jurídica da efetivação é a base jurídica do direito. Não há, portanto, segurança jurídica no que diz respeito aos direitos sociais, fato que exclui parte da população da cidadania.

No entanto, embora a Constituição de 1934 não tenha apresentado grandes conquistas em relação à saúde, não podemos deixar de lado o fato de que, ainda em novembro de 1930, foi criado um ministério para tratar de questões relativas à saúde, que é o Ministério da Educação e da Saúde Pública. Segundo Bertolli Filho (2001) o novo ministério propôs ações para melhorar os serviços sanitários do país. Mas foi apenas em 1953 que os dois ministérios foram separados e criado um ministério exclusivo para a saúde. Bertolli Filho (2001) afirma que o novo Ministério da Saúde falhava constantemente, gastando mais recursos para manter a própria burocracia do que para propor ações de assistência à saúde pública.

A queda do Estado Novo levou ao surgimento de novos partidos políticos no Brasil. Novamente novos atores e novas temáticas surgiram na arena política. Inicialmente as mais contundentes foram a defesa do retorno ao liberalismo e uma nova Constituição. Concomitantemente tivemos atores políticos manifestando-se pela manutenção do governo Vargas.

Esses conflitos ideológicos marcaram a Assembleia Constituinte de 1946, levando à organização de um novo pacto político. Nesta Constituição, no que diz respeito aos direitos sociais, a expressão “seguro social” é substituída por “previdência social”, mas não há mudanças substantivas e a lógica das questões sociais se mantém intacta. Os direitos trabalhistas continuaram a serem os únicos direitos exigíveis e os poderes Legislativo e Executivo mantiveram suas prerrogativas para legislar sobre os demais.

Em ambos os períodos os direitos sociais foram um passo importante para que o Estado repensasse as questões de cidadania. No entanto, o pleno acesso à saúde pública não poderia ser universal sem que se repensasse os mecanismos institucionais que garantissem a concretização desses direitos. Assim, supomos de que é apenas com o texto constitucional de 1988 e com as mudanças institucionais na própria estrutura dos três poderes é que os direitos sociais à saúde pública poderiam se tornar direitos exigíveis.

De fato, é a Assembleia Constituinte de 1987-88 e seu resultado jurídico-político, a Constituição de 1988, que colocaram novamente na ordem do dia o tema dos direitos sociais no Brasil e propuseram uma complexa agenda neste campo a ser cumprida pelo Executivo e pelo Legislativo. Por meio da inclusão destes direitos, garantia-se que o Estado se ocuparia das condições materiais de existência dos indivíduos. Assim, a Constituinte indicou um conjunto de mudanças institucionais que eram essenciais para romper com o Estado autoritário e concretizar a abertura democrática baseada em uma concepção social de Estado de Direito. Este fato demonstra que a Assembleia Constituinte de 1987-88 foi arena de disputas entre novos e diferentes atores políticos, que encaravam o pacto que estava sendo formulado como uma forma de obter emancipação social e um novo status de cidadania. Tratava-se, sobretudo, de criar estratégias para corrigir as desigualdades e ampliar os espaços de reconhecimento da cidadania. Assim, não há dúvidas de que Constituição de 1988, elaborada pela Assembleia Constituinte de 1987-88, representou um avanço importante na normatização e concretização dos direitos sociais.

Queremos discutir nesta pesquisa, contudo, o caráter desse avanço. Argumentamos que, se por um lado, temos um amplo conjunto de direitos constitucionalizados, por outro lado, muito embora tenhamos um documento legal que garanta estes direitos, a problemática da efetivação dos mesmos continua em aberto. Apontaremos que o texto constitucional de 1988, nos inúmeros dispositivos em que estabelece direitos sociais, não deixa claro que mecanismos institucionais serão constituídos para sua efetivação plena e universal. Além disso, ao delegar poderes legislativos ao Judiciário, cria um novo problema, que diz respeito à perda da universalidade dos direitos sociais.

A Constituição de 1988 cria, assim, um conjunto de expectativas na população no que diz respeito aos direitos sociais. Do ponto de vista da teoria neoinstitucionalista histórica, as instituições de fato incidem sobre as expectativas dos atores. Sobre isso, HALL e TAYLOR (2003 p.5) afirmam:

Mais precisamente, as instituições podem fornecer informações concernentes ao comportamento dos outros, aos mecanismos de aplicação de acordos, às penalidades em caso de defecção, etc. Mas o ponto central é que elas afetam o comportamento dos indivíduos aos incidirem sobre as expectativas de um ator dado no tocante às ações que os outros atores são suscetíveis de realizar em reação às suas próprias ações ou ao mesmo tempo em que elas.

Esse postulado do neoinstitucionalismo histórico nos faz concluir que a população fica na expectativa de políticas públicas que tornem efetivas as garantias formais determinadas no texto legal, pois a incorporação de direitos sociais em um texto constitucional tem como imperativo a prestação positiva do Estado por meio de políticas públicas para que esses direitos sejam efetivados.

Lobato (2009) aponta que as políticas públicas são fundamentais para institucionalização de valores e de regras da vida coletiva, mas também implicam, necessariamente, que a população se submeta à morosidade e intransparência legislativa e aos interesses partidários, que, muitas vezes, excluem atores e temáticas, pautando-se pela intolerância e, portanto, frustrando as expectativas da população em relação ao acesso e ao reconhecimento da cidadania.

A autora indica, ainda, que as políticas públicas na área social possuem especificidades em relação às demais e que é um erro do poder público tratá-las de outra forma. As políticas públicas de efetivação de direitos sociais são, por excelência, o lugar do conflito, que é inerente a todas as formas de desigualdade e exclusão. É justamente aqui que o não cumprimento das promessas feitas por meio da nova Constituição aparece.

Esta pesquisa reconhece, portanto, que há dois momentos distintos na conquista de direitos sociais. O primeiro momento diz respeito à constitucionalização dos mesmos. Isto foi feito pela Assembleia Constituinte de 1987-88, que incluiu dispositivos veiculadores de direitos sociais na Constituição promulgada em 1988. O segundo momento diz respeito à efetivação desses direitos. Tradicionalmente, esses direitos são efetivados por meio de políticas públicas, como observa Lobato (2009). No entanto, as políticas públicas não têm sido, desde 1988, um meio plenamente eficaz de garantia de direitos sociais e têm se mostrado incapazes de cumprir a promessa de universalização da cidadania feita pela Constituição.

Neste estudo apresentaremos a Assembleia Constituinte de 1987-88 como uma mudança institucional geradora de outras mudanças institucionais. Em primeiro lugar, a própria Assembleia surge por meio de mudanças institucionais que colocaram fim à ditadura militar. Ao mesmo tempo, ela materializa e produz novas mudanças, criando o sistema jurídico-político de um novo pacto. Há todo um conjunto de mudanças institucionais levadas à cabo pela Assembleia, mas a que queremos enfatizar é a que diz respeito aos direitos sociais e ao pleno acesso à cidadania. A Assembleia constitucionaliza esses direitos, criando sua base normativa e jurídica. Mas, para garantir que eles sejam efetivados no futuro, os atores políticos constituintes precisam criar mecanismos para isso. Assim, diante das mudanças formais no que diz respeito ao acesso à cidadania, um novo quadro institucional foi desenhado pelos atores políticos na Constituinte: o Poder Judiciário recebe novas prerrogativas de caráter político, que lhe garantiu a legitimidade necessária para tomar decisões sobre direitos sociais⁶.

⁶ O Código de Processo Civil, a Lei 5.869, de 1973, é de cunho rigidamente individualista. Segundo Rocha (2009), no entanto, o direito constitucional processual brasileiro tem caráter coletivo.

Esta tese propõe a hipótese de que as mudanças institucionais ocorridas no Poder Judiciário se deveram à combinação de dois fatores. Em primeiro lugar, devido ao reconhecimento prévio feito pelos constituintes da incapacidade do Executivo e do Legislativo em efetivar plenamente e universalmente os direitos, este papel passa a ser compartilhado com o Judiciário. Como consequência deste novo arranjo, ocorre a ascensão institucional do Poder Judiciário como um ator político capaz de resolver algumas das demandas concernentes à eficácia dos direitos sociais.

Assim, o Poder Judiciário começa a participar de forma cada vez mais ativa das decisões que dizem respeito aos direitos sociais e torna-se o promotor dos mesmos em parceria com os demais poderes. Desta maneira, extrapola-se a lógica clássica da separação de poderes e o Poder Judiciário se constitui como uma instituição que toma decisões de natureza política, prerrogativa esta que pertencia, originalmente, aos poderes Legislativo e Executivo.

Em segundo lugar, a presença de novos atores políticos em cena e o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade desde o início do processo de luta pela democracia, coloca em crise o arranjo tradicional da tripartição dos poderes. Este fato leva ao reconhecimento, por parte dos constituintes, da necessidade de ampliação da autonomia de centros de poder que antes ficavam relegados a planos secundários⁷. Um destes centros de poder é justamente o Judiciário (SALLUM, 2003). Assim, veremos que a Assembleia Constituinte lança um novo olhar sobre o Poder Judiciário, tornando-o uma instituição também de natureza política, como já o eram os poderes Executivo e Legislativo. Por outro lado, a população ganha um recurso para exigir direitos à saúde pública.

⁷Outro exemplo de centro de poder que deixa seu papel secundário no sistema político brasileiro são os municípios, que, na Constituição de 1988, tornam-se entes federativos e ganham maior autonomia como atores políticos.

A Constituição de 1988 garante, ao todo, dez direitos sociais.⁸ Neste trabalho vamos nos ater aos direitos sociais à saúde pública. A escolha deste direito social, em detrimento dos demais, é justificada por meio de dois argumentos. Em primeiro lugar, devido às inovações introduzidas no texto de 1988 em relação às demais constituições republicanas. Essas inovações transformaram o alcance da proteção social no Brasil. Até a Constituição de 1967, a saúde pública era compreendida como um seguro social, dentro da lógica da cidadania regulada. Isso significava que apenas os trabalhadores tinham direito à saúde pública.

A partir de 1988, contudo, foi introduzido o conceito de seguridade, que implica que o acesso a esse direito não depende mais da renda, pois o pleno acesso de cobertura e atendimento é constitucionalmente garantido. Por meio da noção de seguridade, ocorre um avanço na institucionalização de um modelo que se pretendia universal e que previa a responsabilidade estatal, com a criação de um orçamento exclusivamente destinado à saúde pública e de novas fontes de financiamento. Assim, o Brasil deixa de ser um Estado Providência para ser um Estado de Seguridade Social.

Em segundo lugar, a escolha da saúde pública como objeto desta tese também foi fundamentada no fato de que o maior conjunto de ações - que demandam direitos sociais - que acabam chegando ao Judiciário por falta de manifestação do Executivo e do Legislativo é justamente referente à saúde. Lobato (2009) afirma que isto ocorre devido aos problemas referentes à iniquidade de acesso e utilização de serviços, ainda relacionado à condição social e geográfica e à tímida redução das desigualdades, mesmo em períodos de maior investimento público.

⁸De acordo com o artigo 6º da Constituição de 1988: 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 Constituição.

Esta visão panorâmica da temática já permite a construção dos objetivos desta tese. O objetivo principal desta pesquisa é estudar o processo de constitucionalização de direitos sociais à saúde pública no Brasil no contexto da construção do Estado Democrático de Direito, desde seu início, em 1934, até o processo constituinte de 1987-88 e no seu resultado jurídico-político que é a Constituição de 1988. A constitucionalização de direitos sociais é um momento fundamental para a consolidação do Estado Democrático de Direito, porque diz respeito ao consenso a respeito da necessidade da igualdade para a construção da democracia e às expectativas que setores heterogêneos da sociedade e tidos como hipossuficientes sejam juridicamente incluídos. Significa, necessariamente, a inclusão do dissenso em nosso ordenamento jurídico.

O segundo objetivo é identificar as mudanças institucionais realizada pela Constituição de 1988 em relação à inclusão de direitos à cidadania e ao acesso aos mesmos através do Poder Judiciário. Este objetivo foi construído a partir da percepção de que, uma vez que a Constituição de 1988 aumenta as prerrogativas deste poder, atribuindo-lhe funções políticas, este passa a tomar decisões a respeito dos direitos sociais à saúde pública de forma contínua.

O terceiro e último objetivo é entender o que implica a tomada de decisões sobre direitos sociais pela via judicial. O texto constitucional é claro ao afirmar que o direito à saúde é dever do Estado e que deve ser garantido por meio de políticas sociais e econômicas⁹. Também determina a universalidade do direito à saúde, uma vez que ele está diretamente relacionado ao princípio da dignidade humana¹⁰, fundamento do Estado Democrático de Direito. No entanto, o direito à saúde, quando concedido pela via judicial, é exclusivo do indivíduo que entrou com a ação no Judiciário, retirando deste direito social seu caráter de universalidade. Isso implica, necessariamente, que quando conquistado em tribunais, os direitos à saúde pública acabam por se equiparar aos direitos trabalhistas, ou seja, ficam restritos ao caso concreto.

⁹ Constituição de 1988, Art. 196. “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

¹⁰ Constituição de 1988, Art. 1º “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.”

A problemática e perguntas de pesquisa desta tese foram elaboradas partindo destas constatações e objetivos. Desta maneira, três perguntas principais nortearão esta pesquisa: (1) como, no Brasil, se estabelece o processo de constitucionalização de direitos sociais à saúde pública? (2) como foi constituído o novo arranjo de poder em 1988 para que o Poder Judiciário pudesse tomar decisões referentes aos direitos sociais? e (3) quais as consequências deste nosso arranjo de poderes da atualidade para o caráter universal dos direitos sociais?

Tendo em vista a problemática desta pesquisa, esta tese apresentará quatro capítulos. O primeiro capítulo trará o estado-da-arte sobre os principais temas desta pesquisa, a saber: o constitucionalismo liberal e social, os três poderes no Brasil, com enfoque no Poder Judiciário e na saúde pública. Ainda neste primeiro capítulo, apresentaremos as teorias que fundamentarão a análise, que são o institucionalismo histórico e o institucionalismo da escolha racional, especificamente a teoria dos atores com poder de veto.

O segundo capítulo, por meio da análise das constituições de 1934 e 1946, discutirá a primeira etapa do processo de constitucionalização de direitos sociais à saúde pública no Brasil.

Esta revisão histórico-institucional tem por objetivo apresentar as diversas concepções de saúde pública e cidadania propostas nas constituições supramencionadas, comparando-as com as do texto de 1988. Também retomaremos e avaliaremos, nos textos constitucionais de 1934 e 1946, os poderes atribuídos ao Judiciário, especialmente no que diz respeito à efetivação de direitos trabalhistas. O objetivo desta retomada histórica é mostrar o modelo específico pelo qual os direitos trabalhistas são garantidos no Brasil, para que, no último capítulo, seja possível explicar em que medida os direitos à saúde pública assemelham-se a eles quando conquistados judicialmente.

No terceiro capítulo retomaremos a discussão sobre os três poderes no Brasil e realizaremos a análise das mudanças institucionais empreendidas pela Assembleia Constituinte de 1988 para que o Judiciário tivesse como prerrogativa tomar decisões sobre os direitos sociais à saúde pública. Nesse capítulo queremos compreender como o Poder Judiciário tornou-se um mecanismo institucional de efetivação dos direitos sociais à saúde pública. Além disso, queremos compreender como a entrada de novos atores na arena política, trazendo novas preferências para os debates constituintes, gera essas mudanças institucionais. Para isso, empreenderemos a busca das filiações partidárias e ideológicas dos atores políticos constituintes.

No quarto capítulo investigaremos, através de análise da jurisprudência, como o Poder Judiciário de fato vem exercendo seu novo papel, de tomador de decisões no que diz respeito aos direitos sociais à saúde pública e as implicações disso para a população no que diz respeito à perda da universalidade do acesso aos direitos sociais à saúde pública. O direito à saúde se insere nos chamados direitos de titularidade coletiva, mas perdem este caráter quando conquistados pela via judicial, equiparando-se aos direitos trabalhistas conquistados no caso concreto. Assim, queremos saber o que isso significa para efetivação do *status* de cidadania e da justiça social no Brasil.

Para operacionalizar esta tese, essa pesquisa será realizada a partir de pesquisa empírica, utilizando-se, para isso, três tipos de fontes. No segundo capítulo utilizaremos como fonte as constituições de 1934 e 1946. Pontualmente utilizaremos também a Constituição de 1891, mas apenas com fins comparativos. No terceiro capítulo utilizaremos os Anais da Constituinte de 1987-88, especificamente os Anais da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, e a própria Constituição de 1988. No terceiro capítulo a pesquisa empírica terá como base os acórdãos produzidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Capítulo 1

A Construção do Estado de Direito no Brasil: normatização e efetivação

Introdução

Neste capítulo serão apresentadas discussões com a literatura que dizem respeito aos objetivos dessa pesquisa. A temática histórico-institucional do constitucionalismo será retomada, com o objetivo de comparar as constituições liberais e sociais, de forma a demonstrar como o constitucionalismo social demandou, no Brasil, uma releitura das relações entre os três poderes, diferente daquela feita pela teoria clássica da separação de poderes.

Apresentaremos uma perspectiva comparada dos direitos sociais, introduzindo a literatura sobre esse tema e a problemática da efetivação dos direitos sociais. Discutiremos a questão da exigibilidade desses direitos e as prerrogativas dos três poderes em torná-los efetivos. Nesse contexto, apresentaremos a chamada judicialização da política e as transformações que ele impõe para a problemática da concretização de direitos sociais.

Por fim, traremos a discussão metodológica, trazendo a chamada Metodologia de Análise Constitucional, desenvolvida por Arantes e Couto (2006, 2008) e um debate sobre a teoria institucionalista em duas de suas vertentes: a histórica (SKOCPOL, 1992, 1995) e a da escolha racional (TSEBELIS, 2009), enfatizando como elas fundamentarão essa pesquisa a partir dos autores mencionados.

1. O Estado-da-Arte: constitucionalismo liberal e social, os três poderes no Brasil, saúde pública e neoinstitucionalismo.

A obra de Marshall (1967) é uma das mais importantes referências e contribuição para a Ciência Política no que diz respeito à construção histórica dos direitos. Em seus estudos sobre o surgimento dos direitos na Inglaterra, o autor os apresenta em uma linha cronológica: em primeiro lugar surgem, no século XVIII, os direitos civis; estes são seguidos pelos direitos políticos no século XIX e, finalmente, nascem os direitos sociais no século XX. A obra deste autor é fundamental para a compreensão de que os direitos são frutos de mudanças político-institucionais e que a cidadania é um fenômeno histórico.

Carvalho (2011) é um dos autores que percebem que esta sequência cronológica não pode ser aplicada ao caso brasileiro. O autor lê Marshall (1967) pensando na sociedade brasileira e apontando justamente as diferenças entre o processo histórico dos direitos na Inglaterra e no Brasil. A diferença de percurso na construção da cidadania seria distinta, por que, no Brasil, o processo seria inverso: os direitos sociais precederam os outros. Segundo Carvalho (2011), embora existisse, no Brasil, uma legislação que contemplasse os direitos civis e políticos, a própria herança colonial da sociedade brasileira, marcada pela escravidão e pela grande propriedade, sempre impediu que a cidadania civil e política fossem exercidas plenamente. Para o autor, a vigência precária dos direitos civis e políticos tiveram consequências nefastas também na legislação social, constitucionalizada em 1934. Os direitos sociais foram introduzidos em um ambiente de baixa participação política e tornaram duvidosa sua definição como uma conquista democrática e sua contribuição para a construção do status de cidadania. As conclusões de Carvalho (2011) apontam que os caminhos para a cidadania são distintos e que podem ocorrer retrocessos que não foram previstos por Marshall (1967). Assim, o grande mérito da obra de Carvalho (2011) é reconhecer que a concepção de política social da década de 30 era a de privilégio, não de direito. A obra de Carvalho (2011) é, de fato, um estudo magistral da história do reconhecimento dos direitos no Brasil. No entanto, o reconhecimento deles não implica sua garantia real. Falta, portanto, verificar o caráter de exigibilidade e os mecanismos de eficácia desta legislação, que é o que esta tese pretende fazer.

Marshall (1967) também se preocupou em compreender o papel específico de cada um dos três poderes no processo de construção de direitos na Inglaterra. Ele mostrou que, naquele país, os direitos civis vieram primeiro devido à existência de um Judiciário independente do Executivo, capaz de atender as demandas por liberdade civil. Os direitos políticos, por sua vez, foram consolidados pelos partidos e pelo Poder Legislativo. Os direitos sociais, finalmente, eram colocados em prática pelo Poder Executivo. O autor estabelece, portanto, como cada um dos três poderes foi fundamental para a efetivação dos direitos alcançados. Esta distinção será essencial para a realização desta pesquisa. Vamos relativizá-la no Brasil, analisando as maneiras pelas quais nossos textos constitucionais distribuem prerrogativas aos três poderes para a efetivação de direitos sociais.

Carvalho (2011) afirma que, diferentemente da Inglaterra, no Brasil a predominância do Executivo na implementação de direitos sociais foi nefasta. Ele aponta que o Executivo foi excessivamente valorizado, visto pela população como um distribuidor paternalista de direitos. O resultado desse arranjo foi a desvalorização do Poder Legislativo, pois se compreendia que a negociação direta com o governo, sem passar pela mediação da representação, era mais eficaz. Nesse contexto, o Poder Judiciário teria um caráter elitista e seria majoritariamente responsável pela garantia de direitos civis, tutelando, portanto, a propriedade privada.

2. Os Direitos Sociais em perspectiva comparada

A primeira pergunta dessa pesquisa, a saber: como, no Brasil, se estabelece o processo de constitucionalização de direitos sociais à saúde pública? - demanda uma retomada do processo de constituição de um Estado Social no país. Esta seção se dedicará a rever a literatura que traz apontamentos sobre esse tema.

Bonavides (2009) escreveu um dos textos mais clássicos sobre a construção do Estado Social. Seu foco é compreender como ocorreu a passagem do Estado liberal para Estado social, considerando como as duas grandes guerras demandaram mudanças nas legislações. A obra deste autor é bastante conceitual, tendo em vista que ele não estudou nenhuma nação especificamente.

De qualquer maneira, trata-se de uma importante obra para compreender o nascimento da legislação social brasileira, reconhecendo as particularidades deste processo. O autor aponta o contraste entre o pensamento socialista que se expandia e a crise do liberalismo e descreve o constitucionalismo social como uma forma de mediar este conflito, buscando atenuar a luta de classes e a desigualdade social por meio de um compromisso chamado Estado Social.

Neves (2009), ao analisar as mudanças constitucionais trazidas pela globalização, também descreve a trajetória histórica do constitucionalismo. O autor afirma que se trata de um movimento constituído no âmbito da filosofia jurídica, com forte influência dos movimentos revolucionários fundadores da pós-modernidade, como o Iluminismo, a Revolução Francesa e a Revolução de Independência Americana e que surgiu como uma reflexão e crítica da subordinação do direito ao poder. Essa subordinação baseava-se no poder exacerbado do soberano, fundamentado em um direito indisponível¹¹, sem uma limitação jurídica do poder, que sustentava um sistema político extremamente hierárquico e carente de procedimentos legislativos que garantissem um direito alterável e exigível, em seus aspectos civis e políticos.

O conceito de constitucionalismo nasceu, segundo Neves (2009), a partir de duas reivindicações. Em primeiro lugar, de um documento escrito que fosse superior à legislação ordinária em hierarquia. Em segundo lugar, de uma instituição capaz de inverter a relação supramencionada, ao subordinar o político ao jurídico, limitando o poder do soberano e tornando-o também subordinado ao direito.

Uma vez que as constituições têm como pretensão serem universais, referindo-se a todos os membros de determinada organização jurídico-política, ela deve, necessariamente, incluir o soberano como sujeito de direitos e obrigações. É, portanto, neste contexto revolucionário que surge, no século XVIII, o movimento constitucionalista, que passa a demandar o processo de diferenciação entre as esferas do direito e do político e, em seguida, fazer com que o segundo se sujeitasse ao primeiro.

¹¹ São considerados indisponíveis os direitos tutelados pelo Estado de forma peremptória, em que não há possibilidade do tutelado declinar contra.

Bobbio (1992), por sua vez, destaca que, no interior do constitucionalismo, emerge um novo modo de encarar a relação política, agora não mais predominantemente do âmbito do soberano, mas sim daquele do cidadão. Nesse contexto Bobbio afirma (1992, p.3): “(...) passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos dos cidadãos (...)”.

Bobbio et al (2004) enfatizam que o constitucionalismo implicou um processo de estatização do Direito e de juridificação do Estado; isto significou, em primeiro lugar, que o Direito passou a ser compreendido como um conjunto de regras definidas por aqueles que detêm o poder soberano, e, ao mesmo tempo, o Estado foi considerado um conjunto intrincado de regras que regula seu ordenamento. Nesta dialética as duas instituições, Direito e Estado, se legitimaram. Assim, reduziu-se o conceito de Estado – antes Estado Absolutista - uma vez que no interior do constitucionalismo não existe Estado senão como legitimado pelo ordenamento jurídico. De fato, o Estado contemporâneo é fundado num ato jurídico, que é a Constituição. O mesmo processo ocorreu no âmbito do Direito, porque este cada vez mais se torna Direito estatal, estabelecido mediante atos legislativos.

A primeira versão do constitucionalismo é liberal. Ela foi criada, portanto, para constituir instituições para um modelo de Estado que também é liberal. Bonavides (2009) aponta que a Revolução Francesa, ápice do constitucionalismo, por seu caráter de revolução burguesa, só poderia levar à consumação de uma ordem social cuja Constituição fosse o triunfo do liberalismo político. Assim, o constitucionalismo liberal proporcionava a ordem jurídica necessária para essa nova classe que assumia o poder econômico, principalmente por meio da proteção da propriedade privada pelo Estado e especialmente pelo Poder Judiciário.

Moraes Filho (1972) aponta que os dispositivos constitucionais presentes nos textos liberais que garantiam o Estado de Direito, tais como as limitações dos atos do poder público, as garantias do indivíduo diante do Leviatã, as liberdades públicas, os direitos públicos subjetivos, com a ação correspondente no judiciário e a plena autonomia da vontade no âmbito do direito público, serviam para o desenvolvimento e ascensão desta nova classe, que buscava o direito de gozar e usufruir da liberdade, dispondo à vontade do seu patrimônio e de sua atividade.

O constitucionalismo liberal tinha como principal preocupação a limitação do poder governamental através do império do direito e do governo dentro da lei, impedindo, dessa forma, que o sistema político se sobressaísse ao sistema jurídico, mas, pelo contrário, invertendo essa relação hierárquica. O liberalismo constitucional pode ser explicado, assim, como a busca de estratégias e mecanismos legais sobre a melhor maneira de manter a liberdade dentro do Direito contra o soberano. Dessa forma, a fonte do poder legítimo não repousa mais no centro do poder, mas sim no ordenamento jurídico. Como mostra Santos (1978), a lei agora deveria ser delegada para o centro do poder somente mediante mecanismos de representação política, pois não mais se justifica o poder divino do rei e seu consequente monopólio legislativo.

De acordo com Costa (1999), o liberalismo na Europa surge das lutas burguesas contra os abusos do poder monárquico, que impediam a produção, a circulação, o comércio e o trabalho livre. Assim, os liberais defendiam a doutrina do contrato social, através do qual a propriedade privada seria protegida contra o arbítrio dos soberanos. No plano constitucional, isso significava a soberania do povo, a supremacia da lei, os direitos civis, a divisão de poderes e a forma representativa de governo.

Wolkmer (2003) aponta que a cultura jurídica liberal, dos séculos XVII e XIX, é um enquadramento de um conjunto interativo de fatores: o modo de produção capitalista, a organização social burguesa, a projeção doutrinária liberal-individualista e a consolidação política da centralização estatal. Segundo o autor, isso implicou uma uniformização burocrática que foi capaz de suplantar a ordenação medieval, baseada na pluralidade dos sistemas jurídicos. Trata-se, portanto, de uma uniformização do Direito Ocidental.

Segundo Canotilho (2003) o constitucionalismo liberal significou o direito de defesa do cidadão contra o Estado, implicando, necessariamente, que o Estado deveria abster-se de invadir a autonomia privada. O governo se reduzia à preservação da propriedade privada e à preservação de direitos que diziam respeito à autodeterminação do indivíduo por meio da livre disposição sobre a sua pessoa e os seus bens. Assim, no âmbito dos direitos civis, os indivíduos poderiam dispor livremente de sua vontade através de contratos que regulariam os interesses de cada parte sem que o Estado tivesse que intervir.¹²

O constitucionalismo liberal, datado predominantemente entre os séculos XVIII e XIX, garantia a tutela de um bem jurídico fundamental para o Estado burguês: os direitos da liberdade. Tratava-se, segundo Vincent (1995), de defender a liberdade e a igualdade de direitos para que todos os cidadãos tivessem os mesmos privilégios. Os liberais, enfatiza o autor, tinham temor da possibilidade de ação arbitrária do Estado e, contra isso, defendiam a conservação de um corpo de normas e procedimentos formais que colocassem limites ao mesmo. Bobbio (1992, p.86), analisando a obra de Kant, define liberdade no contexto revolucionário francês:

Kant ligava diretamente o aspecto que considerava positivo da revolução com o direito de um povo a decidir seu próprio destino. Esse direito, segundo Kant, revelava-se pela primeira vez na Revolução Francesa. E esse era o direito de liberdade num dos sentidos principais do termo, ou seja, como autodeterminação, como autonomia, como capacidade de legislar para si mesmo, como a antítese de toda forma de poder paterno ou patriarcal, que caracteriza os governos despóticos tradicionais.

Os direitos, contudo, só poderiam ser tutelados através de uma instituição política cara ao liberalismo, que é a separação de poderes. Tratava-se da solução definitiva para o problema da limitação do poder do soberano, fundamento do movimento constitucionalista. Além disso, era a resolução dos problemas de representação política enfrentado pela burguesia.

¹²Segundo Venosa (2010), importante jurista na área do Direito dos Contratos, o liberalismo teria colocado a vontade como o centro de todas as avenças. Segundo Venosa (2010, p. 383): “A liberdade contratual permite que as partes se valham dos modelos contratuais constantes do ordenamento jurídico (contratos típicos), ou criem uma modalidade de contrato de acordo com suas necessidades (contratos atípicos).”

Bonavides (2009) enfatiza que, ao se dividir a soberania em uma pluralidade de poderes, se garantia a liberdade, pois à soberania unificada do absolutismo monárquico, se sobrepõe uma soberania parcelada, dividida, que protege o indivíduo do Estado e estabelece um governo submetido ao Direito.

A própria Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Constituinte Francesa de 1789, em seu artigo 16º já demonstrava isso: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição”. Ou seja, todas as constituições deveriam estar fundamentadas sobre a estrutura da separação dos poderes e dos direitos da liberdade.

James Madison, um dos fundadores do constitucionalismo liberal-democrático nos Estados Unidos, enfatiza a centralidade da teoria da separação dos poderes para a garantia da liberdade. É o que podemos notar em um dos artigos Federalistas (MADISON, 1984, p.51):

Não há verdade política de maior valor intrínseco, ou escorada por melhores autoridades, do que aquela em que esta objeção se funda: a acumulação dos poderes Legislativos, Executivo e Judiciário nas mãos de um só indivíduo, onde só uma corporação, seja por efeito de conquista ou de eleição, constitui necessariamente a tirania.

O constitucionalismo liberal propunha um modo peculiar de olhar o problema dos direitos. Segundo Vincent (1995), o direito – em sua concepção liberal - fornecia a estrutura principal na qual os indivíduos tinham seus interesses protegidos. Por meio da livre vontade contratual, o Estado só poderia intervir nos casos em que uma das partes do contrato não o cumpre devidamente. Isso implicava que a lei não deveria interferir nas escolhas particulares dos indivíduos e, portanto, pobreza, desigualdade econômica e desemprego não eram questões que mereciam a tutela do Estado. A desigualdade da sociedade de mercado é negada pelas constituições liberais. Somente a igualdade de direitos civis perante a lei era fundamental, pois, dentro desse sistema de pensamento, a igualdade econômica e social abala o individualismo do mercado e, portanto, destrói a liberdade. Qualquer mecanismo ou estratégia criada para proteção dos hipossuficientes poderia ameaçar o direito à propriedade privada da burguesia.

Os constitucionalistas liberais compreendiam que a busca da igualdade econômica conduz a um Estado totalitário e, portanto, a liberdade está em desacordo com a igualdade. A única igualdade que pode conviver com a liberdade é a jurídica, mas não a social e econômica. O direito de propriedade, pelo contrário, merecia a tutela da lei, principalmente através do fim de regulamentos que, segundo Costa (1999), inibiam o comércio e a produção. Contra eles, o constitucionalismo liberal defendia a liberdade de comércio e de trabalho.

Pulido (2010, p.145) descreve o funcionamento da lógica liberal burguesa:

O pensamento burguês pressupõe que a sociedade está integrada por indivíduos dotados de um elevado grau de poder; de adultos, aptos para o trabalho, capazes de satisfazer por si mesmos suas necessidades e de empreender projetos úteis para seus interesses. A única necessidade que tem este conjunto de indivíduos, exitosos e autônomos no sentido kantiano, é a de se proteger contra ataques externos. A crença na auto-suficiência do homem permite fundamentar um sistema de direitos composto exclusivamente por obrigações de abstenção, que busca proteger o sujeito de toda intervenção exterior.

Assim, as constituições liberais não tinham como tradição apresentar dispositivos veiculadores de direitos sociais. Segundo Moraes Filho (1972), os textos liberais apresentavam, de forma genérica, apenas dispositivos descrevendo a forma do Estado, a forma dos órgãos do governo, os limites dos direitos do Estado, suas funções e competências, a esfera própria da administração pública, bem como as relações entre os interesses individuais e coletivos e seus respectivos limites e garantias.¹³

¹³ Podemos observar o que está sendo dito por meio de uma breve citação dos sete artigos da Constituição Americana – a primeira Constituição democrático-liberal - na época de sua promulgação. São eles:

1. Legislativo bicameral.
2. Executivo nacional – um presidente cujo tempo de mandato e poderes eram expostos.
3. Judiciário nacional investido numa Suprema Corte.
4. Relações entre os Estados.
5. Delineava os processos pelos quais futuras emendas poderiam ser acrescentadas à Constituição.
6. Evocação de dívidas estaduais incorridas antes da Constituição e supremacia da Constituição.
7. Descrevia numa única frase o processo por que a Constituição deveria ser ratificada – pelos estados.

A doutrina constitucionalista liberal penetra no direito positivo sob a forma de Estado de Direito. Suas primeiras manifestações estão na Declaração da Filadélfia de 1776, na Constituição Americana de 1787, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e nas constituições francesas da última década do século XVIII.

3. O constitucionalismo liberal e social no Brasil

O conceito de constitucionalização que utilizaremos aqui é o de Canotilho (2003, p.378), segundo o qual:

Designa-se por constitucionalização a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário. A constitucionalização tem como consequência mais notória a proteção dos direitos fundamentais mediante o controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos reguladores destes direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos e interpretados e aplicados como *normas jurídicas vinculantes* e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes declarações de direitos.

O constitucionalismo liberal, afirma Bonavides (2010), criou a utopia de um Estado humanizado, que tutela os direitos de todos e está, ele mesmo, subordinado a esse direito. Tratava-se do ideal de liberdade dos revolucionários franceses positivado no Direito Constitucional. Dessa forma, o direito definia-se exclusivamente por aquilo que estava formalmente positivado no ordenamento jurídico. A igualdade, defendida pelos revolucionários, celebrava-se através da generalidade e impessoalidade da Constituição, que determinava que todos fossem iguais perante a lei. Na prática, o ideal de igualdade fora deixado de lado, na expectativa de que o mercado, por ele mesmo, fosse capaz de realizá-lo.

De acordo com Moraes Filho (1972), já no século XVIII temos manifestações de caráter liberal no Brasil. A Inconfidência Mineira de 1789, a Inconfidência Carioca de 1794, a Conjuração Baiana de 1789 e a Revolução Pernambucana de 1817 são exemplos de movimentos que buscavam a garantia dos direitos individuais e a cessação dos abusos do poder dominante, especialmente aquele exercido de Portugal sobre sua colônia.

O autor também aponta que a Constituição Espanhola de Cádiz de 1812, primeiro documento constitucional aprovado na Península Ibérica, foi de grande influência para o surgimento de liberalismo constitucional no Brasil, servindo de intermediária entre o constitucionalismo revolucionário e os povos do Novo Mundo.

Segundo Costa (1999) o liberalismo europeu surgiu como revolta contra o absolutismo monárquico e, no Brasil, como luta contra o colonialismo português. Para a autora, liberdade e igualdade no Brasil significam combates aos monopólios e às restrições impostas pelos portugueses à produção e circulação de mercadorias. Novamente, temos aqui críticas a um modelo de Estado que impede a iniciativa privada. Assim, o liberalismo no Brasil foi a justificativa teórica que proprietários de terra, clero e comerciantes utilizaram em prol da emancipação política do país.

Dom Pedro I, no início do século XIX, já expede dois decretos leis no espírito do liberalismo constitucional. O primeiro dava garantias à propriedade privada dos cidadãos e o segundo garantia a liberdade pessoal. São os primeiros passos do próprio Estado no sentido da existência de um Estado Constitucional Liberal no Brasil.

De acordo com Costa (1999) a Assembleia Constituinte de 1822, que deveria fundar um pacto para o Brasil agora independente, encontrou sua fonte de inspiração no liberalismo europeu. A desconfiança por parte dos constituintes do absolutismo monárquico fez com criassem dispositivos constitucionais para restringir o poder do Imperador, ampliando a esfera do poder legislativo em detrimento do poder real. A historiografia, aponta, contudo, a breve vida da constituinte através da intervenção do Imperador e da outorga de um texto constitucional que dava ao mesmo o Poder Moderador, ou seja, o poder de ingerência sobre todos os outros poderes.

A autora afirma, ainda, que o constitucionalismo liberal brasileiro só pode ser entendido com referência à realidade brasileira, pois, apesar de importado como doutrina da Europa, ele foi ajustado às necessidades nacionais. O liberalismo brasileiro precisou, segundo Costa, conviver com a posição periférica brasileira no mercado internacional, o sistema de clientela e patronagem, a escravidão e o atraso da revolução industrial.

Arantes e Couto (2008) apontam que a primeira constituição republicana brasileira, a de 1891, obedeceu ao figurino liberal do século XIX, já que se concentrava em estabelecer basicamente as regras do jogo político e as definições de Estado e Nação, com profunda inspiração na Constituição Americana. No que diz respeito aos direitos, só apresenta direitos civis e políticos. Essa Constituição fundou um pacto político liberal-oligárquico, onde os interesses sociais estavam submetidos aos interesses das oligárquicas cafeeiras. Os autores comparam nossas primeiras constituições. Eles apontam que a Constituição de 1824 foi capaz de introduzir três direitos de cunho social, enquanto a de 1891 reduz esse número a zero.¹⁴

A Constituição de 1891 não é o único documento jurídico liberal no Brasil. Segundo Venosa (2010) o Código Civil de 1916, que fora elaborado ainda no século XIX, estava preso às aspirações filosóficas de seu tempo. Para o autor, não resta dúvidas que o Código de 1916 era de clara inspiração liberal, pois as questões de justiça social e de disciplina coletiva não faziam parte do Código.¹⁵

No início do século XX, contudo, um novo modelo de constitucionalismo começa a ser gestado, tanto na Europa quanto no Brasil. Esse novo modelo surge das críticas ao constitucionalismo liberal e propostas de rupturas nascem com os movimentos sociais, ainda que precursoras, mas pioneiras no reconhecimento da heterogeneidade social e da necessidade de sua garantia jurídica. Elas são chamadas, de acordo com Neves (2010), de direitos ao dissenso.

Courtis (2010) aponta que os direitos sociais ingressam na semântica constitucional no período entre guerras, devido às crises econômicas que atingem Estados Unidos e Europa, mas apenas posteriormente são objeto, de fato, de dispositivos de textos constitucionais.

¹⁴A Constituição de 1824, em seu artigo 179, inciso XXXI afirma: “A Constituição também garante os socorros públicos”. No inciso XXXII, determina: “A Instrução primaria, e gratuita a todos os Cidadãos.”. E, em seguida, no inciso XXXIV: “Colégios, e Universidades, aonde serão ensinados os elementos das Ciências, Belas Letras, e Artes.” E, no inciso XXII, brevemente reduz o uso da propriedade privada: “É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A Lei marcará os casos, em que terá lograr esta única exceção, e dará as regras para se determinar a indenização.” (Não mantivemos a grafia da época para facilitar a leitura).

¹⁵ Venosa (2010) aponta que o mesmo não se pode dizer do atual Código Civil, de 2002, que abre espaço para o intervencionismo estatal e para a publicização do direito privado.

Assim, afirma Bonavides (2009), o liberalismo, tido como doutrina de Estado, morre com a primeira fase do capitalismo e o Estado Social começa a surgir como alternativa. A doutrina liberal, afirma Bonavides (2010), acaba por se enrijecer na sua fúria antissocial e entra em crise por não conseguir responder aos problemas levados até ele pela esfera econômica. A liberdade civil não era suficiente e a liberdade política somente era inoperante, porque não respondia às contradições sociais da massa proletária e às camadas heterogêneas da população. A crise da bolsa de valores de Nova Iorque é a expressão material do que já se transformava no plano das ideias.

Segundo Costa (1999), as críticas ao liberalismo apareceram na Europa na primeira metade do século XIX, pois se tornou claro que uma oligarquia do capital (ou seja, a burguesia) estava substituindo a oligarquia de linhagem, que era a monarquia. Sobre isso afirma Costa (1999, p. 133):

Os direitos retoricamente definidos como universais converteram-se, na prática, em privilégios de uma minoria detentora de propriedades e de poder. Por toda parte as estruturas econômicas e sociais impuseram limites ao liberalismo e definiram as condições de sua crítica.

Canotilho (2003) aponta que as próprias teorias socialistas colocaram em relevo a necessidade de substituir os tradicionais direitos do cidadão burguês contemplado pelas constituições liberais pelos direitos do homem total. O autor continua dizendo que, muito embora o Estado Social não tenha aderido às doutrinas socialistas, ainda sim ele exprime a necessidade de garantir direitos ao homem nos planos social, econômico e cultural. Por outro lado, bastante diferente das ideias socialistas, surgem as propostas de John Maynard Keynes, que percebe a pluralização do poder e a necessidade de regularização do mercado por meio do Estado.

Bercovici (2008) aponta que o Estado do século XX produz novos atores sociais, que colocam em crise o equilíbrio pretendido pela ordem liberal e começam a demandar mudanças em seu *status* jurídico. Nesse contexto, o Estado se torna um campo em constante conflito, justamente porque precisa abranger esses novos atores, em busca de novos nexos e de uma nova semântica que diga respeito a todos. O autor aponta, ainda, que a política econômica e social do Estado precisa agora abranger novos setores e ganha uma característica heterogênea, que havia sido negada pelo caráter monolítico do liberalismo constitucional clássico. Assim, afirma Bercovici (2008, p.290): “(...) o antagonismo ingressou no sistema político”.

Diante dos novos atores sociais, as constituições deixam de ser documentos jurídicos pacíficos, enfatiza Bercovici (2008), pois agora elas abrangem questões sociais e econômicas, para gerar legitimidade para esse novo sistema e manter a adesão de todos os grupos. As constituições deixam de ser meramente estatais, para serem políticas.

Assim, nasce um modelo de Estado pautado pelo intervencionismo, mas que mantém intactos os fundamentos do capitalismo, procurando resolver a antítese indivíduo-liberdade através de contratos sociais constitucionais que incluem direitos sociais em seus dispositivos. Trata-se do reconhecimento de que o capitalismo não pode prescindir do Estado e de que este não pode ignorar as massas para sempre.

De acordo com Bonavides (2010) a preocupação suprema do constitucionalismo liberal é a própria norma e a legitimidade do ordenamento político, já que ele surge como superação de um sistema político sem juridicidade, que era o Absolutismo monárquico. Já para os defensores do constitucionalismo social, a apologia é feita à justiça, baseada no princípio igualitário.¹⁶

¹⁶O preâmbulo da Constituição de 1988 aponta essa preocupação do constitucionalismo social: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” Em comparação, a Constituição de 1891, exclusivamente liberal, traz o seguinte em seu preâmbulo: “Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte (...)”.

Bercovici (2004) aponta que as Constituições elaboradas no pós I Guerra Mundial refletem essa crise, pois, justamente com os tradicionais direitos liberais, elas trazem o que o autor chama de direitos de prestações, que são os direitos sociais. Esses direitos são aqueles relacionados ao princípio da igualdade material, que dependem da ação direta ou indireta do Estado para atingirem os cidadãos. E, de fato, tais direitos encontram-se em um processo contínuo para a concretização de seu conteúdo através de tomadas de decisão políticas.

Bonavides (2010) diz ainda mais, afirmando que o Estado Social é uma estratégia de sobrevivência da burguesia, por meio da distribuição de justiça entre todas as classes e da conciliação de interesses, através da constitucionalização de direitos sociais.

Assim, no plano constitucional, o Estado Social significa que novos bens jurídicos passaram a ser considerados como dignos de receber tutela do Estado: os direitos sociais. Até então, os bens tutelados pelo Estado diziam respeito aos direitos individuais. Agora, isso se amplia. Na verdade, a inclusão de direitos sociais em textos constitucionais implicou uma ruptura filosófica da compreensão do homem e da sociedade.

Bobbio (1992) argumenta que ocorre a passagem da consideração do indivíduo humano, encarado de forma singular, para sujeitos diferentes do indivíduo. Isso implica que agora o Estado deve garantir a tutela da família, das minorias étnicas e religiosas, dos idosos, das crianças, dos deficientes físicos, etc. O homem específico, tomado na diversidade de seus diversos âmbitos dentro da sociedade, é que deve ter seus interesses tutelados pelo direito. Assim, de acordo com Bonavides (2009, p.186):

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de liberal.

Bonavides (2009) enfatiza que o Estado social, garantidor de novos bens jurídicos, que são os direitos sociais, surge a partir da busca de uma resposta para a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social. Os direitos civis e políticos estavam tutelados nas constituições liberais, mas eles nada tinham a dizer sobre o âmbito econômico e social. Assim, começam a surgir textos constitucionais que incorporavam capítulos contendo direitos sociais, tutelando, portanto, novos bens jurídicos. O Estado Social, de acordo com Bonavides (2010), deriva de mutações pacíficas do próprio elemento constitucional da sociedade, que decorrem da acomodação lenta de interesses políticos e sociais.

Bonavides (2010) afirma que o Estado Social se consolida em uma apologia à igualdade, sacrificando o mínimo possível das franquias liberais. E ele faz isso propondo a intervenção na economia, sem, contudo, modificar os estatutos essenciais da liberdade humana. Dessa forma, configura-se um Estado que procura recriar dentre as crises e recessões da ordem capitalista, sem, contudo, comprometê-la. É um Estado de economia de mercado, mas fundamentado no dirigismo e na tutela da mesma.¹⁷

Os direitos sociais surgem, portanto, a partir do reconhecimento da necessidade de inclusão dos hipossuficientes e da integração da diversidade no ordenamento jurídico.

As revoluções iniciadas no século XVIII implantaram um constitucionalismo sustentado pelos direitos fundamentais à liberdade. As constituições que surgiram após as crises do capitalismo a partir de então passam a se sustentarem no argumento da igualdade, através da repartição dos bens sociais. Em uma breve análise comparativa podemos dizer que os chamados direitos liberais têm como proposta garantir uma esfera de autonomia aos indivíduos e, sobre esta, o Estado não pode intervir. Por outro lado, afirma Courtis (2010) os direitos sociais são orientações para ação legislativa e administrativa e demandam fortemente instituições estatais para se tornarem eficazes.¹⁸

¹⁷ A Constituição brasileira de 1988 é prova disso, como aponta o artigo 170, nos incisos II e III: Art. 170. “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: II - propriedade privada; IV - livre concorrência;”

¹⁸ Há uma importante discussão em torno da publicização do direito privado, que discute a crescente intervenção estatal, cujo objetivo é solucionar situações de direitos estruturais. Embora reconheçamos a importância dessa discussão, por questões temporais, ela não será feita neste trabalho.

As primeiras constituições sociais surgem no século XX, mas já na Prússia, entre 1883 e 1889, aparecem as primeiras leis de caráter social, segundo Bobbio et al (2004). Tratava-se do sistema de seguro obrigatório contra os infortúnios do trabalho, as doenças de invalidez e da velhice. Também na Inglaterra, entre 1905 e 1911, instituiu-se o seguro nacional de saúde, um sistema fiscal e o reconhecimento de direitos sindicais.

O constitucionalismo social, de fato, nasce com a Constituição mexicana de 5 de fevereiro de 1917. Herrera (2010) aponta que os constituintes mexicanos reconheciam que, ao constitucionalizar direitos sociais, estavam superando os moldes tradicionais da ciência do direito. De fato, para os constituintes não era possível pensar em direitos sociais sem uma limitação correlata do direito de propriedade.¹⁹

O grande marco do constitucionalismo social foi, contudo, a Constituição alemã de Weimar, de 1919, que reconhece direito a grupos sociais que até então não tinham seus interesses específicos tutelados pelo Estado e, assim como a Constituição mexicana, coloca limites à propriedade privada, subordinando-a ao serviço do mais alto bem comum. De acordo com Bercovici (2004a) a Constituição de Weimar celebrava o compromisso com o social ao submeter o individualismo liberal ao serviço da coletividade e ao proteger os direitos individuais na medida em que cumpriam seu dever social. O pacto político estabelecido em Weimar procurava substituir a luta de classes pela colaboração das classes e, segundo Bercovici (2008), constituía um compromisso de um sistema político pluralista. Assim, o problema fundamental trazido pelo debate da Constituição de Weimar e que subjaz toda a discussão da constitucionalização de direitos sociais é da democracia de massas.

¹⁹ O artigo 27, da Constituição Mexicana de 1917, afirma, no que dizia respeito à propriedade privada: “The Nation shall at all times have the right to impose on private property such limitations as the public interest may demand, as well as the right to regulate the utilization of natural resources which are susceptible of appropriation, in order to conserve them and to ensure a more equitable distribution of public wealth. With this end in view, necessary measures shall be taken to divide up large landed estates; to develop small landed holdings in operation; to create new agricultural centers, with necessary lands and waters; to encourage agriculture in general and to prevent the destruction of natural resources, and to protect property from damage to the detriment of society. Centers of population which at present either have no lands or water or which do not possess them in sufficient quantities for the needs of their inhabitants, shall be entitled to grants thereof, which shall be taken from adjacent properties, the rights of small landed holdings in operation being respected at all times.” Esse artigo é de fundamental importância devido à estrutura agrária do México e consagra princípios da reforma agrária.

Os direitos sociais passam a fazer parte da maior parte das cartas constitucionais ocidentais depois do pós-guerra e, internacionalmente, estão incluídos no rol dos direitos humanos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro 1948²⁰ e, antes disso, pode-se considerar que faziam parte da Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 13 de abril de 1948 e da Carta das Ligas das Nações de 26 de junho de 1945.²¹

No Brasil, somente com a constitucionalização de direitos sociais realizada em 1934, é criada uma legislação precisa sobre direitos sociais que, timidamente, procurava criar estratégias de modificação da sociedade.

Esse processo não está, contudo, isento de conflitos. Gomes (1981) aponta o conflito entre liberalismo e antiliberalismo no debate constitucional, principalmente no que dizia respeito à uma reforma anti-oligárquica. O antiliberalismo foi claramente defendido pelos tenentes, que procuravam apresentar um modelo de Estado centralizador, com poderes intervencionistas na área econômica e social. Para esse setor, tratava-se de questionar o liberalismo da Constituição de 1891 porque a democracia só poderia ser assegurada no campo das reformas socioeconômicas. Por outro lado, os setores oligárquicos defendiam princípios políticos liberais, para a manutenção do poder que mantiveram durante a Primeira República. Eles propunham uma avaliação dos motivos que levaram ao desvirtuamento dos princípios de 1891 e a recuperação de seu real significado.

²⁰Como exemplo de direito social incluído na Declaração Universal dos Direitos Humanos, apontaremos o Artigo XXV: “1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.”

²¹ Em Albergaria (2011) há também uma abordagem da passagem do Estado Liberal para o Social. No entanto, como essa abordagem está pautada na teoria marxista escolhemos não incluí-la ao texto. Não estamos, em momento algum, dizendo que essa abordagem não é relevante para a teoria política, apenas afirmamos que ela não é compatível com a teoria que utilizaremos aqui, que é o institucionalismo histórico discursivo. Assim, conforme Albergaria (2011, p.195): “Principalmente com o final da Primeira Guerra Mundial, os Estados começaram a impor normas jurídicas disciplinando essa nova relação trabalhista. A ideia do liberalismo total, onde a vontade de contratar deveria ser soberana foi deixada de lado. Pelas influências das doutrinas socialistas e comunistas, as normas trabalhistas deveriam ser impositivas, isto é, prevaleceriam sobre a vontade das pessoas.”

A defesa do Estado como tendo um papel ativo no que dizia respeito a assuntos econômicos e sociais, afirma Gomes (1981), não entrava em contradição com o liberalismo defendido por muitos constituintes, tanto que Arantes e Couto (2008) consideram a Constituição de 1934 como um documento jurídico de ordem liberal-democrático.

Assim, ainda conforme Gomes (1981), a nacionalização de certas atividades econômicas, a presença do poder público na construção de algumas indústrias básicas, a presença do Estado no mercado do trabalho, não são considerados maneiras de contradizer a ordem liberal desejada. No entanto, aponta Bercovici (2010), a Constituição questiona essa ordem ao ser elaborada como um projeto que se amplia para todas as relações sociais, ao deixar de representar apenas uma classe dominante, ou seja, as oligarquias, para ser um espaço onde ocorre a disputa político-jurídica.

De fato, segundo Bercovici (2010), a Constituição de 1934 é basicamente o processo de constitucionalização dos decretos-lei emitidos pelo Governo Provisório, que foram supramencionados.²² Diniz aponta ainda que a política social da década de 30 é de caráter *bismarkiano*, que consiste em um sistema de seguros sociais de caráter obrigatório. Trata-se de um modelo que legislava quase que exclusivamente sobre questões trabalhistas e previdenciárias e que privilegiava os trabalhadores urbanos.

A literatura supramencionada, que estuda a gestação do constitucionalismo social no Brasil, destaca-se pela percepção das contradições que marcaram esse processo.

²²Podemos exemplificar o que foi exposto por Bercovici (2010) através do Decreto nº 21.417, de 17 de Maio de 1932, expedido pelo Governo Provisório de Vargas. O Art. 2º do mesmo determina: “O trabalho da mulher nos estabelecimentos industriais e comerciais, públicos ou particulares, é vedado desde 22 horas até 5 horas.” Sobre isso, determinada a Constituição de 1934 no seu Art. 121, § 1º, d) “proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres;”

O Ministério da Educação e Saúde Pública também é um Decreto (Decreto no 19.402, de 14 de novembro de 1930) do Governo Provisório. Em 34, a Educação e Saúde passam a ser garantidas constitucionalmente. No artigo 149, por exemplo, observamos: “A educação é direito de todos e deve ser ministrada, pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no País, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana.” E sobre a saúde: art. 10: “Compete concorrentemente à União e aos Estados: II - cuidar da saúde e assistência públicas;”

Reconhece-se, por um lado, a exclusão de atores sociais, a sobreposição do Estado sobre a sociedade, a acomodação de interesses, a busca para evitar conflitos e, por outro, os grandes avanços conquistados em termo de direitos trabalhista e previdenciários, bem como a criação de instituições para garanti-los (VIANNA, 1978 e CARDOSO, 2004). A lacuna deixada por essa literatura diz respeito à problemática da efetivação desses direitos e os mecanismos institucionais que foram elaborados para que eles fossem cumpridos. No próximo capítulo discutiremos estas questões nas demais constituições brasileiras.

Para a compreensão da passagem do constitucionalismo liberal para o social no Brasil, Arantes e Couto (2008) desenvolveram o que denominaram a Metodologia de Análise Constitucional. Os autores criaram categorias que nos possibilitará caracterizar, no interior de um texto constitucional, os diversos dispositivos presentes nele. Os autores definiram que a *polity* democrática contém quatro pilares, presentes nos textos constitucionais. O primeiro pilar requer a existência de um Estado e de uma nação. No plano constitucional, trata-se dos dispositivos que definem a organização básica de um Estado.²³ Arantes e Couto (2006) definem, basicamente, em que se constitui esse primeiro pilar da *polity* democrática: a definição do regime político, o território daquela nação, a organização federativa ou unitária do Estado, o exercício do poder político pelos cidadãos, a nacionalidade e o modelo de aparato estatal.

²³ Vamos mostrar, apenas para exemplificar, alguns dispositivos desse primeiro pilar apontado por Arantes e Couto (2008) em algumas constituições brasileiras. O texto constitucional de 1891, por exemplo, traz um dispositivo nesse modelo em seu artigo 1º “A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil.” A Constituição de 1934, em seu artigo 3º faz o mesmo “São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si.”

O segundo pilar da *polity* democrática apresenta os dispositivos contendo os direitos individuais fundamentais, os chamados direitos civis e direitos políticos, que protegem o cidadão da arbitrariedade do Estado²⁴ e possibilita que este possa exercer influência sobre as ações do Estado e seus efeitos na sociedade. O terceiro pilar da *polity* democrática diz respeito às regras de funcionamento do sistema político, que se referem a conjuntos de procedimentos, desde o processo de competição política, as relações entre os poderes, até as normas de funcionamento da burocracia.²⁵

Uma constituição que veicule dispositivos contendo normas referentes aos três pilares supramencionados, afirmam Arantes e Couto (2006 e 2008) faz parte de uma concepção minimalista de texto constitucional, que dizem respeito ao modelo de constitucionalismo liberal do qual viemos falando, advindos dos séculos XVIII e XIX, das tradições inauguradas por Locke e Montesquieu, no plano doutrinário, e pelas revoluções francesa e americana. Esses pilares dizem respeito à tutela do poder do Estado pelo próprio direito e pela manutenção da liberdade, especialmente de obter e manter propriedade privada, da classe burguesa.

Uma classificação maximalista de constituição, ainda segundo Arantes e Couto (2006), inclui um quarto pilar da *polity* democrática, que se funda sobre a necessidade de impor obrigações positivas ao Estado para garantir o mínimo de igualdade material entre os homens e o acesso ao bem-estar.

²⁴Na Constituição de 1946, podemos observar um exemplo de direito civil, garantido no texto, no artigo 141: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...)” Na Constituição de 1988 podemos observar um exemplo de direito político, em seu artigo 14: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: (...)”.

²⁵ Podemos observar um exemplo do terceiro pilar da *polity* democrática na Constituição de 1934, no artigo 23 § 1º: “O número dos Deputados será fixado por lei: os do povo, proporcionalmente à população de cada Estado e do Distrito Federal, não podendo exceder de um por 150 mil habitantes até o máximo de vinte, e deste limite para cima, de um por 250 mil habitantes; os das profissões, em total equivalente a um quinto da representação popular. Os Territórios elegerão dois Deputados.”.

Assim, as constituições passam, no século XX, a apresentar dispositivos veiculadores de direitos sociais como forma de assegurar a cidadania e a adesão de todos ao pacto democrático. Arantes e Couto (2006) apontam que a elevação desses direitos ao nível constitucional significa considerar que eles são condições essenciais para o funcionamento do regime democrático, pois são tais direitos que sustentam a aderência social ao pacto político fundado pela constituição.

O modelo proposto por Arantes e Couto (2006) já havia sido proposto de maneira semelhante por Hans Peter Schneider. Segundo Bercovici (2004), Schneider afirma que a Constituição possui três dimensões. A primeira delas é a dimensão democrática, que diz respeito à formação da unidade política. A dimensão liberal refere-se à coordenação e limitação do poder estatal. Finalmente, a dimensão social trata da configuração social das condições de vida.

Esse método nos possibilitará, de maneira quantitativa, mostrar como o número de direitos sociais foi aumentando e se diferenciando ao longo da nossa história constitucional e nos possibilitará analisar quais estratégias para a efetivação desses direitos foram sendo elaboradas.

4. As prerrogativas dos três poderes na efetivação de direitos sociais e a judicialização da política

Para que seja possível responder a segunda pergunta dessa pesquisa, a saber: como foi constituído o novo arranjo de poder em 1988 para que o Poder Judiciário pudesse tomar decisões referentes aos direitos sociais, é necessária a retomada das prerrogativas constitucionais dos poderes Executivo e Legislativo no que diz respeito à efetivação de direitos sociais. Este, portanto, é o objeto desta seção.

A discussão sobre a efetivação dos direitos sociais diz respeito às prerrogativas atribuídas aos três poderes para tomar decisões e legislar sobre este tema. Carvalho (2011) afirma que a garantia da vigência dos direitos sociais sempre dependeu da existência de uma eficiente máquina administrativa do Poder Executivo, capaz de formular políticas públicas que os efetivem. Esta afirmação implica que o Executivo foi tido como a instituição privilegiada para formular políticas sociais.

No entanto, a atividade legislativa, segundo a teoria clássica da separação dos poderes, é prerrogativa intrínseca do Poder Legislativo. No Brasil, as constituições sempre atribuíram poderes legislativos ao Executivo, tornando-o parte do processo decisório e criando canais de comunicação entre Legislativo e Executivo. A literatura que discute as relações entre os poderes tem apontado para o fortalecimento do Executivo e sua predominância diante do Legislativo no Brasil. Segundo Boschi e Lima (2003) é notória a centralidade do Poder Executivo na engenharia institucional republicana no Brasil desde a década de 30, quando os direitos sociais foram constitucionalizados. No que diz respeito às políticas públicas de saúde, sempre coube ao Executivo determinar as metas prioritárias, a maneira de implementá-las e o orçamento necessário. Seu papel também foi o de determinar o que deve ser providenciado para a consecução do plano elaborado.

Limongi et al (1999) enfatizam a assimetria entre o Executivo e o Legislativo, devido ao poder de agenda atribuído ao Executivo pela Constituição de 1988, fato que possibilita uma atuação concentrada neste poder, em detrimento do Legislativo. Este aspecto se reflete nas políticas públicas. Diante da hipertrofia do Executivo, o Legislativo perde autonomia na formulação de políticas públicas. Segundo Vianna et al (1999, p.60): “A centralização do processo decisório reduz a influência dos parlamentares, limitando o acesso a recursos que lhes permitam garantir benefícios para suas clientelas.” Nesta tese queremos discutir como esse enquadramento institucional se reflete na diminuição do potencial do Congresso em elaborar políticas públicas para a saúde, especialmente diante do fato de que o Executivo tem o monopólio de iniciativa legal de regulação em matérias orçamentárias.

Santos (2003) aponta que, desde 1946, a relação entre Executivo e Legislativo no Brasil se caracteriza por um arranjo institucional denominado presidencialismo de coalizão. A única exceção teria sido durante a ditadura militar.

O autor mostra que, desde 1988, o Executivo controla um conjunto de instrumentos que lhe possibilitam intervir no trabalho legislativo. Isto é possível devido às negociações com líderes partidários que são capazes de disciplinar o comportamento em plenário de seus membros. A moeda de negociação são cargos e verbas orçamentárias, que o governo troca por votos durante a legislatura. Santos (2003) argumenta que o sistema político brasileiro passou por uma mudança institucional em 1988, que transfere poderes decisórios para o Poder Executivo e incrementa sua capacidade de superar obstáculos congressuais à implementação de políticas. Como consequência, há um aumento da disciplina partidária nas votações no Congresso. Santos (2003) analisa a distribuição de poderes formais no sistema político brasileiro feito pela Constituição de 1988, enfatizando o Executivo e o Legislativo. Nesta tese, estenderemos a análise para o Judiciário.

A literatura mais recente tem apontado, contudo, o crescimento do papel do Judiciário na tomada de decisões no Brasil. Vianna, Burgos e Salles (2007) apontam para o fortalecimento do papel do juiz, que se torna protagonista direto da questão social. Os autores afirmam que este novo arranjo institucional contraria a pesada tradição da teoria da separação de poderes e do constitucionalismo liberal, pois os juízes, cada vez mais, ocupam lugares reservados às instituições especializadas da política – o Executivo e o Legislativo. O juiz, nesse sentido, se coloca na situação inédita de um legislador implícito, com repercussões na vida republicana e nas relações entre o três poderes. No que diz respeito à saúde, questiona-se se o juiz é competente para tomar decisões que seriam típicas de políticas públicas, ao fazê-lo, não estaria adquirindo prerrogativas que a doutrina tradicional não teria atribuído a ele.

Cittadino (2003) argumenta que a ampliação do controle normativo do Poder Judiciário transforma de forma problemática o princípio da separação dos poderes e da neutralidade política desta instituição. Neste novo arranjo institucional os juízes recebem certa responsabilidade democrática, atuando no que diz respeito à garantia dos direitos à cidadania. A Constituição de 1988, segundo Cittadino (2003) rompe com a tradicional cultura jurídica brasileira, resgatando a força do direito para efetivar o sistema de direitos constitucionalmente assegurados. A autora enfatiza, contudo, que embora a atuação do Poder Judiciário em efetivar direitos seja fundamental, é preciso que esse protagonismo seja compatível com o constitucionalismo democrático.

Ao analisar a necessidade de reforma do Poder Judiciário no Brasil no período pós-88, Sadek (2004) faz um balanço das inovações que a Constituição de 1988 introduziu nas relações entre os três poderes. A autora aponta que o texto constitucional fortaleceu o Poder Legislativo, aumentando suas prerrogativas de fiscalização e controle do Poder Executivo. Por outro lado, criou as medidas provisórias, que, substituindo os decretos-lei, possibilita que o Executivo também legisle. Este modelo, segundo Sadek (2004), estimula o conflito entre estes poderes, o que amplia a responsabilidade do Judiciário de ser o mediador entre eles e de exercer o controle constitucional das decisões legislativas e administrativas.

Este processo recebeu o nome de judicialização da política. Machado (2009, p.203) o define da seguinte forma:

Muito se tem discutido a chamada judicialização da política, o fenômeno sociológico, comum às democracias contemporâneas, em que o Poder Judiciário tem assumido cada vez mais funções tradicionalmente relacionadas aos Poderes Executivo e Legislativo, assim como esses últimos têm assumido cada vez mais procedimentos tipicamente judiciários.

O aumento das prerrogativas do Judiciário, ainda segundo Sadek (2004), também diz respeito aos direitos sociais. Ela afirma que a complexidade e detalhamento dos direitos sociais constitucionalizados em 1988, ampliaram a possibilidade de atuação política deste poder, transportando-o para uma posição de protagonismo na vida política do país. A problemática apontada pela autora é que os juízes passaram a ter prerrogativas antes destinadas apenas aos representantes eleitos, pois a Constituição ampliou o rol de matérias que podem ser objeto de deliberação pelos magistrados.

Sadek (2004) aponta que o indicador clássico do processo de judicialização da política é o aumento do número de ações diretas de inconstitucionalidade. As decisões judiciais paralisando resoluções do Executivo e do Legislativo também são indicadores do protagonismo do judiciário na cena política. Por meio desta pesquisa queremos mostrar que a ampliação do poder político do Judiciário não ocorre apenas no Supremo Tribunal Federal. As demais instâncias da Justiça, ao se pronunciarem sobre os direitos sociais à saúde pública, também são importantes indicadores do novo papel assumido pelo Poder Judiciário no modelo de Estado postulado pela Constituição de 1988.

Enquanto Sadek (2004) avalia o protagonismo do Judiciário como uma maneira de resolver os conflitos entre Executivo e Legislativo, Vianna et al (2007) propõe que é a crise do *Welfare State* que leva o Judiciário a ter um papel central entre os poderes públicos. Com o fracasso do Estado em promover direitos sociais, o Judiciário assume esse papel. Os autores afirmam que os atores políticos tomam consciência da distância entre representantes e representados e abrem espaço para a maior participação dos magistrados na promoção de direitos sociais. Este fato representou a invasão do direito sobre o social, processo que leva à substituição do Estado e das instituições representativas no atendimento aos hipossuficientes.

O que podemos observar de comum nos autores é o reconhecimento de que o protagonismo do Judiciário resultou de uma crise das instituições representativas no que diz respeito à garantia dos direitos sociais, onde os magistrados são chamados ao papel que antes cabia aos atores políticos eleitos.

Limongi e Figueiredo (1999) avaliam a organização institucional do sistema político brasileiro a partir da promulgação da Constituição de 1988 e seus efeitos no que diz respeito ao papel dos poderes Executivo e Legislativo na formulação de políticas públicas. Com esse objetivo, os autores analisam a estrutura do processo decisório e a maneira pela qual o comportamento dos atores políticos é determinado por ele. Assim, examinam as faculdades que a Constituição atribui ao Poder Executivo - a iniciativa legislativa, o poder de editar medidas provisórias, a prerrogativa de solicitar urgência para seus projetos e a exclusividade da iniciativa em matérias orçamentárias - como as variáveis mais importantes para compreender o desempenho do Legislativo em implementar políticas públicas, uma vez que o controle de agenda exercido pelo Executivo diminui a possibilidade de sucessos das iniciativas individuais dos deputados. Como resultado desse arranjo, o Executivo é capaz de influenciar diretamente o Congresso, levando os parlamentares à cooperação.

As políticas públicas nas áreas sociais, ainda segundo Limongi e Figueiredo (1999), têm sido formuladas principalmente por meio de medidas provisórias, devido à delegação em política social do Legislativo ao Executivo. Essas políticas resultam em ganhos generalizados e, assim, implicam custos certos para grupos específicos. Justamente por esse motivo, os membros do Congresso têm interesse em delegar a função legislativa ao Executivo, pois, de acordo com Limongi e Figueiredo (1999, p. 155), “(...) não apareceriam como responsáveis por medidas impopulares perante suas *constituencies*. Por outro lado, se o plano fracassar, os parlamentares não poderão ser responsabilizados individualmente.” Isto significa, do ponto de vista institucional, que o Legislativo não paga o ônus pela aprovação de medidas impopulares.

As conclusões de Limongi e Figueiredo (1999) serão fundamentais para esta pesquisa. Por meio delas poderemos avaliar se as prerrogativas atribuídas ao Executivo e Legislativo na Constituição de 1988 podem explicar o protagonismo do Judiciário no Brasil.

Limongi e Figueiredo (1999) afirmam que a delegação do poder de legislar sobre políticas sociais para o Executivo afeta a capacidade do Legislativo em estabelecer uma agenda própria nesta área e torna esta instituição incapaz de se constituir como um obstáculo à ação do Executivo. Esta pesquisa também avaliará se a dificuldade do Legislativo em estabelecer uma agenda alternativa não abriria espaço para o protagonismo Judiciário. Dessa forma, queremos complementar a análise dos autores, respondendo à pergunta: qual o impacto do arranjo institucional que mencionam sobre o Judiciário?

Pessanha (1997) também avalia as relações entre Executivo e Legislativo no Brasil, porém em um período mais longo: aquele que vai da promulgação da Constituição de 1946 até 1994. Assim como Limongi e Figueiredo (1999), Pessanha (1997) enfatiza o papel preponderante que o Poder Executivo desempenha, exercendo uma influência exagerada sobre o Poder Legislativo. A partir desta constatação, o autor avalia que a superposição de atividades entre os poderes Executivo e Legislativo não implicou uma crise democrática – como haviam previsto os revolucionários franceses no século XVII.

Esta constatação de Pessanha (1997) será ponto fundamental para esta pesquisa. O autor aponta que uma plena separação de poderes, baseada nos pressupostos tradicionais e liberais não é condição para a consolidação da democracia. Defendemos que, no Brasil, é apenas quando o paradigma da separação plena de poderes é quebrado, e o Judiciário passa a ter poderes legislativos, é que se constrói um Estado Democrático de Direito. Isso porque supomos que a partir da Constituinte de 1987-88 configura-se um novo arranjo de poder entre os três poderes que rompe com o paradigma liberal.

5. A efetivação de direitos sociais à saúde pública: críticas e apologias

Nesta seção mostraremos o que vem sendo produzido sobre a possibilidade de efetivar os direitos sociais à saúde pública. No que diz respeito às perguntas desta pesquisa, procuramos observar o que já foi produzido sobre nossa segunda pergunta, a saber: como foi constituído o novo arranjo de poder em 1988 para que o Poder Judiciário pudesse tomar decisões referentes aos direitos sociais?

Holmes e Sunstein (2000) ao definirem o conceito de direitos, enfatizam a necessidade da existência de um sistema legal que os defenda. Assim, conforme Holmes e Sunstein os direitos em uma perspectiva descritiva (2000, p. 16 e 17):

It takes no stand on which human interests are, from a philosophical perspective, the most and worthy. It neither affirms nor denies ethical skepticism and moral relativism. Instead it is an empirical inquiry into the kinds of interest that a particular politically organized society actually protects. Within this framework, an interest qualifies as a right when an effective legal system treats it as such by using collective resources to defend it.²⁶

²⁶Não há conclusão sobre o que são interesses humanos de uma perspectiva filosófica, a mais importante e válida. Também não afirma ou nega um ceticismo e um relativismo moral. Ao invés disso é um questionamento empírico em relação aos tipos de interesse que uma sociedade politicamente organizada realmente protege. Dentro desse quadro, um interesse se qualifica como um direito quando um sistema legal efetivo o trata como direito, utilizando recursos coletivos para defendê-lo.

Os direitos civis, também chamados de direitos privados, são efetivados nos casos concretos pelo Poder Judiciário, nas várias instâncias em que ele se manifesta. Estes direitos são exigíveis diante do Judiciário, o que determina que eles sejam efetivados por meio de ações civis, propostas ou impetradas pelo indivíduo ao Judiciário em busca da garantia de seus interesses privados. Eles também são chamados de direitos subjetivos, conceito que indica a potencialidade desses direitos de serem demandados diante de um tribunal, de acordo com a vontade do indivíduo. Duguit (2009, p.15) define direito subjetivo:

O direito subjetivo, por sua vez, constitui um poder do indivíduo que integra uma sociedade. Esse poder capacita o indivíduo a obter o reconhecimento social na esfera do objeto pretendido, desde que o seu ato de vontade possa ser considerado deliberadamente legítimo pelo direito objetivo.

Herrera (2010) aponta que os Estados que preveem direitos sociais em seus textos constitucionais têm sido objeto de críticas nos últimos trinta anos pela literatura especializada. Essas críticas dizem respeito à impossibilidade de eficácia de tais direitos, à dificuldade de implementação processual e apontam a ineficiência do Estado para concretizá-los.²⁷ Quando comparados aos direitos civis, os direitos sociais parecem não ser direitos subjetivos e nem exigíveis.

Ainda de acordo com Herrera (2010), essas críticas também se referem ao jogo de poder dos atores hegemônicos no interior das Assembleias Constituintes, de maneira que as normas seriam manifestações dos interesses partidários, em detrimento das necessidades reais da população. Esta crítica traz à tona duas problemáticas que serão essenciais para esta pesquisa. Em primeiro lugar, a questão da distribuição de prerrogativas entre os três poderes para efetivar esses direitos e, em segundo lugar, as dificuldades de cada um deles em implementar políticas públicas efetivas para concretizá-los.

²⁷ De acordo com Neves (2010, p 433), concretização se refere à “(...) construção do sentido da norma jurídica a ser aplicada, judicial ou extrajudicialmente, a um caso jurídico determinado.”

No que diz respeito exclusivamente ao direito à saúde pública, o trabalho de Barcellos (2010) é fundamental para a compressão da atribuição de cada um dos três poderes na garantia desses direitos. A autora afirma que o Executivo e o Legislativo são obrigados, no âmbito do orçamento, a destinar recursos necessários à prestação de serviços de saúde pública. Se a alocação destas verbas não for realizada, então estará ocorrendo uma deliberação incompatível com a Constituição. A inobservância de um serviço garantido constitucionalmente é objeto de controle jurisdicional, que pode ser sanada por meio da Ação Direita de Inconstitucionalidade ou da Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental, perante o Supremo Tribunal Federal.²⁸

Barcellos (2010) aponta que a definição de quanto e como se deve gastar de recursos públicos são decisões que devem ser feitas por representantes democraticamente eleitos e não pelos magistrados. Assim, a invasão do Judiciário no Legislativo é nefasta, pois pode sufocar o desenvolvimento da democracia. Dessa perspectiva, a autora coloca-se criticamente contra as decisões individuais feitas pelos tribunais. Tratando-se de direitos à saúde pública, o Estado tem o dever de oferecê-los, não apenas ao autor de uma ação judicial, mas a todos que necessitem da mesma prestação.

Barcellos (2010, p. 816) afirma: “O que se quer destacar (...) é que a discussão acerca do direito a prestações de saúde não tem – não deve ter – reflexos apenas individuais.” A autora discute que o direito à saúde dado por um juiz a um indivíduo deveria poder ser concedido também a todos os indivíduos que necessitam da mesma providência, do contrário, o princípio da igualdade²⁹ seria violado.

²⁸ Constituição de 1988, Art. 102. “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. § 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.”

²⁹ A questão da igualdade já aparece no preâmbulo constitucional como objetivo do Estado Democrático. Assim afirma o texto constitucional de 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (...).”

Barcellos (2010) identifica um importante problema relativo à tomada de decisão feita pelo Judiciário. De fato um magistrado não possui legitimidade democrática para tomar decisões sobre políticas de saúde. Discutiremos, contudo, que, se a incapacidade do Executivo e do Legislativo em elaborar políticas públicas na área da saúde colocar em risco a dignidade humana, como garantida pelo texto constitucional, talvez seja imperativo que o Poder Judiciário possa decidir onde os demais poderes foram omissos. Uma vez que a saúde é um direito fundamental imposto pelo texto constitucional, então sua garantia é prioritária no Estado Democrático de Direito, seja ela feita extrajudicialmente ou judicialmente.

Christiansen (2010), assim como Barcellos (2010), destaca que há um debate tradicionalmente aceito de que os direitos sociais não seriam exigíveis, embora o século XX tenha sido aquele da constitucionalização de direitos sociais. Tais direitos só poderiam ser concretizados por decisões políticas dos governos e objeto de ponderação apenas pelo Poder Legislativo. Argumentam que os tribunais não teriam legitimidade política para tomar decisões concernentes a esse tipo de direito e processualmente não seriam acessíveis.

Talvez a crítica mais contundente neste sentido tenha sido feita por Atria (2004). O autor aponta que direitos sociais não são direitos autênticos porque eles não são direitos subjetivos. Ou seja, não são exigíveis diante de um tribunal, pois dependem de ações do Executivo e do Legislativo. Isso implica que as pessoas não têm o potencial de exigi-los diante dos juízes.

Vamos nos ater a maneira como Atria (2004, p. 8), define direito subjetivo: Para ele “(...) derecho, lo crucial para que podamos hablar de derecho subjetivo es La posición em la que se encuentra una pessoa com *potestad* para decidir se La obligación de otro será o no coactivamente exigida.” Assim, de acordo com o autor, o discurso jurídico não pode compreender os direitos sociais como compreendeu os direitos civis e políticos; esses últimos, sim, passíveis de serem exigidos diante de um tribunal. Enquanto nos direitos liberais os polos passivos e ativos da relação jurídica eram claros, nos direitos sociais isso não ocorre, pois não há a informação de quem está obrigado a gerar o direito. Atria (2004) aponta, portanto, que se não é possível exigir juridicamente esses direitos, o Estado acaba por ser o responsável por garanti-los, sem, contudo, ter condições que satisfazer todas as demandas.

A crítica de Atria (2004) é feita a partir da comparação dos direitos civis e políticos – reconhecidamente subjetivos - com os direitos sociais. Desde o direito romano clássico, o *ius privatum*, regulando majoritariamente a propriedade privada e os contratos entre indivíduos, eram facilmente exigíveis diante de um tribunal. Já os *ius publicum*, que regula as relações dos indivíduos com o Estado, dificilmente pode ser exigível, já que o indivíduo não tem como ir até o Estado demandar a efetivação de determinado direito. O autor, diante destas constatações, afirma que os direitos sociais não são de fato direitos e que estes enfrentam uma crise de legitimidade, uma vez que o sistema político encontra dificuldade em torná-los efetivos.

Calil (2012) traz crítica diversa sobre a efetivação de direitos sociais. Sua discussão não está centrada na questão da exigibilidade e subjetividade, mas da própria normatização destes direitos e de seu caráter ideológico. Em primeiro lugar, o autor aponta que o conceito de direitos sociais, definido como prestações que devem ser efetivadas pelo Estado, é diametralmente oposto ao ideário liberal e, portanto, há resistência por parte daqueles que têm interesse em manter o status quo da desigualdade.

O autor também aponta que a supervalorização do conceito formal de democracia – entendida como supremacia da maioria – é um elemento limitante da efetivação de direitos sociais, já que estes direitos também protegem as minorias.

A forma pela qual os direitos sociais foram constitucionalizados em 1988 também é criticada por Calil (2012). A Assembleia Constituinte teria positivado os direitos sociais em um formato bastante vago, o que os tornaria dependentes de regulamentações e especificações.³⁰ Tais direitos seriam caracterizados, portanto, pelo excesso de abstração. Assim, falta eficiência de instrumentos jurídicos disponíveis para permitir a plena concretização dos direitos sociais.³¹

³⁰ É o caso, por exemplo, do artigo 195, parágrafo segundo, da CF/88, que afirma: § 2º - “A proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos.” Neste caso, este artigo só se torna eficaz quando promulgada a lei de diretrizes orçamentárias.

³¹ Um caso típico do que foi dito é o do artigo 7º: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de *lei complementar*, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.” (grifos da autora)

Os autores supramencionados afirmam a impossibilidade de colocar os direitos sociais no mesmo patamar dos direitos civis, pois os primeiros não seriam direitos exigíveis. Calil (2004), contudo, faz um leve desvio em sua análise. Para este autor, o problema é que os direitos sociais demandam gastos³² mais evidentes do que os direitos civis e é neste ponto que a problemática da efetivação deve ser encarada pela Ciência Política.

Calil (2012) não deixa de destacar, contudo, a importância histórica da constitucionalização de direitos sociais para o Brasil. Ele afirma que, muito embora nossas constituições tragam dispositivos veiculadores de direitos sociais desde 1934, é apenas em 88 que se elevam estes direitos ao plano dos direitos da pessoa humana, através do reconhecimento que a liberdade civil só tem valor real se houver igualdade de oportunidades para todos.

As críticas apresentadas em relação à efetivação de direitos sociais foram contestadas por muitos autores.

Courtis (2010), defendendo a constitucionalização de direitos sociais, aponta que, embora eles não se apresentem como direitos subjetivos, a literatura que se manifestou contra a constitucionalização desses mesmos direitos parece ignorar um século de funcionamento de tribunais do trabalho³³ e de um conjunto enorme de jurisprudência em área como seguridade social, saúde ou educação nos tribunais pelo mundo.

³² Holmes e Sunstein (1999, p.43) sustentam argumento diferente. Para eles, direitos demandam gastos públicos, independente se sociais, civis ou políticos: “Enforcement is expensive, especially uniform and fair enforcement; and legal rights are hollow to the extent that they remain unenforced.”

³³ No caso brasileiro, temos a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), Decreto-Lei 5.452/43, que impõe inclusive penalidades ao descumprimento de seus dispositivos. Apontaremos, a seguir, um exemplo: art. 201 - As infrações ao disposto neste Capítulo relativas à medicina do trabalho serão punidas com multa de 3 (três) a 30 (trinta) vezes o valor de referência previsto no artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 6.205, de 29 de abril de 1975, e as concernentes à segurança do trabalho com multa de 5 (cinco) a 50 (cinquenta) vezes o mesmo valor. (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977).

Pulido (2010) traz a possibilidade de um novo olhar sobre os direitos sociais. Embora eles não sejam exigíveis, eles acabam por estabelecer regras de cooperação social que traçam as condições por meio das quais se criam vínculos entre indivíduos e Estados. Assim, os direitos sociais são o reconhecimento de que o homem tem necessidades que lhe são inerentes e a satisfação das mesmas é a principal finalidade do Estado. Dessa maneira, elas prescrevem ao Estado o dever de realizar determinada demanda. E, por meio de políticas públicas, o Estado pode efetivar essa demanda.

6. Marco Teórico: o institucionalismo de Tsebelis e Skocpol

Nesta seção apresentaremos o marco teórico que fundamentará a argumentação desta pesquisa. Mostraremos como alguns pressupostos do neoinstitucionalismo, bem como as categorias analíticas desenvolvidas por Tsebelis (2009) e Skocpol (1995) serão primordiais para a análise de nosso objeto de estudo.

Tsebelis (2009), em seu estudo conceitual sobre instituições políticas, desenvolve a teoria dos *veto players*. O autor começa a desenvolver esta teoria avaliando que, para mudar o *status quo* legislativo – estabelecendo e definindo agendas - faz-se necessária a concordância de atores individuais e coletivos, denominados de *veto players*.

Segundo o autor, há dois tipos diferentes de *veto player*: aqueles especificados em um país pela Constituição – tais como a Câmara dos Deputados, o Senado, o presidente, os legislativos estaduais, etc - e os partidos político, que são determinados pelo sistema político. Esses atores com poder de veto são ordenados pelas instituições políticas, que determinam a sequência para a tomada de decisão. Fica aqui evidente, portanto, que são as preferências dos *veto players*, os fatores fundamentais para a mudança do *status quo*, conforme mostra Tsebelis (2009, p.17):

Chamo tais atores com poder de veto de *estabelecedores ou definidores de agenda*. Aqueles que estabelecem a agenda precisam fazer propostas aceitáveis aos outros atores com poder de veto (caso contrário, as propostas serão rejeitadas e o *status quo* será preservado). De fato, eles escolherão entre os possíveis resultados, aquele que mais preferem (grifos do autor).

Um dos *veto players* analisado por Tsebelis (2009), que será destacado nesta pesquisa, é justamente o Judiciário e a maneira pela qual esta instituição é capaz de afetar a tomada de decisão política.

Tsebelis (2009) afirma que, do ponto de vista da teoria dos *veto players*, o que determina a independência e a relevância do Poder Judiciário na tomada de decisões políticas é o fato de os tribunais serem considerados constitucionais ou não. No caso brasileiro, o Poder Judiciário tem poderes constitucionais, como já demonstramos acima. De acordo com o autor, este fato implica que o Judiciário é um ator com poder de veto. No Brasil, isso significa que todas as vezes que o Supremo Tribunal declara a inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo do Poder Público, ele está agindo como um *veto player*, uma vez que revogou uma lei aprovada pelo Legislativo – outro *veto player* - ou seja, o Judiciário está afetando as decisões políticas e criando impactos sobre o próprio sistema. Em outras palavras, o Judiciário é capaz de mudar o *status quo* legislativo. Tsebelis (2009) afirma que, se o Judiciário tem a prerrogativa de interpretar a Constituição e basear suas decisões nesta interpretação, então os juízes não podem ser sobrestados pelo sistema político. A consequência deste arranjo é a alteração do papel tanto dos tribunais quanto do Legislativo na atividade legislativa e, em decorrência disto, uma transformação das interações entre estas instituições. Assim, segundo Tsebelis (2009, p. 317):

Por essa interação, as legislaturas estão sempre conscientes de que suas ações podem ser sobrestadas pelos tribunais constitucionais e algumas vezes até mesmo pedem instruções aos tribunais para imunizar suas decisões contra uma revogação judicial.

O conceito de *veto players* será utilizado nesta pesquisa para analisar o poder político do Judiciário. Embora Tsebelis (2009) afirme que o Judiciário é um *veto player* nos casos de avaliação de propostas legislativas – caso brasileiro é o que diz respeito às avaliações de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal - mostraremos que esta instituição também é um *veto player* no âmbito dos tribunais de justiça, quando decisões sobre direitos sociais à saúde pública são tomadas. Em outras palavras, estamos afirmamos que o Judiciário não é apenas um *veto player* quando é chamado a abolir legislação, mas também quando o Executivo ou o Legislativo se omite na garantia de direitos constitucionalmente estabelecidos.

Tsebelis (2009) afirma que, muito embora o Judiciário possa ser considerado como um *veto player*, dificilmente ele se comporta como tal. A maneira pela qual ocorre a nomeação dos ministros do Supremo seria a razão deste problema. Segundo o autor, as restrições impostas à escolha dos membros do Supremo - no Brasil, sempre feita pelo Presidente da República e aprovada em maioria absoluta pelo Senado – garantem que não serão escolhidos juízes com posições extremas, que tenham pretensões de alterar o *status quo* legislativo. O autor aponta que o Judiciário é constantemente absorvido por outros *veto players*, como o Executivo e o Senado.

Esta tese partirá dessa última premissa para discutir que, uma vez que os demais juízes brasileiros adquirem seus cargos baseados nos resultados de concursos públicos, não podemos admitir que eles sejam facilmente absorvidos por outros *veto players*. Assim, os juízes dos tribunais de justiça, que tomam decisões sobre os direitos sociais, estão certamente mudando o *status quo* legislativo.

Skocpol (1995) analisa as origens e o desenvolvimento da política social norte-americana entre 1870 e a segunda década do século XX. Embora o Brasil não seja o foco da obra, utilizaremos as ferramentas analíticas e propostas metodológicas manipuladas pela autora em sua pesquisa.

Até a década de 70, afirma Skocpol (1995), as pesquisas na área de políticas sociais giravam em torno de duas propostas metodológicas: uma que enfatizava a correlação entre o desenvolvimento da política social e a lógica da industrialização e outra que apontava os valores nacionais como fundamentais para o desenvolvimento da política social. Na metade da década de 70, as propostas começam a mudar. Agora a atenção estava nos sindicatos e nos partidos com bases trabalhistas. Neste período, os pesquisadores se voltavam para questão da hegemonia empresarial para explicar a política social. Já nos anos 80, as pesquisas começaram a invocar a ideia de dominação patriarcal e feminismo para interpretar o desenvolvimento da política social nos Estados Unidos.

Estas pesquisas, segundo Skocpol, estavam pautadas em pressupostos baseados nas raízes sociais dos processos políticos. Nestas perspectivas, as políticas sociais eram vistas como respostas para mudanças em termos socioeconômicos. A autora avança em sua análise, propondo a centralidade das instituições políticas para compreender o desenvolvimento das políticas sociais. De acordo com Skocpol (1995, p.39):

Yet only by taking processes of state formation and patterns of political organization seriously, and noticing that these intersect in varied ways with economic and social transformations, can we break with the progressivist notion of social policies as aspects of societal evolution.³⁴

Segundo Skocpol (1995) a tomada de decisão política é condicionada pelas configurações institucionais do governo e pelo sistema político. A autora propõe, portanto, que as políticas sociais – determinantes na efetivação de direitos sociais – devam ser compreendidas partindo das próprias instituições políticas, como faremos nesta pesquisa.

Ainda de acordo com autora, a efetivação de direitos sociais por meio de políticas sociais só pode ser compreendida partindo de alguns elementos, a saber: das instituições políticas, das regras eleitorais, dos partidos políticos e das políticas públicas prioritárias no sistema político. São essas variáveis que deverão ser consideradas para a compreensão dos limites impostos pelos atores políticos para a efetivação de direitos sociais.

³⁴Apenas levando a sério o processo de formação do Estado e os padrões da organização política, e notando que eles se cruzam de várias formas com a economia e com as transformações sociais, nós podemos romper com a noção progressista de políticas sociais como aspecto da evolução social (tradução nossa).

Em sua avaliação sobre a introdução de políticas sociais nos Estados Unidos, Skocpol (1995) destaca que aquilo que viria a ser chamado na Europa de Estado de Bem-Estar Social ou *Welfare State* surgiu em fases sucessivas durante o processo de industrialização ocidental. Entre 1880 e o fim da Primeira Guerra Mundial, muitos países da Europa, além da Austrália, Nova Zelândia e o Brasil, inclusive, criaram políticas sociais, que, posteriormente, foram consideradas a essência dos futuros estados de bem-estar social. Skocpol (1995, p.4) aponta o caráter específico dos gastos públicos realizados neste período: “But at first most social expenditures were devoted to ‘workers insurance’, or they were meant to keep ‘respectable’ old people, usually former workers and their spouses, out of demeaning local poor houses”³⁵.

Skocpol (1995) também aponta dois caminhos distintos das políticas sociais. O primeiro trata-se do caminho americano – entre 1870 e 1920 – que privilegiou as mulheres e os soldados. Os demais países industrializados ocidentais, por sua vez, tiveram uma política social paternalista, direcionada para homens trabalhadores. É nesta segunda chave que poderemos entender o Brasil, pois, como demonstraremos, os direitos trabalhistas predominaram na nossa história constitucional.

Conclusão

O objetivo deste primeiro capítulo foi apresentar e discutir os principais pressupostos desta tese, em torno dos quais elaboramos nossa problemática de pesquisa.

Para isso, apontamos o estado da arte no que diz respeito aos principais temas relacionados a esta pesquisa, a saber: a ruptura com o constitucionalismo liberal no Brasil, a constitucionalização de direitos sociais na década de 30, as questões de separação de poderes nos textos constitucionais e o novo papel atribuído ao Judiciário na configuração do Estado Social de Direito em 1988, no contexto do processo chamado de judicialização da política.

³⁵ Mas, a princípio, a maior parte dos gastos era destinada ao seguro social do trabalhador, ou eram designados para manter idosos "respeitáveis", comumente antigos trabalhadores e suas esposas, fora das casas locais, que eram pobres e degradantes (tradução nossa).

Destacamos as particularidades do processo de criação do Estado Social no Brasil, caracterizado pela hipertrofia dos poderes do Executivo, por um presidencialismo de coalizão, pela dificuldade de implementação do rol de direitos sociais constitucionalizados e por um Judiciário dotado de poderes políticos.

Apresentamos também alguns pressupostos teóricos que serão utilizados nesta pesquisa e introduzimos dois autores – George Tsebelis e Theda Skocpol, cujos conceitos serão empregados nas análises que serão feitas nos capítulos seguintes, bem como utilizados como suporte metodológico.

Os referenciais teóricos analisados serão utilizados para sustentar o argumento de que a constitucionalização de direitos sociais no Brasil em 1988, bem como a garantia de sua efetivação, demandaram um novo rearranjo na estrutura dos três poderes. Conforme aponta Skocpol (1995) é apenas pela compreensão de mudanças institucionais é que podemos compreender como políticas sociais são ativadas. Essas mudanças institucionais transformam em um *veto player*, à medida que ele passa a tomar decisões políticas.

Assim, diante deste intrincado modelo e inúmeros problemas que ele implica, empreenderemos a concretização desta pesquisa.

Capítulo 2

Direitos Sociais e Judiciário nas Constituições de 1934 e 1946

Nem se diga que há direitos, entre os previstos, que não podem ser auferidos de imediato como o da “assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva (art. 158, XV). Pode ser problemático e até difícil o cumprimento do dever contraposto a esse direito. (José Afonso da Silva, 1968, p. 182)

Considerações iniciais e justificativa

Este capítulo tem como objetivo responder a três perguntas: (1) qual a configuração dos dispositivos veiculadores de direitos sociais nos textos constitucionais de 1934 e 1946; (2) qual o desenho institucional da saúde pública nas constituições de 1934 e 1946 e (3) quais prerrogativas foram atribuídas ao Poder Judiciário nos mesmos.

Para essa pesquisa utilizaremos como fontes as próprias constituições em seus artigos que dizem respeito às três perguntas deste capítulo. Apresentaremos também uma breve revisão histórico-institucional das transformações políticas que desencadearam as eleições para assembleias constituintes, que foram as responsáveis pela elaboração das duas novas constituições, mostrando a relação entre momento histórico e ordenamento jurídico. Em seguida, vamos apontar como os atores políticos trouxeram seus interesses e suas preferências para os debates constituintes, de forma a articular as mudanças pactuadas em ambas as constituições e estabelecendo o contorno das novas instituições políticas.

É de fundamental importância justificar a escolha dos textos constitucionais de 1934 e 1946 como bases para a compreensão e comparação com a Constituição de 1988. De fato, a justificativa para a escolha está dada na própria literatura sobre a temática, que identifica os textos constitucionais de 1934, 1946 e 1988 como sendo os únicos com caráter democrático.

Desde sua Independência, até o presente momento, o Brasil teve sete textos constitucionais, elaborados nos mais diversos contextos histórico-institucionais, por atores políticos que deixaram suas preferências marcadas em nosso ordenamento jurídico.

A primeira Constituição brasileira foi outorgada pelo Imperador Dom Pedro I e estabelecia um regime monárquico hereditário. Wolkmer (2011) aponta que a Carta de 1824 consagrava um acordo entre a burguesia patrimonial, os conservadores e os liberais moderados, além de dar poderes ilimitados ao Imperador, o que lhe subtraía qualquer possibilidade de ser democrática.

A segunda Constituição, já republicana, foi promulgada por uma Assembleia Constituinte e estabelecia os fundamentos de um governo liberal, fortemente inspirado na Constituição dos Estados Unidos. Apesar destas características tradicionalmente democráticas, dificilmente poderíamos considerá-la democrática, pois seu caráter oligárquico, o clientelismo, a conservação da grande propriedade e o liberalismo econômico descomunal, não abriam espaço para a organização de um regime político plenamente democrático.

Sobre as duas primeiras constituições brasileiras, aponta Wolkmer (2011, p.141):

As duas primeiras constituições, elaboradas no século XIX (a Constituição Monárquica de 1824 e a Constituição da República de 1891) foram, portanto, cada uma a seu tempo, e com especificidades próprias, imbuídas profundamente pela particularidade de um individualismo liberal-conservador, expressando formas de governo e de representação sem nenhum vínculo com a vontade e a participação popular, descartando-se, assim, das regras do jogo, as massas rurais e urbanas.

Arantes e Couto (2008) defendem que é a Constituição de 1934 - a terceira Constituição brasileira - o primeiro texto constitucional democrático promulgado no Brasil.

Wolkmer (2011) explica este fato afirmando que o colapso da economia agroexportadora e a falência das instituições oligárquicas devido à cisão de antigas alianças políticas, acabam por gerar um quadro em que novos atores sociais começam a surgir e, com eles, novas instituições políticas. Assim, o processo histórico se reconstrói, reordenando as novas forças sociais e criando instituições políticas que refletiam seus interesses e preferências. O autor aponta que a Constituição de 1934 é fruto desse conjunto diverso de fatores, que direcionavam o país para uma democracia social e representativa.

Há, contudo, um ponto de discórdia entre as duas literaturas às quais nos referimos, que deve ser mencionado aqui. Enquanto Arantes e Couto (2008) declaram expressamente o caráter democrático da Constituição de 1934, Wolkmer (2011) discute que a Constituição de 1934 é mais uma expressão das elites agrárias do que um documento democrático. Nesta tese, adotaremos a posição de Arantes e Couto (2008), sem negar, contudo, as contradições inerentes à Constituição.

A Constituição de 1937, nossa quarta Constituição, foi um texto reconhecidamente autoritário e corporativista, outorgado pelo Presidente Getúlio Vargas. Significou um retrocesso daquilo que fora conquistado em 1934. Ela foi inspirada no fascismo europeu e responsável pela implantação de uma ditadura do Executivo, derrubando com o caráter representativo do texto anterior. Apesar de manter alguns dos direitos sociais constitucionalizados pela primeira vez em 1934, não é um texto democrático.

Em 1946 temos pela segunda vez uma Constituição democrática, promulgada por uma Assembleia Constituinte. Este texto de fato restabeleceu a democracia formal representativa e, dentre as demais constituições, foi o que melhor soube construir Legislativo autônomo rompendo com a hegemonia do Executivo do texto anterior. Apesar de manter os sindicatos sob tutela do Estado, conservou os direitos sociais já conquistados.

A Constituição de 1967, também autoritária, foi elaborada pelo Presidente da República e, embora tenha sido apresentada ao Congresso Nacional para aprovação, os legisladores aderiram a ela sem modificações. Wolkmer (2011) aponta, aliás, que todo Direito Público elaborado durante o golpe foi arbitrário, ilegítimo e antidemocrático, baseado em ideais de segurança nacional e anticomunismo, carentes de instituições democráticas.

A atual Constituição, de 1988, é social-democrática e foi promulgada por uma Assembleia Constituinte. Ela representou grande avanço no que diz respeito à inclusão de direitos sociais em seus dispositivos. Como esse é nosso objeto de pesquisa, não trataremos dele aqui.

Somam-se, portanto, três constituições democráticas na história constitucional brasileira, que foram as selecionadas para a realização dessa pesquisa, especialmente no que diz respeito ao Poder Judiciário.

1. Década de 30: Novos Atores na Cena Política Brasileira

O liberalismo-oligárquico da chamada Primeira República, institucionalizado pela Constituição de 1891, passou a ser questionado no Brasil nas primeiras décadas do século XX, por diferentes atores sociais e políticos, descontentes com o caráter oligárquico das instituições representativas.

Teoricamente, Skocpol (1995) destaca que a análise dos atores é fundamental para a compreensão de mudanças institucionais. Assim, a constitucionalização de direitos sociais em 1934 será examinada tendo como referência as preferências destes atores e como determinados interesses foram privilegiados em relação a outros. Assim, de acordo com Skocpol (1995, p. 527):

Acting in pursuit of their career interests, and engaged in conflicts or alliances with one another, political leaders try to use existing governmental and party organizations to devise and implement policies that will attract support from various social groups. Conforming to the needs and capacities of the organizations within which they must maneuver, officials and politicians often evolve distinctive policies that are not only responses to the demands of social groups.³⁶

Carvalho (2011) aponta que a década de 30 apresenta uma grande amplitude de movimentos políticos, que atingiram vários estados brasileiros. Tais movimentos contaram com a participação de vários grupos sociais, como os operários – com as greves -, as classes médias, os militares, as oligarquias e os industriais. Esses grupos aparecem no cenário político concomitantemente com o surgimento de sindicatos, partidos políticos e movimentos sociais de caráter nacional. A diversificação de interesses trazidos por esses grupos, principalmente questionando o liberalismo da Constituição de 1891 e as instituições representativas, terá como resultado a primeira constituição social do Brasil.

O primeiro grupo de atores essenciais para a compreensão da constitucionalização de direitos sociais em 1934 são os intelectuais antiliberais, dentre eles, talvez os que mereçam maior destaque sejam Oliveira Vianna, Alberto Torres, Francisco Campos e Azevedo Amaral. De maneira geral, eles questionavam a legitimidade da República, criticando duas instituições caras à democracia: as eleições periódicas e os partidos políticos. A proposta apresentada por esses intelectuais foi o autoritarismo em sua versão corporativista. Argumentavam que a instituição parlamentar nos moldes democráticos era ineficaz e que apenas a representação por meio de associações profissionais traria resultados positivos na gestão pública. Segundo Rezende (2011, p. 85): “O papel da *intelligentzia*, nesse contexto, terá sido fundamental: ela organiza o debate público e institui o campo semântico em que ele se dá, seleciona temas e constitui interlocutores.”

³⁶Agindo na conquista dos interesses de sua carreira e comprometidos em conflitos e alianças entre si, os líderes políticos tentam usar as organizações governamentais e partidárias para planejar e implementar políticas públicas que irão atrair apoio de vários grupos sociais. De acordo com as necessidades e capacidades das organizações nas quais eles devem manobrar, os políticos frequentemente se envolvem em políticas públicas distintas, que não são apenas repostas às demandas dos grupos sociais (tradução nossa).

Alberto Torres foi o pioneiro desta nova *intelligentzia*. Ele transformou sua crítica ao liberalismo em base para a elaboração do pensamento autoritário. Francisco Campos, por sua vez, foi o intelectual que desenvolveu o modelo de constitucionalismo antiliberal, justamente aquele foi aplicado na elaboração da Constituição de 1937. A sociologia de Oliveira Vianna, foi, por seu turno, o marco conceitual para Vargas elaborar sua proposta de modernização da sociedade brasileira por vias autoritárias. Vianna criticava o modelo de República brasileiro, no qual o privado tinha a primazia sobre o público. Azevedo Amaral não é um partidário tão exacerbado do autoritarismo como eram os demais, embora considere que, sem a autoridade, o Estado perde a eficiência. Amaral, ao contrário de Oliveira Vianna, justifica o autoritarismo por razões históricas e sociológicas, enquanto o segundo via no sistema político autoritário o caminho para a sociedade liberal.

Outro grupo representante deste pensamento autoritário é o movimento tenentista³⁷, expoente nas críticas ao liberalismo e ao federalismo oligárquico e apologético da centralização do Estado e do nacionalismo. Contra o individualismo liberal, advogavam a submissão de todos aos interesses ao Estado. O argumento antiliberal dos tenentes vinha, contudo, acompanhado de uma veemente defesa da distribuição de direitos sociais pelo Estado.

O Esboço do Programa Revolucionário de Reconstrução Política e Social do Brasil³⁸, elaborado pelos tenentes do Clube 3 de Outubro³⁹, já apresentava a necessidade de uma constituição social para o Brasil. A demanda dos tenentes era por maior equilíbrio social através de assistência social eficiente, para eliminar progressivamente opressões econômicas e pauperismos. Além disso, observamos no Esboço uma preocupação referente à necessidade de exigibilidade processual desses direitos, para garantir que eles fossem acessíveis às massas urbanas e rurais, conforme podemos observar abaixo (Clube 3 de Outubro, 1932, p.16):

³⁷Tenentes são oficiais intermediários das Forças Armadas. Os movimentos de maior destaque histórico dos tenentes foram a Revolta do Forte de Copacabana, em 5 de julho de 1922; a Revolução de 1924, que tentou derrubar o governo de Artur Bernardes e a Coluna Prestes, quando cerca de 1.500 pessoas percorreram mais de 24 mil quilômetros no território brasileiro em uma mobilização contra as oligarquias. Participaram ativamente da Revolução de 30 e integraram quadros do governo Vargas até 1935.

³⁸Documento formulado em fevereiro de 1932, para ser apresentado na Assembleia Constituinte. Traz uma proposta de organização nacional, com destaque para os direitos sociais.

³⁹Principal instituição e meio de organização tenentista, fundada logo após a Revolução de 1930.

Dever-se-á ter em vista, como pontos básicos: - a rapidez, a simplicidade e o barateamento nos processos, de tal forma que as vias judiciais sejam perfeitamente acessíveis às classes humildes e desfavorecidas, ao operariado das cidades e dos campos, que terão, para julgar suas questões, juízes especializados e tribunais do trabalho.

Os grupos que se manifestaram contra o monopólio paulista e mineiro nas eleições presidenciais de 1929 também são fundamentais para compreender o momento de elaboração de um novo pacto em 1934. O sistema político oligárquico havia sido formado pela aliança de dois estados que possuíam hegemonia política e econômica, São Paulo e Minas Gerais. A quebra do equilíbrio mantido por esta aliança permite a ascensão de um novo ator político, a oligarquia gaúcha. Este novo ator político formou um grupo bastante heterogêneo, denominado Aliança Liberal, que deu início à Revolução de 30. Os grupos pertencentes à Aliança Liberal apoiavam os interesses da produção nacional em detrimento dos exportadores de café, além de defender a legislação trabalhista e os direitos civis.

No interior da Assembleia Constituinte surge ainda outro conjunto de atores políticos fundamentais para entender este processo. Eles aparecem em cena a partir do novo Código Eleitoral, de 24 de fevereiro de 1932⁴⁰, por meio do qual se determina a criação de uma representação classista, que se somaria à representação política. Assim, quarenta deputados classistas são incorporados à ANC de 1934. Neste grupo havia dezoito empregados, dezessete empregadores, três profissionais liberais e dois funcionários públicos. A eleição dos deputados classistas foi feita depois da eleição legislativa, mas apenas os sindicatos organizados pelo Ministério do Trabalho tiveram direito a votar. Segundo Iglésias (1993, p. 235-6), a presença de uma bancada política ao lado de uma bancada profissional tem amplas implicações na Constituinte:

⁴⁰ Segundo o decreto número 21.076, de 24 de fevereiro de 1932:

Art. 99 Consideram-se partidos políticos para os efeitos deste decreto:

- 1) os que adquirirem personalidade jurídica, mediante inscrição no registro a que se refere o art. 18 do Código Civil;
- 2) os que, não a tendo adquirido, se apresentarem para as mesmos fins, em caráter provisório, com um mínimo de 500 eleitores;
- 3) as associações de classe legalmente constituídas.

Art. 142. No decreto em que convocar os eleitores para a eleição de representantes à Constituinte, o Governo determinará o número de representantes nacionais que a cada Estado caiba eleger, bem como o modo e as condições de representação das associações profissionais.

Tem-se já aí o sinal de reconhecimento de outra ordem social e econômica, como o será também a inclusão de capítulos ou artigos sobre o assunto, direitos dos trabalhadores, assistência social e a inclusão de conselhos técnicos, reconhecimento da necessidade de racionalização do Estado.

Iglésias (1993) também argumenta que a estratégia de Vargas com a nova lei eleitoral foi criar um ponto de conflito na ANC com os representantes eleitos de São Paulo e Minas Gerais, que mantinha a hegemonia política no Legislativo. A bancada classista deveria defender os interesses do presidente contra São Paulo e Minas, especialmente no que dizia respeito à defesa da ação do Estado e da racionalização de suas atividades.

Wolkmer (2011) mostra que a tradição legal brasileira está profundamente comprometida com uma formação social elitista, que tem como principais características ser agrário-mercantil, antidemocrática e formalista. A dinâmica da junção desses elementos eclodiu nos horizontes ideológicos de uma tradição legal que é marcada por um perfil liberal-conservador. Assim, segundo o autor, a Constituição de 1934 é justamente uma expressão dos intentos de regulamentação das elites agrárias locais e pouco reflete a autenticidade de movimentos sociais ou da burguesia nacional. Para o autor, o texto de 1934 aponta um pacto político híbrido, sem nenhuma unidade ideológica. Ele foi resultado de uma manobra política e imposição de um Estado oligárquico-patrimonialista.

Não podemos negar, contudo, a força desses novos interesses e seu impacto sobre as instituições políticas brasileiras naquele momento, que, embora repletas de contradições e carentes de grandes rupturas, criaram um novo paradigma, que permitiu repensar temas como representação, partidos políticos, eleições e direitos.

Carvalho (2001, p.107) sintetiza os principais atores políticos que questionaram o sistema político oligárquico-liberal e criaram as condições para a elaboração do primeiro texto constitucional democrático no Brasil da seguinte maneira:

Havia os movimentos sociais e a presença da classe operária nas principais cidades brasileiras, introduzindo um personagem novo no mundo da dominação oligárquica, pois, subalternos, os operários não eram, contudo, objeto passível de exploração e controle personalizados. Havia os tenentes e a aventura intelectual da “ida ao povo”, empreendida pela Coluna Prestes, mas, antes deles, o Exército, a grande fora espiritual do republicanismo a que aderiram as massas urbanas, desconfiadas e, de qualquer forma, muito distantes dos senhores sisudos, quase aristocratas, que dominaram o cenário republicano brasileiro.

2. Eficácia dos dispositivos constitucionais

Foi dito no primeiro capítulo que será utilizada nesta pesquisa a Metodologia de Análise Constitucional de Arantes e Couto (2006, 2008). Exclusivamente neste capítulo, contudo, empregaremos também outra metodologia baseada na doutrina jurídica tradicional, que determina a eficácia das normas constitucionais baseada em alguns critérios, que definiremos em seguida.

Silva (1968) estabelece que uma norma jurídica só é aplicável ao caso concreto se ela também for eficaz. Desta maneira, se uma lei não apresenta todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, então podemos afirmar que ela não é eficaz e, portanto, não é aplicável e, assim, não produz efeitos jurídicos.

Essa metodologia será desenvolvida nos itens seguintes, mas vale adiantar que seus fundamentos se baseiam no pressuposto de que a eficácia normativa de um artigo constitucional depende de determinadas características próprias.

Os doutrinadores do Direito Constitucional, dentre eles Lenza (2011), demonstram que os textos constitucionais apresentam dois tipos de espécies normativas: os princípios e as regras. Os princípios – que nada mais são do que os fundamentos das regras – são caracterizados por um alto grau de abstração. Além disso, não apresentam mediações concretizadoras, que possibilitem sua aplicação ao caso concreto. Sua importância no ordenamento jurídico é, contudo, fundamental, pois eles permitem a flexibilização das regras às particularidades da realidade. De maneira geral, eles humanizam a aplicação do direito. As regras, por sua vez, são guias claros e rígidos de comportamento, com abstração reduzida. Elas são susceptíveis de aplicação imediata e possuem conteúdo meramente funcional. A caracterização entre esses dois tipos de espécies normativas é o primeiro passo para a compreensão da efetividade de um artigo constitucional.

Lenza (2011) aponta, ainda, que há dois tipos de eficácia de uma norma constitucional: a eficácia social e a eficácia jurídica. As normas de eficácia social têm potencial de regular relações quando aplicadas a casos concretos, ou seja, são efetivamente e imediatamente aplicadas nas relações sociais. As leis trabalhistas são exemplo desse modelo de norma, como apontaremos a seguir. Por sua vez, as normas de eficácia exclusivamente jurídica não produzem efeitos imediatos, elas apenas revogam todas as normas anteriores que com ela conflitam, como as normas referentes a assistência à família, que também veremos nos próximos itens.

Segundo Silva (1968, p. 58), define-se:

A eficácia social designa uma efetiva conduta de acordo com a prevista pela norma; refere-se ao fato que a norma é realmente obedecida e aplicada (...). A eficácia jurídica da norma designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, com possibilidade de sua aplicação jurídica. Possibilidade e não efetividade.

As normas constitucionais, ainda de acordo com Lenza (2011), também podem ser classificadas como sendo de eficácia plena, contida e limitada.

Os dispositivos que possuem eficácia plena têm aplicabilidade direta, imediata e integral, estão aptos a produzir todos os seus efeitos no momento em que a Constituição entra em vigor. Elas são, por excelência, exigíveis⁴¹.

As normas constitucionais de eficácia contida, por sua vez, têm aplicabilidade direta e imediata, mas não integral. Isso significa que, embora a promulgação da constituição produza todos os efeitos da norma, uma lei infraconstitucional pode reduzir a sua abrangência. Assim, as normas constitucionais de eficácia contida estão sujeitas à limitação de sua eficácia e aplicabilidade. De qualquer forma, enquanto não materializado o fator de restrição, o dispositivo tem eficácia plena. Os fatores de restrição podem ser, além de legislação infraconstitucional, a decretação de estado de defesa ou de sítio, por motivo de ordem pública, bons costumes ou paz social⁴².

As normas constitucionais de eficácia limitada são fundamentais para a realização desta pesquisa, visto que os direitos sociais à saúde pública, em sua maioria, têm caráter de norma de eficácia limitada. A principal característica dessas normas é que, no momento em que a Constituição é promulgada, elas não produzem nenhum efeito. Para tal, faz-se necessária uma lei integrativa infraconstitucional e, portanto, dependem dos interesses legislativos e seus trâmites.

Desta maneira, sempre que uma norma constitucional de eficácia limitada demanda uma lei para que seja efetivada, esta lei será denominada de complementar, geralmente requisitada no próprio texto constitucional, embora possa haver exceções, como mostraremos a seguir.

Na Constituição de 1946 há inúmeros exemplos. No artigo 137 lemos: “A lei estabelecerá as condições de requisição dos direitos políticos e da nacionalidade”. Nota-se que não há a palavra complementar, mas como a Constituição a prevê expressamente, ela será considerada complementar.

⁴¹No artigo 121 da Constituição de 1934, § 8º, temos o exemplo de um dispositivo de eficácia plena - Nos acidentes do trabalho em obras públicas da União, dos Estados e dos Municípios, a indenização será feita pela folha de pagamento, dentro de quinze dias depois da sentença, da qual não se admitirá recurso *ex officio*.

⁴²Um exemplo comum de norma de eficácia contida pode ser encontrado no próprio texto de 1934, no artigo 121, “§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: i) regulamentação do exercício de todas as profissões.” Isso significa que um órgão de classe ou um sindicato pode reduzir a amplitude do direito constitucionalmente garantido.

Silva (1968) aponta que os artigos dependentes de normas complementares estabelecem apenas princípios esquemáticos constitutivos, que não são suficientes para a efetividade do dispositivo. Assim fica-se à espera do legislativo vincular a ele uma lei complementar. O autor denomina as normas veiculadoras de direitos sociais de normas constitucionais sócio-ideológicas e destaca que a doutrina jurídica tende a considerá-las artigos sem nenhuma eficácia. O autor aponta, contudo, que as constituições sociais trazem uma marca de compromisso com a cidadania, que já obriga o Estado a cumprir tais promessas. Silva (1968, p. 178) afirma:

É certo que os elementos sócio-ideológicos das constituições trazem a marca de compromisso que caracteriza o constitucionalismo contemporâneo, e muitas de suas disposições não conseguiram força diretamente operante, limitando-se a traçar princípios e esquemas programáticos. Mas, aos poucos, de constituição em constituição, vão elas captando mais e mais conteúdo concreto (...).

Os critérios que determinam a eficácia das normas constitucionais serão utilizados aqui como ferramenta metodológica. Eles nos permitiram analisar os direitos à saúde pública usando os seguintes critérios: (1) eles são regras ou princípios; (2) se eles possuem eficácia social ou jurídica e (3) se são normas de eficácia plena, contida ou limitada.

3. Os dispositivos constitucionais veiculadores de direitos sociais na Constituição de 1934.

A Constituição de 1934 é a primeira, no Brasil, a trazer dispositivos constitucionais veiculadores de direitos sociais. Isso significa, segundo a Metodologia de Análise Constitucional (ARANTES e COUTO, 2006, 2008) que adotamos aqui, que o texto de 34 inaugura o terceiro pilar da *polity* democrática, ou seja, direitos materiais orientados para a cidadania e para a igualdade. O preâmbulo da Constituição de 1934 já definia como objetivo da Assembleia Constituinte o estabelecimento de um regime democrático que assegurasse aos brasileiros o bem-estar social e econômico.⁴³

Neves (2009) aponta que o constitucionalismo está relacionado com as mudanças estruturais que marcam as sociedades, assim como seus amplos processos de diferenciação sistêmico-funcional. Dessa maneira, só poderemos entender o significado da Constituição de 1934 levando-se em conta como ela reflete as transformações da sociedade e, principalmente, do Estado e da administração pública brasileira nos anos 30. O discurso do constituinte Humberto Moura aponta o papel da constitucionalização dos direitos sociais na Constituição de 1934. Assim, segundo Moura (BRASIL, 1934, p. 95-6):

(...) o trabalhador nacional tem necessidade de se libertar da escravatura que lhe oferta o desamparo das leis. E que a Assembleia Constituinte de 34 seja a portadora de horizontes propícios ao justo anhélo desta gente, sob o guante de incontáveis deveres, mas sem a garantia de nenhum direito. Cumpre-nos consignar taxativos dogmas de fé social nos destinos do trabalhador do Brasil – legítimos e inconfundíveis operários da sua grandeza e da sua estabilidade, notadamente. Temos o dever de cuidar deste alevantado programa, que é o de zelar atentamente da sociedade e da pureza dos pequenos organismos sociais – se é que pretendamos ter a consciência de uma obra sem mácula, isenta de imperfeições.

⁴³É interessante a comparação do preâmbulo da Constituição de 1934 com o preâmbulo da Constituição de 1891. Eles já são profundos indicadores do caráter de cada um dos textos constitucionais. Lemos no preâmbulo do texto de 1934: “Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte (...)”. Por outro lado, o preâmbulo do texto de 1891 afirmava: “Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte (...)”.

No âmbito internacional, como já mencionamos no primeiro capítulo, muitas constituições passaram a apresentar o terceiro pilar da *polity* democrática. Segundo o constituinte Deodato Maia, a tendência à internacionalização do novo direito social evidenciava-se, no Brasil, pela necessidade de codificação e unificação, para que esses direitos tivessem a mesma estrutura em todos os países e, além disso, para que esse mosaico de direitos fosse sistematizado em uma única esfera jurídica.

Santos (1998) aponta que a constitucionalização de direitos sociais reflete o reconhecimento pelo Estado da existência de direitos coletivos⁴⁴, que deveriam ser garantidos pela União. Até então, apenas os direitos civis, de caráter exclusivamente individualista, recebiam a tutela jurisdicional do Estado. O constitucionalismo social também reafirma o processo pelo qual é delegada competência ao poder público para intervir e regular os contratos, antes de âmbito exclusivamente privado, que se realizavam na esfera da produção. Assim, a garantia da proteção social só surge no Brasil quando o Estado reconhece que a problemática social não era estritamente privada e que não era o mercado a única instituição cuja responsabilidade era zelar por eles.

O autor também enfatiza que as elites dominantes apenas se dispuseram a considerar a existência de um problema social - que cabia ao Poder Público administrar - para apaziguar conflitos que seriam certamente gerados pelo processo de acumulação do capital. Santos (1998) defende que a constitucionalização dos direitos sociais revela a falência da tentativa de organizar a vida econômica e social do país segundo a lógica liberal do *laissez-fair*, iniciada com o fim da escravidão em 1888. Ocorre, a partir da vitória dos revolucionários em 1930, o fim da utopia liberal e o Estado passa a intervir na vida econômica do país, como queria os intelectuais da Primeira República e os tenentes.

⁴⁴A expressão “direitos coletivos” é utilizada aqui de forma contrária aos direitos privados, baseados em contratos onde se manifesta a livre vontade das partes. Os contratos coletivos, por sua vez, incluem normas cogentes e direitos indisponíveis. Esse assunto é discutido largamente entre doutrinadores juristas, dentro eles Diniz (2011). O Código Civil de 1916, LEI Nº 3.071 é também uma interessante fonte de pesquisa nessa temática.

Ainda citando o constituinte Deodato Maia, os direitos sociais tinham como fundamento a busca de uma forma justa de convivência entre todos na sociedade brasileira e uma resposta para as lutas dos oprimidos em sua luta contra os seus opressores. Claramente, aqui, uma afirmação da possibilidade do Direito transformar as relações Estado/sociedade.

Assim, o Título IV, chamado “Da Ordem Econômica e Social”, da Constituição de 1934, aparece pela primeira vez em uma constituição brasileira, refletindo tais mudanças.

No artigo 115 define-se a finalidade da ordem econômica e social, qual seja, possibilitar a todos uma existência digna⁴⁵. Utilizando a metodologia supramencionada, tratava-se de um princípio, de caráter absolutamente abstrato e não de uma regra. Este artigo também expressa uma tentativa de incorporação de um modelo de democracia social com os pressupostos do liberalismo econômico, indicando pontos de continuidade com a Constituição anterior. O legislador constituinte determina, assim, que a liberdade econômica será exercida dentro dos limites princípios de justiça e das necessidades nacionais.

No parágrafo único deste mesmo artigo, determina-se que o Poder Público ficaria responsável por verificar o padrão de vida de cada região do país. Não, há, contudo, nenhuma indicação de que poderes teriam competência para fazer essa verificação periodicamente, o que claramente indica que se trata de um artigo de eficácia limitada.

Talvez a maior prerrogativa da democracia social – a intervenção do Estado na economia – ainda não é princípio constitucional em 1934. O legislador constituinte apenas determinou que a União pudesse monopolizar certas atividades econômicas mediante interesse público, mas também se trata de uma lei de eficácia limitada, sujeita a promulgação de uma lei complementar.

⁴⁵Constituição de 1934, Art. 115 – “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.”

Na lógica das tendências nacionalistas que marcaram as décadas de 20 e 30 do século XX, a Constituição de 1934 estabelece, no artigo 116, a nacionalização progressiva dos bancos de depósito e a nacionalização das empresas de seguro, também por meio de lei complementar, uma vez que se trata de um dispositivo de eficácia limitada.

Outra inovação importante trazida pelo texto de 34 é o reconhecimento da legalidade dos sindicatos⁴⁶, que não eram sequer mencionados na Constituição de 1891. Agora sim estamos diante de um artigo de eficácia plena e imediata. A legalidade sindical também garantia, conforme o parágrafo primeiro, letra j, a adoção das convenções coletivas⁴⁷ como fontes legítimas do direito do trabalho, ou seja, o reconhecimento de contratos públicos em relações privadas.

A palavra “trabalhador” aparece pela primeira vez em um texto constitucional brasileiro em 1934, e, no artigo 121, a proteção social do trabalhador é garantida⁴⁸ como princípio constitucional, não com regra de aplicação ao caso concreto. Este mesmo artigo determina que caberia à lei o amparo da produção por meio de dispositivos que estabelecessem as condições de trabalho, tanto urbano quanto rural.

Finalmente, ainda no artigo 121, dos parágrafos primeiro ao oitavo, a constituição concede um conjunto inovador de direitos aos trabalhadores, tais como férias, jornada de oito horas, indenizações, etc, todos com a finalidade de melhorar as condições do trabalhador. Todos são direitos exigíveis e artigos de eficácia plena e imediata.

O trabalho agrícola não recebe tratamento específico no texto de 34. O artigo 121, parágrafo quarto, determina a criação de uma regulamentação especial para este tipo de trabalho, mediante lei complementar. O artigo fixa, contudo, alguns direitos: a educação rural e a preferência do trabalhador rural no aproveitamento das terras públicas.

⁴⁶ Constituição de 1934, Art. 120 – “Os sindicatos e as associações profissionais serão reconhecidos de conformidade com a lei.”

⁴⁷Segundo Garcia (2010, p. 68): “A convenção coletiva põe fim a conflitos coletivos envolvendo a categoria profissional e a categoria econômica. Assim, em princípio, é firmada pelos respectivos sindicatos de trabalhadores e empregadores.”

⁴⁸ Constituição de 1934, Art. 121 – “A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.”

O fundamental para essa pesquisa, no que diz respeito aos seus objetivos, é que a Constituição de 1934 cria a Justiça do Trabalho, em seu artigo 122 e também define a criação de Tribunais do Trabalho e Comissões de Conciliação entre empregadores e empregados. Isso implica, necessariamente, que os constituintes criaram mecanismos constitucionais de exigibilidade dos direitos do trabalho. A crítica que dizia respeito às dificuldades de implementação de direitos sociais e à exigibilidade dos mesmos, não cabe ao que diz respeito aos direitos referentes ao trabalho, como apontam os artigos supramencionados⁴⁹ e como já havíamos apontado no primeiro capítulo.

Não há, na Constituição de 1934, nenhum título ou capítulo destinado exclusivamente à saúde pública. O artigo 10 estabelece que competia à União e aos Estados zelar pela saúde e pela assistência pública. O artigo 138 determina como sendo competência da União, estados e municípios uma série de direitos sociais, inclusive à saúde pública. O primeiro deles é o amparo aos desvalidos, por meio de serviços especializados - que ainda seriam criados - e do serviço social. O mesmo artigo estabelece a necessidade de higiene pública, como meio de impedir a propagação de doenças transmissíveis. Há também um apelo para a adoção de medidas legislativas e administrativas para combater a morbidade infantil. O artigo, contudo, apenas aponta para as necessidades referentes à saúde pública, mas não cria nenhum meio de efetivá-las, tratando-se, portanto, de um artigo de eficácia limitada⁵⁰.

Ainda no artigo 138 ocorre a constitucionalização de outros direitos sociais, além dos direitos à saúde: amparo à maternidade e à infância, socorro à famílias com muitos filhos, proteção à juventude contra a exploração e abandono e estímulos à educação eugênica⁵¹. Todos eles direitos de eficácia limitada.

⁴⁹Constituição de 1934, Art. 122 - Para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, à qual não se aplica o disposto no Capítulo IV do Título I. Parágrafo único - A constituição dos Tribunais do Trabalho e das Comissões de Conciliação obedecerá sempre ao princípio da eleição de membros, metade pelas associações representativas dos empregados, e metade pelas dos empregadores, sendo o presidente de livre nomeação do Governo, escolhido entre pessoas de experiência e notória capacidade moral e intelectual.

⁵⁰A saúde pública foi pouco discutida na Assembleia Nacional Constituinte de 1934. O constituinte Pacheco e Silva é um dos legisladores que menciona o tema. Ele afirma que o Brasil é um vasto hospital, metáfora utilizada para chamar atenção para a falta de saúde pública no país. Ele defendia que as reformas referentes à saúde pública deveriam ter primazia sobre todas as outras e propôs a elaboração de um capítulo na nova Constituição exclusivamente destinado à saúde. A lógica da defesa da saúde pública estava, contudo, submetida à do trabalho. Ele afirma que é preciso proteger a saúde justamente porque o homem é o capital mais importante na ordem econômica. Pacheco e Silva também que, nas escolas, seja lecionada uma matéria referente à higiene. Como vimos, pouco disso foi aplicado.

⁵¹Atualmente a educação eugênica é considerada inconstitucional.

Em seguida inicia-se o capítulo que contém os direitos contidos “Da Educação e da Cultura”. Em primeiro lugar, a Constituição de 1934 delega à União, Estados e Municípios favorecer o desenvolvimento da educação e da cultura e, em seu artigo 152, parágrafo único, afirma que compete aos Estados e ao Distrito Federal criar Conselhos de Educação. É fundamental enfatizar que a Carta Magna não prevê a criação de tribunais aos quais os cidadãos pudessem se dirigir para exigir seus direitos à educação e à cultura, caso os mesmos não fossem cumpridos.

De qualquer forma, é na Constituição de 1934 que as palavras educação e cultura aparecem pela primeira vez em um texto constitucional brasileiro⁵². Em sua maior parte, contudo, aparecem como princípios, não regras. O texto constitucional reconhece a educação como um direito de todos, cabendo aos Poderes Públicos ministrá-la. É interessante observar em seu artigo 150, a Constituição define que cabe à União fixar um plano nacional de educação e coordenar e fiscalizar sua execução. No entanto, uma vez que compete a União fazê-lo, dificilmente se poderá exigir que os direitos sejam cumpridos, pois não há tribunais educacionais no país. Embora a Constituição crie um Conselho Nacional de Ensino apenas cabe a ele elaborar um plano nacional de educação já mencionado e sugerir ao governo medidas que julgar necessárias para a solução de problemas. Podemos notar aqui a ambivalência apontada por Neves (2010). Observa-se a inclusão jurídica do dissenso estrutural e se supera uma situação onde um direito havia até então sido negado, mas ao mesmo tempo não há possibilidade de exigibilidade, pois, novamente, temos aqui a dificuldade de implementação processual dos direitos à Educação e à Cultura. O próprio Conselho Nacional de Ensino está absolutamente vinculado ao Poder Executivo⁵³.

⁵²Na Constituição de 1824, a palavra cultura aparece, mas fazendo referência ao contexto agrícola.

⁵³ Constituição de 1934, Art. 152 – “Compete precipuamente ao Conselho Nacional de Educação, organizado na forma da lei, elaborar o plano nacional de educação para ser aprovado pelo Poder Legislativo e sugerir ao Governo as medidas que julgar necessárias para a melhor solução dos problemas educativos bem como a distribuição adequada dos fundos especiais.”

Embora a segurança seja considerada um direito social e ainda que a Constituição de 34 reserve o Título VI, para questões de segurança nacional, é necessária uma análise dos dispositivos contidos aí para compreender as preocupações demonstradas por nossos constituintes em nas questões relativas à segurança. Na verdade, os artigos relativos à segurança regulam majoritariamente a problemática das forças armadas do país e não demonstram uma preocupação específica com a segurança pública da população. Por isso, não vamos considerar que fosse um bem jurídico para nossos atores políticos constituintes a segurança como um direito da cidadania.

O artigo 10⁵⁴ do texto de 34 – único na história constitucional brasileira – define que compete concorrentemente à União e aos Estados fiscalizar a aplicação das leis sociais. Por um lado, portanto, a lei se refere à sua função puramente normativa e determina a quem cabe a fiscalização, propondo, sem dúvida, um mecanismo institucional para eficácia das normas veiculadoras de direitos sociais. Por outro lado, mostra o Estado como aquele que tutela a aplicação dessas mesmas normas, aquele que é protetor da sociedade. A força simbólica do artigo 10 não pode ser negada. Enquanto no primeiro nível temos um Estado que se apresenta como o proprietário da cidadania e, portanto, o único que pode concedê-la⁵⁵ - uma manifestação clara de paternalismo social - no segundo nível temos a busca, empreendida pelos nossos atores políticos constituintes, da inclusão jurídica do dissenso, que força o Estado a se comprometer em buscá-la.

O mencionado artigo também traz à tona outro problema fundamental, que é o desequilíbrio de forças entre os poderes, uma vez que ele tira do Legislativo e do Judiciário a possibilidade de serem atores políticos no que diz respeito à fiscalização da aplicação dos direitos sociais e, portanto, os transforma em direitos inexigíveis por parte da população carente.

⁵⁴ Constituição de 1934, artigo 10, *caput* e inciso V: “Art. 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados: (...)V - fiscalizar a aplicação das leis sociais;”.

⁵⁵Carvalho (2011, p.10), sobre os direitos à cidadania, afirma: “A garantia de sua vigência depende da existência de uma eficiente máquina administrativa do Poder Executivo”.

Outro direito social garantido pela Constituição de 1934, agora em um novo título, “Disposições Gerais”, é a garantia contra os efeitos das secas na região nordeste, que novamente é de prerrogativa da União. O artigo 177⁵⁶ menciona um plano sistemático para o cumprimento desse direito social, mas não cria mecanismos institucionais para sua elaboração.

De maneira geral, os dispositivos constitucionais que mencionam direitos sociais, são de eficácia limitada ou são apenas princípios, cujo caráter abstrato não permite sua aplicação. No entanto, precisamos salientar que esse aspecto acaba gerando uma obrigação ao Estado de, em algum momento, transformá-los em lei. Em última instância, mostram que o legislador reconheceu sua importância e necessidade para o fortalecimento da cidadania.

4. Os dispositivos constitucionais veiculadores de direitos sociais na Constituição de 1946.

Ao manter a tradição da Constituição de 1934, a Constituição de 1946 continua a incorporar o terceiro pilar da *polity* democrática, trazendo dispositivos veiculadores de direitos sociais. Os programas dos partidos políticos que tiveram representantes eleitos para a Assembleia Constituinte já indicavam que esse caminho seria o escolhido.

A UDN iniciou-se com um conjunto heterogêneo de interesses, pois reunia elites oligárquicas e liberais. Benevides (1981) situa os membros da UDN em cinco categoriais: as oligarquias que perderam poder com a Revolução de 30; antigos aliados de Getúlio Vargas; aqueles que se afastaram do Estado Novo antes de 1945 e as esquerdas, formadas por intelectuais socialistas, o movimento estudantil e os comunistas dissidentes do PCB.

⁵⁶ Constituição de 1934, artigo 177 – “A defesa contra os efeitos das secas nos Estados do Norte obedecerá a um plano sistemático e será permanente, ficando a cargo da União, que dependerá, com as obras e os serviços de assistência, quantia nunca inferior a quatro por cento da sua receita tributária sem aplicação especial.”

Segundo Benevides (1981) a UDN defendia medidas concretas. Em primeiro lugar eram apologetas dos direitos liberais clássicos – civis e políticos – dentre eles o pluripartidarismo e a liberdade de expressão da opinião pública. Além disso, também reivindicavam a autonomia sindical e o direito à greve. Na plataforma da UDN aparecia um conjunto de direitos sociais, como participação dos trabalhadores nos lucros das empresas, ensino público gratuito, previdência social e distribuição de propriedades rurais sem aproveitamento. A intervenção do Estado na economia provocava discussões na UDN, mas era parte integrante da plataforma do partido.

Delgado (1989) afirma que o programa do PTB era marcado pela defesa da legislação trabalhista e social que marcaram a Constituição de 1934. A busca por direitos sociais dizia respeito à luta contra a pobreza e a reforma agrária. A intenção do programa era atrair trabalhadores e sindicalistas para a legenda. Assim, como a UDN, eram a favor da autonomia sindical e a extensão da legislação social ao campo, já que em 34 apenas os trabalhadores urbanos foram beneficiados.

O PTB foi nada mais que um esforço de Vargas em ganhar popularidade entre trabalhadores e sindicatos. Assim, a legenda defendia a legislação trabalhista de 34, desde que adaptada a proposta de maior liberdade sindical, maior participação dos trabalhadores nas decisões políticas, maior salário e mais benefícios aos trabalhadores. Do ponto de vista da efetivação desses direitos, lutavam pela criação da Justiça do trabalho em todos os centros do país, de forma a assegurar celeridade processual e aplicação mais rigorosa do direito. Também defendiam a concretização de um programa de serviço social no Brasil, para proteger as famílias dos trabalhadores.

Foi mencionado que o preâmbulo da Constituição de 1934 trazia os ideais democráticos de justiça e bem-estar econômico e social. O preâmbulo da Constituição de 1946, por sua vez, traz à tona a necessidade de execução dos direitos presentes no texto, exigindo das autoridades o cumprimento fiel dos mesmos. Podemos notar claramente a passagem de um momento histórico em que era necessário constitucionalizar direitos para outro, em que é preciso cumpri-los.⁵⁷

⁵⁷Preâmbulo da Constituição de 1946: A Mesa da Assembleia Constituinte promulga a Constituição dos Estados Unidos do Brasil e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, nos termos dos seus artigos. 218 e 36, respectivamente, e manda a todas as autoridades, às quais couber o conhecimento e a execução desses atos, que os executem e façam executar e observar fiel e inteiramente como neles se contém. Publique-se e cumpra-se em todo o território nacional.

A Constituição de 1946 mantém os direitos sociais sob o mesmo título que marcou o texto de 1934, a saber: Da Ordem Social e Econômica.

O artigo 145⁵⁸, que inaugura o título, evidencia o interesse de nossos legisladores em manter o liberalismo econômico mediado pela democracia social. Por isso, o constituinte determinou a necessidade de conciliação da liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano por meio da lei.

A Constituição de 1934 permitia ao Estado monopolizar determinadas atividades econômicas. O texto de 1946 extrapola, afirmando que o Estado também pode, além de monopolizar, intervir na economia, segundo interesse público. É o primeiro texto constitucional brasileiro a admitir, claramente, a necessidade da intervenção do Estado na economia. Fica evidente aqui um rompimento mais claro com o liberalismo econômico do que fora feito em 34.

Outra manifestação clara dos pressupostos da democracia social em detrimento do liberalismo econômico é a determinação de que o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. Embora estabelecido apenas como princípio, trata-se do reconhecimento do Estado do uso social da propriedade. Podemos também afirmar que a tradição do direito civil no que se refere à defesa da propriedade privada é suplantado aqui pelos direitos sociais. O mesmo artigo estabelece que o Estado poderia promover a justa distribuição da propriedade⁵⁹, indicando a supremacia do direito público em relação ao direito privado.

A Constituição de 1946 também estabeleceu que o Estado poderia intervir na atividade econômica para reprimir qualquer empresa que abusasse do poder econômico. Desta maneira, a lei proibiu as tentativas de eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

⁵⁸ Constituição de 1946, art. 145: A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

⁵⁹A Constituição de 1946, o artigo 147, determina: O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

Por sua vez, afirma o artigo 141, § 16, impõe algumas limitações ao artigo 147: É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.

A atividade agrícola recebe especial proteção na Constituição de 1946. No artigo 150 determina-se a criação de estabelecimentos de crédito especializados para amparar a lavoura e a pecuária. Já no artigo 156, o constituinte percebeu a necessidade de se facilitar a fixação do homem no campo, por meio de planos de colonização e de aproveitamento das terras públicas. O parágrafo terceiro deste mesmo artigo delibera que aquele que, não sendo proprietário, ocupar, por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, trecho de terra não superior a vinte e cinco hectares e torná-lo produtivo por seu trabalho e tendo nele sua morada, terá direito a essa propriedade, depois de estabelecida sentença declaratória. Tratava-se de um grande avanço em relação à Constituição de 1934.

Nos dezessete incisos do artigo 157, o texto de 1946 constitucionaliza uma série de direitos trabalhistas que já haviam sido determinados pela lei 5452 de 1943 – a Consolidação das Leis do Trabalho. O artigo 158 reconhece o direito à greve, mas deixa para legislação complementar regulamentá-lo. Já o artigo 159 estabelece a liberdade sindical. De fato, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias o legislador constituinte anistiou todo trabalhador que tenha sofrido penas disciplinares, por participação em greves ou dissídios do trabalho. Todos são artigos de eficácia plena e imediata.

No Título VI - “Da Família, da Educação e da Cultura” -, inicia-se a constitucionalização de direitos sociais de ordem não trabalhista. Em primeiro lugar institui-se direitos que dizem respeito à família. Torna-se obrigatório, no artigo 164, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. Além disso, determina-se a criação de lei complementar para o amparo de famílias de prole numerosa. São todos direitos de eficácia limitada, dependendo do legislador para a elaboração de leis complementares.

Em seguida inicia-se o capítulo sobre os direitos relativos à educação e cultura. Determina-se que a educação é um direito de todos e deverá ser inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana. O artigo 168 decreta a obrigatoriedade e gratuidade do ensino primário e determina que as empresas com mais de cem empregados, são obrigadas a manter ensino primário gratuito para os seus servidores e os filhos destes.

Como já mencionado, a educação não é um direito exigível na Constituição de 1946, pois ela é apresentada apenas como princípio. Apesar disso, há, no artigo 169⁶⁰, uma previsão da porcentagem dos impostos que serão destinados na manutenção e desenvolvimento do ensino, tratando-se, nesse caso, de um artigo de eficácia plena.

No artigo 170 delibera-se que é competência da União a organização do sistema federal de ensino e, no 171, atribui-se aos Estados e ao Distrito Federal a competência de organizar os seus respectivos sistemas de ensino. No entanto, a União cooperará com auxílio pecuniário tanto nos Estados como no Distrito Federal.

O artigo 172 decreta que cada sistema de ensino terá obrigatoriamente serviços de assistência educacional que assegurem aos alunos necessitados condições de eficiência escolar. O que chama a atenção, contudo, é que não há nenhuma regulamentação para essa assistência e nem menção a lei complementar futura para fazê-lo. O mesmo ocorre com o artigo 174, por meio do qual o legislador determina que é dever do Estado o amparo à cultura. Já no parágrafo único deste mesmo artigo fica de responsabilidade de legislação complementar a criação de institutos de pesquisa.

A inclusão de direitos sociais nas décadas de 30 e 40 no Brasil não significou o aumento de prerrogativas políticas do Poder Judiciário. Pelo contrário, elas implicaram no aumento das prerrogativas do Poder Executivo e do fortalecimento da burocracia estatal. A maneira pelo qual os direitos sociais foram constitucionalizados também relegou a população a esperar a ação legislativa, bem como a tornou refém dos interesses partidários, impedindo que esses direitos fossem imediatamente acessíveis à população.

5. O Judiciário na Tripartição dos Poderes nas Constituições de 1934 e 1946

A Constituição de 1934 é única no Brasil no que diz respeito à separação de poderes. Ela introduziu um novo modelo de bicameralismo, no qual a Câmara dos Deputados possuía sozinha o exercício efetivo do Poder Legislativo. O Senado Federal era apenas um poder colaborador.

⁶⁰Constituição de 1946, artigo 169 - Anualmente, a União aplicará nunca menos de dez por cento, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nunca menos de vinte por cento da renda resultante dos impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Essa não é, contudo, a única singularidade. O modelo de representação do texto de 1934 também é inovador, pois passaram a fazer parte da Câmara dos Deputados não apenas representantes eleitos do povo, mas também representantes eleitos indiretamente por associações profissionais. O modelo de representação política da Constituição de 1891 torna-se, em 1934, político-corporativo. O Poder Executivo, contudo, predominava.

A Constituição de 1946, por sua vez, restitui ao Senado suas características institucionais tradicionais. No entanto, fortalece o Poder Legislativo, diminuindo as competências legislativas do Executivo⁶¹.

A comparação sistemática dos artigos intitulados “*Do Poder Judiciário*” nos textos constitucionais de 1934 e 1946 revela as mudanças ocorridas nesta instituição em dois períodos democráticos. A partir desta análise é possível reconstituir as atribuições deste órgão, verificando se, desde então, ele já recebia prerrogativas para tomada de decisões políticas.

De fato, a questão relativa aos direitos sociais está subordinada à temática do acesso à justiça e do direito processual como meio de efetivação dos direitos garantidos constitucionalmente pelo Estado. Por isso, faremos, a seguir, algumas considerações sobre o Direito Processual no Brasil, antes de analisarmos os artigos referentes ao Poder Judiciário.

Leite (2010) afirma que, no Estado moldado pelo constitucionalismo liberal, o processo é caracterizado pelo tecnicismo, legalismo, positivismo jurídico acrítico e neutralismo do Poder Judiciário. Isso significa que, em juízo, todos são tidos como sujeitos de direito, sem serem levadas em conta a diversidade de condições econômicas, sociais e políticas. O constitucionalismo social, ainda de acordo com Leite (2010), implica em algumas mudanças processuais. O seu objeto passa ser a jurisdição, não apenas a ação, permitindo, assim, o acesso do economicamente fraco à Justiça.

⁶¹Segundo Pessanha (1997, p. 61): “A Constituição de 1946 não conferiu ao Poder executivo a delegação legal – quando o legislativo concede ao executivo, por solicitação deste, o poder de baixar leis – e tampouco o direito de legislar em caráter emergencial e extraordinário – emissão de normas com força de lei, em casos excepcionais, e posterior ratificação ou aprovação do legislativo”.

No entanto, o constitucionalismo social brasileiro não significou efetivamente o aumento de atribuições políticas ao Judiciário. A solução encontrada foi no sentido oposto. O constitucionalismo social aumentou o poder do Executivo⁶², ao qual é reconhecida a competência de editar políticas públicas de intervenção social. Isso significou que apenas os direitos trabalhistas são juridicamente exigíveis. Resumindo, Leite (2010) aponta, assim, que o processo brasileiro no Estado Social diz respeito apenas à criação de uma Justiça do Trabalho, ao *ius postulandi*, e à coletivização do processo trabalhista.

Santos (1998) completa o argumento de Leite (2010) dizendo que é o Ministério do Trabalho, criado em 4 de fevereiro de 1931, o órgão por excelência destinado à prover meios materiais e humanos para a execução e fiscalização da legislação trabalhista e previdenciária. A possibilidade processual – que dá a exigibilidade ao direito assegurado constitucionalmente - não se estende aos demais direitos sociais. Como vimos acima, a maior parte dos direitos sociais é de eficácia limitada, o que condiciona sua eficácia à elaboração de legislação complementar pelo Legislativo e à sanção do Executivo. Ao Judiciário cabe apenas o controle de constitucionalidade.

Sutil (2000), estudando a criação de Estados de bem-estar social na América Latina, analisa as particularidades desse processo, que, de fato, exclui o Judiciário e, paralelamente, aumenta os poderes do Executivo. Ele enfatiza que a atribuição de prerrogativas políticas ao Judiciário nunca esteve na agenda das elites políticas nessa região. Segundo Sutil (2000, p. 284):

⁶²De acordo com Boschi e Lima (2003), desde a década de 30 é notória a centralidade do Executivo na engenharia institucional republicana. Boschi e Lima (2003, p.197) afirmam: “(...) subjacente à noção de Estado, estaria a figura do Poder Executivo, a partir do qual se ordenariam todas as relações, incluindo as que se estabelecem com o demais Poderes, sobretudo o Legislativo (...)”

O movimento a favor do estado de bem-estar social que ocorreu em muitos países latino-americanos a partir de meados dos anos 1920 também não se ocupou com o Judiciário. Esse ramo do poder não era o que distribuía os benefícios. Foi o momento em que o poder e sua burocracia cresceram. As elites não deram poder ao ramo judiciário para controlar ou eliminar a expansão do Estado e seus poderes reguladores; entretanto, essas elites, com apoio do povo mediante o populismo, consolidaram o desequilíbrio endêmico da América Latina em favor do Poder Executivo, um processo que ocorreu em detrimento dos outros poderes, quando não da sociedade civil.

O processo descrito pelo autor foi reproduzido no Brasil. Temos, na década de 30, um fortalecimento do Judiciário e um aumento de suas prerrogativas. Sobre isso é bastante interessante a definição trazida pelo constituinte Deodato Maia de direitos sociais:

Esse direito social exercita-se em toda parte, e atendo-se à terminologia dos juriconsultores alemães, ele é “desde o ponto de vista objetivo”, o conjunto de normas ou de regras ditadas pelo Poder Público para regular as relações entre empregadores e empregados e, no ponto de vista subjetivo, a faculdade de fazer, exigir ou emitir alguma coisa ou direito, conforme as autorizações ou limitações concedidas por lei aos organismos por elas criados. (BRASIL, 1934, p.428-9)

Nota-se aqui, claramente, que a possibilidade de exigir o direito era apenas no que dizia respeito aos direitos trabalhista, pois, em relação aos demais direitos, a responsabilidade era exclusiva do Executivo e do Legislativo. A Constituição de 1934 determinava que o Poder Judiciário fosse composto de quatro órgãos: a Corte Suprema, os Juízes e Tribunais federais e os Juízes e Tribunais eleitorais. Por sua vez, a Constituição de 1946 acrescenta um órgão, que são os Juízes e Tribunais do trabalho. É fácil concluir que esta última atribui ao Judiciário a prerrogativa de tomada de decisão sobre um direito social e, portanto, de natureza política.

No entanto, a definição dada pelo constituinte deixa claro que a ação processual que confere exigibilidade aos direitos sociais, apenas se estendia aos direitos trabalhistas.

A conclusão que podemos chegar é que, desde 1934, os atores políticos brasileiros estabeleceram um acordo, onde apenas os direitos trabalhistas são assegurados pelo poder Judiciário, pois o Executivo e o Legislativo eram as instituições consideradas legítimas para tomar decisões concernentes às demais questões de justiça social no país. Cittadino (2003) argumenta que essa engenharia institucional traz certa responsabilidade democrática aos juízes, mas, ao mesmo tempo, é tema paradoxal, porque, embora não restem dúvidas sobre a importância da atuação do Poder Judiciário na garantia da efetivação dos direitos da cidadania, por outro lado nem sempre esse protagonismo dos tribunais é compatível com a própria democracia.

Eisenberg (2003) complementa o que foi supramencionado, afirmando que o constitucionalismo social incorpora dispositivos de direito – o terceiro pilar da *polity* democrática - que estão ainda frágeis e não devidamente formalizados. Segundo o autor, isto cria a imagem paradoxal de um país cheio de leis, mas sem leis.

De fato, a Constituição de 1934 proibia que o Poder Judiciário tomasse decisões em matérias exclusivamente políticas⁶³, delegando esta prerrogativa ao Executivo e ao Legislativo. A vedação de questões exclusivamente políticas ao exame judicial implica necessariamente que determinados direitos sejam ignorados pelo Judiciário ou, pelo menos, desjurisdicizados. A pergunta indispensável aqui diz respeito ao que o legislador constituinte definiu como *matérias exclusivamente políticas*. Trata-se, na verdade, das matérias que se referem ao exercício de poderes discricionários, ou seja, ao exercício dos poderes que a Constituição determina serem prerrogativas exclusivas do Legislativo e do Executivo.⁶⁴ As questões referentes aos direitos civis – de natureza privada - ainda permaneciam sob legítima proteção do Judiciário.

⁶³Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934: art. 68 – “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.”

⁶⁴É bastante interessante notar que este mesmo dispositivo constitucional aparece na Constituição autoritária de 1937, em seu artigo 94. A Constituição de 1891 não fazia qualquer referência a matérias políticas.

A Corte Suprema - conforme denominação da Constituição de 1934 - e o Supremo Tribunal Federal - de acordo com a Constituição de 1946 – são formados por onze ministros, nomeados pelo Presidente da República. No que diz respeito aos crimes de responsabilidade⁶⁵, os Ministros da Corte Suprema serão processados e julgados por um Tribunal Especial⁶⁶. O texto de 1946, por outro lado, determinava que os Ministros do Supremo Tribunal Federal fossem processados e julgados pelo Senado Federal. Esta mudança indica um aumento de prerrogativas do Legislativo sob o Judiciário.

6. O caráter simbólico dos princípios nas Constituições de 1934 e 1946

A Constituição de 1934 teve o grande mérito de trazer os direitos trabalhistas definitivamente ao ordenamento político brasileiro como direitos constitucionais. Ela também definiu claramente as condições de exigibilidade desses direitos. No que diz respeito aos demais direitos, a Constituição de 1934 teve o grande mérito de reconhecê-los, mas não de torná-los direitos exigíveis. O Poder Judiciário só obteve prerrogativa sobre direitos trabalhistas, sendo que os demais ficaram subordinados ao Poder Executivo e ao Legislativo.

A Constituição de 1946 reproduz essa mesma lógica e, assim como a de 1934, reflete a contradição de interesses dos atores políticos e o caráter simbólico dos princípios constitucionais que se apresentam nos artigos estudados acima.

Santos (1998) também aponta que as políticas sociais que cabiam ao governo administrar em benefício dos cidadãos – saúde, educação, segurança, etc – não tinham grupos específicos que pudessem exigí-las, uma vez que o reconhecimento social se dava exclusivamente por meio das categorias profissionais, cuja demanda principal era condições de trabalho mais justas.

⁶⁵Embora denominados crimes, não são sancionados com penas de natureza criminal. Trata-se, na verdade, de infrações político-administrativas, cujas sanções podem levar à perda do cargo público ou sua inabilitação por certo período de tempo para o exercício de funções públicas.

⁶⁶Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934: art. 58 – “O Presidente da República será processado e julgado nos crimes comuns, pela Corte Suprema, e nos de responsabilidade, por um Tribunal Especial, que terá como presidente o da referida Corte e se comporá de nove Juizes, sendo três Ministros da Corte Suprema, três membros do Senado Federal e três membros da Câmara dos Deputados. O Presidente terá apenas voto de qualidade.” Note-se que o Tribunal Especial é uma instituição mista, composta por membro do Judiciário e do Legislativo. Na Constituição de 1946 ele deixa de existir, sendo de competência exclusiva do Legislativo julgar crimes de responsabilidade.

Assim, podemos afirmar que muitos dos princípios referentes à direitos sociais nos textos de 1934 e 1946 têm um caráter simbólico. Neves (2007) é o autor que desenvolveu o conceito de constitucionalização simbólica. Segundo ele, há, nas constituições simbólicas, uma hipertrofia da função político-simbólica do texto constitucional em detrimento de sua eficácia normativo-jurídica. Essa seria a principal característica das constituições de países de modernidade periférica. A finalidade da legislação simbólica pode ser proposta em um modelo tricotômico, afirma Neves (2007).

Nesse modelo, em primeiro lugar, o Estado constitucionaliza leis simbólicas para confirmar valores sociais. Isso ocorre porque os eleitores esperam de seus representantes um posicionamento em relação aos conflitos sociais em torno de valores. No jogo político, isso significa uma forma de reconhecimento da hegemonia de determinado partido em detrimento de outros e, portanto, a eficácia normativa da lei é secundária, frente às vitórias legislativas. Segundo Neves (2007, p.35): “A legislação simbólica destinada primariamente à confirmação de valores sociais tem sido tratada basicamente como meio de diferenciar grupos e os respectivos valores ou interesses”.

Em segundo lugar, Neves (2007) aponta que a legislação simbólica pode ter como objetivo demonstrar a capacidade de ação do Estado. Isso implica que os legisladores, devido às pressões públicas, elaboram leis sem que haja condições concretas de efetivação das mesmas. Assim, o legislador apresenta o sistema político como comprometido com as exigências do cidadão. O autor acentua que as legislaturas são muito curtas para que o eleito comprove ou não o sucesso das leis.

Finalmente, Neves (2007) afirma que o terceiro objetivo da legislação simbólica é adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios. Nesse caso, a legislação aprovada se propõe a resolver divergências, mas, novamente, não possuem condições de eficácia.

A crítica de Neves (2007) aponta, portanto, para a falta de eficácia de concretização de determinados princípios constitucionais, porque neles prevalece seu significado político-ideológico e está latente seu significado normativo-jurídico.

Os princípios constitucionais que norteiam os artigos veiculadores de direitos sociais nas constituições estudadas apresentam esse caráter de legislação simbólica. Isso nos leva a concluir que nossos atores políticos constituintes, nas Assembleias de 1933-34 e 1946 refletiram e legislaram sobre os direitos sociais de forma ambivalente. Há, por um lado, um discurso de manipulação política e embates partidários, baseados em interesses determinados pelo mercado eleitoral, mas, por outro, um deslocamento de sentido do vocábulo simbólico, indicando o reconhecimento das necessidades de direitos para garantia da cidadania.

Segundo Pinheiro (2000) há, no Brasil, um não-Estado de Direito para a maioria das não-elites. Essa situação é agravada pela falta de acesso à justiça, tida como única forma de garantir direitos sociais e pela existência de um Estado não-responsabilizável pela falta de aplicabilidade dos princípios veiculadores de direitos sociais. De acordo com o autor, essa situação é um obstáculo à democratização efetiva. Pinheiro (2000, p. 12) afirma:

(...) essas formas de incivilidade se abatem de preferência sobre as maiorias que constituem as populações pobres e miseráveis, precisamente aqueles setores que são alvos do arbítrio, da criminalização e da discriminação. O Estado, as classes dominantes, as elites não asseguram para essas populações as condições básicas para a realização e efetivação dos direitos humanos. De fato a maior parte dos governos democráticos foi incapaz de formular e implementar políticas públicas eficazes para debelar a sociedade incivil, o não-Estado de Direito, o arbítrio do Estado (um Estado não-“usável” para fortalecer o Estado de Direito) e para regular a sociedade econômica e o mercado para o bem coletivo.

A problemática trazida por Pinheiros (2000) é que, além da ideia de uma legislação simbólica, também temos a dificuldade do acesso à justiça.

Courtis (2010) enfatiza que pessoas que se consideram vítimas de violação de direitos sociais dificilmente podem ajuizar demandas perante uma autoridade imparcial, ou seja, um tribunal ou demandarem ações de reparação aos direitos perdidos. Novamente, o problema levantado aqui por Courtis (2010) diz respeito às dificuldades processuais no que diz respeito aos direitos sociais.

No que diz respeito ao primeiro objetivo desse capítulo, que era determinar qual a configuração dos dispositivos veiculadores de direitos sociais nos textos constitucionais de 1934 e 1946, mostramos que os direitos trabalhistas são artigos de eficácia social plena, exigíveis no Poder Judiciário. Os demais direitos sociais aparecem como princípios, por não possuírem mediações concretizadoras. Eles também são de eficácia limitada, pois dependem de regulamentação do Legislativo.

O segundo objetivo deste capítulo foi determinar qual o desenho institucional da saúde pública nas constituições de 1934 e 1946. Em ambas a saúde pública aparece como um princípio, que tem o reconhecimento do legislador, mas que não gera uma obrigação para o Estado, pelo seu alto grau de abstração e pela completa ausência de mediações concretizadoras.

Finalmente nos perguntamos quais prerrogativas foram atribuídas ao Poder Judiciário nas constituições de 1934 e 1946. A única inovação foi a criação de uma Justiça do Trabalho especializada, mas o Poder Judiciário permanece com as competências típicas do constitucionalismo liberal.

CAPÍTULO 3

O PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUINTE DE 1988

A essência do direito é a realização prática. (IHERING, 2009, p.61).

*A Constituição é um repositório de valores fundamentais
(TEMER, Anais da Subcomissão do Poder Judiciário e Ministério Público, 1987, p. 74).*

Introdução

O objetivo deste capítulo é realizar uma análise dos Anais da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público da Assembleia Constituinte de 1987-88 no que diz respeito ao processo de institucionalização das competências do Poder Judiciário diante do Estado Democrático de Direito que se formava, com o objetivo de responder à segunda pergunta desta pesquisa. Neste capítulo também vamos checar a hipótese de que as mudanças institucionais ocorridas no Poder Judiciário se deveram ao reconhecimento pelos constituintes das dificuldades do Executivo e do Legislativo em efetivar os direitos que constitucionalizavam. Assim, este papel passa a ser compartilhado com o Judiciário. Como consequência deste novo arranjo, ocorre a ascensão institucional do Poder Judiciário como um ator político capaz de resolver algumas das demandas concernentes à eficácia dos direitos sociais. Assim, esta instituição começa a participar de forma cada vez mais ativa das decisões que dizem respeito aos direitos sociais e torna-se o promotor dos mesmos em parceria com os poderes representativos. Desta maneira, extrapola-se a lógica clássica da separação de poderes e o Poder Judiciário se constitui como uma instituição que toma decisões de natureza política, prerrogativa esta que pertencia, originalmente, aos poderes Legislativo e Executivo.

Os Anais da Assembleia Constituinte são documentos públicos e se apresentam como um conjunto de discursos que levaram à tomada de decisão política. Seu resultado político-jurídico é justamente a Constituição de 1988. Nesse sentido, procuraremos respostas que confirmem ou refutem as hipóteses apresentadas, especificamente no que diz respeito à posição dos constituintes quanto ao aumento do poder normativo do Judiciário em relação aos direitos sociais – especialmente à saúde pública.

Para a realização desta análise, apresentaremos os deputados e senadores constituintes por legenda, reconstruindo as ideologias defendidas por cada um deles no que diz respeito à institucionalização do Poder Judiciário no Brasil e ao seu fortalecimento como poder normativo. Posteriormente, será possível reconstituir os principais argumentos apresentados nos Anais da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público. Nossa pretensão é investigar as preferências defendidas por esses atores políticos e, a partir daí, compreender o processo decisório responsável pela elaboração dos dispositivos sobre o Poder Judiciário na Constituição de 1988. Embora a Subcomissão que estudaremos inclua o Ministério Público, este não será objeto desta análise⁶⁷.

No que diz respeito à organização das discussões, o processo constituinte de 1987-88 foi bastante descentralizado. Justamente por isso, os Anais da Assembleia Constituinte de 1988 apresentam-se divididos em Comissões, que, por sua vez estão divididas em Subcomissões Temáticas. Cada uma delas era formada por cerca de vinte ou vinte e um constituintes e era composta por um presidente, dois vice-presidentes e um relator. Cada Comissão e Subcomissão discutiam temas específicos. O quadro 1 abaixo apresenta essas divisões:

Tabela 1: Comissões e Subcomissões da Assembleia Constituinte de 1987-88

1 - Comissão da soberania e dos direitos e garantias do homem e da mulher.
Subcomissão da nacionalidade, da soberania e das relações internacionais.
Subcomissão dos direitos políticos, dos direitos coletivos e garantias.
Subcomissão dos direitos e garantias.
2 – Comissão da organização do Estado.
Subcomissão da União, Distrito Federal e Territórios.
Subcomissão dos Estados.
Subcomissão dos municípios e regiões.
3 – Comissão de organização dos poderes e sistema de governo.

⁶⁷O Ministério Público não será objeto de estudo desta tese porque muito embora a Constituição de 1988 atribua como função institucional do Ministério Público a defesa dos direitos, sem discriminar quais, este acaba atuando efetivamente promovendo a ação penal pública, a ação civil pública e em prol dos interesses dos incapazes. Na Constituição de 1988, os dispositivos relativos ao Poder Judiciário e ao Ministério Público encontram-se em capítulos diferentes, respectivamente III e IV.

Subcomissão do Poder Legislativo.
Subcomissão do Poder Executivo.
Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público
4. Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições.
Subcomissão do sistema eleitoral e partidos políticos.
Subcomissão de defesa do Estado, da sociedade e de sua segurança.
Subcomissão de garantia da Constituição, reforma e emendas.
5. Comissão do sistema tributário, orçamentos e finanças.
Subcomissão de tributos, participação e distribuição das receitas.
Subcomissão de orçamento e fiscalização financeira.
Subcomissão do sistema financeiro.
6. Comissão da ordem econômica.
Subcomissão de princípios gerais, intervenção do Estado, regime da propriedade do subsolo e da atividade econômica.
Subcomissão da questão urbana e transporte.
Subcomissão da política agrícola e fundiária e da reforma agrária.
7. Comissão da ordem social.
Subcomissão dos direitos dos trabalhadores e servidores públicos.
Subcomissão da saúde, seguridade e meio ambiente.
Subcomissão dos negros, populações indígenas, pessoas deficientes e minorias.
8. Comissão da família, da educação, cultura e esportes, da ciência e tecnologia e da comunicação.
Subcomissão da educação, cultura e esportes.
Subcomissão da ciência, tecnologia e da comunicação.
Subcomissão da família, do menor e do idoso.

Tabela 1: Comissões e Subcomissões dos Anais da Assembleia Constituinte de 1987-88. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/ComESub.pdf>. Acesso em: 06/06/2012.

A Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público era composta pelos seguintes constituintes:

Tabela 2: Constituintes na Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Pública, apresentados por cargo e legenda.

Nome	Cargo	Partido/Estado
Adolfo Oliveira	Deputado	PL - RJ
Benedicto Monteiro	Deputado	PMDB - PA
Francisco Amaral	Deputado	PMDB - SP
Jairo Carneiro	Deputado	PFL – BA
Jesus Tajra	Deputado	PFL - PI
José Costa	Deputado	PMDB - AL
Ivo Mainardi	Deputado	PMDB - RS
Leite Chaves	Senador	PMDB - PR
Leopoldo Peres	Senador	PMDB - MA
Maurício Correa	Senador	PDT - DF
Messias Goes	Deputado	PFL - SE
Michel Temer	Deputado	PMDB - SP
Moysés Pimental	Deputado	PMDB - CE
Nilson Squarezi	Deputado	PMDB - PR
Paes Landim	Deputado	PFL - PI
Plínio Arruda Sampaio	Deputado	PT - SP
Plínio Martins	Deputado	PMDB - MS
Ronaro Corrêa	Deputado	PFL - MG
Silvio Abreu	Deputado	PMDB - MG

Tabela 2: Constituintes na Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Pública, apresentados por cargo e legenda.

Cada uma dessas Subcomissões foi encarregada de produzir um relatório sobre sua temática específica que, posteriormente, seria discutido pela Comissão. O objetivo da Comissão era, então, produzir um novo texto. Todos os textos produzidos pelas Comissões iriam, a seguir, para a Comissão de Sistematização. Souza (2003, p. 41) explica o modelo de processo decisório escolhido:

A elaboração do regimento interno da Assembleia Nacional Constituinte fora marcada por muitas controvérsias e disputas políticas uma vez que os constituintes se mostravam refratários à ideia de se compor uma comissão especial para a elaboração de um anteprojeto, como no processo constituinte de 1946. Tendo sido preterido este caminho, os parlamentares constituintes mais próximos do centro decisório, isto é, da Presidência da ANC, reconheciam que não tinham um modelo para fazer a Constituição, dada a ausência de uma memória histórica compartilhada e sistematizada sobre esses processos. Ao argumento pode-se acrescentar a insuficiente socialização do debate sobre temas constitucionais durante o processo eleitoral de 1986. Diante desta contingência, prevaleceu uma exploração inventiva na perspectiva de montagem de um modelo decisório, a qual deveria levar em conta, dadas as exigências evocadas em nome da paridade decisória, apenas um pressuposto, o de que todos os constituintes deveriam participar do processo em curso.

Como já discutimos no Capítulo 1, há uma literatura (Maciel; Koerner, 2002; Vianna, 2003; Vianna; Burgos, 2007) que analisa o Judiciário no Brasil e que aponta que atualmente vivemos um processo de Judicialização da política, que diz respeito, essencialmente, ao empoderamento do Poder Judiciário na tomada de decisão política, aumentando os poderes normativos dessa instituição. De acordo os autores, esse fenômeno representa uma ruptura com a teoria clássica da separação dos poderes, uma vez que o Judiciário acaba ganhando prerrogativas legislativas, que deveriam pertencer exclusivamente ao Poder Legislativo. A maior parte desta bibliografia toma como exemplo desse processo as ações diretas de inconstitucionalidade, enfatizando como esse mecanismo institucional atribui poderes legislativos ao Judiciário. Embora reconheçamos a importância dessa afirmação e o reconhecimento das ADINS como parte do processo de judicialização da política, queremos apontar que o fortalecimento do Judiciário também se dá em outras bases e, especificamente, no âmbito dos tribunais estaduais.

Para iniciar essa discussão, mostraremos como o Poder Judiciário foi institucionalizado na década de 80, saindo fortalecido no novo texto constitucional. Por meio das discussões na Assembleia Constituinte, argumentaremos que isso foi feito tendo como pressuposto que o Judiciário era um meio de se garantir a efetividade da legislação social, especialmente no que diz respeito à saúde pública.

Já mostramos, no capítulo 2, que a questão da aplicabilidade das normas constitucionais não é novidade no Brasil. De fato, tanto a Ciência Política quanto a Ciência Jurídica tem se debruçado nessa questão. Ihering (2009) é um dos nomes mais importantes na doutrina jurídica que se preocupou com as questões de efetividade dos direitos. O autor aponta que o direito público é um dever das autoridades públicas, ou contrário do direito privado, que é de responsabilidade das partes contratantes. No caso da saúde, que é um direito público, depende que as autoridades cumpram seu dever para que elas tenham realização jurídica. Ihering (2009, p. 65), assim, defende o fortalecimento do Judiciário, dizendo: “O direito e a justiça só prosperam num país quando o juiz está todos os dias preparados no tribunal (...)” Assim, na nossa análise dos Anais, enfatizaremos esta temática.

Segundo Praça e Noronha (2012), mais da metade do texto constitucional teve sua redação final elaborada ainda na fase das comissões, o que justifica nossa análise da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público. A maior parte das decisões tomadas ainda durante a Subcomissão resultou em dispositivos constitucionais.

A seguir serão analisados os posicionamentos dos constituintes, apresentando suas argumentações diante da institucionalização e do empoderamento do Poder Judiciário no Brasil. Como não se trata de uma análise da Comissão de Sistematização, momento posterior aos debates que analisamos, é importante acrescentar que nem sempre as discussões são lineares, ou seja, muda-se de assunto com muita facilidade no contexto de uma mesma seção. Certamente será notado pelo leitor que os temas são discutidos sem caráter conclusivo. Trata-se do posicionamento dos constituintes, não de votações, que só ocorrem ao final do debate. De qualquer forma, essa característica dos Anais da Subcomissão, embora torne a leitura confusa e a análise mais difícil, não tira a importância desses documentos como objeto de pesquisa, uma vez que nos permite conhecer os debates que configuraram a Constituição de 1988.

1. O início dos debates

Os processos constituintes necessariamente iniciam-se com o estabelecimento de regras que tornem possível a tomada de decisão política em grandes grupos. Segundo Maués e Santos (2008, p. 354):

Os primeiros acordos da Constituinte são firmados em torno de seu regimento. Ao contrário das legislaturas ordinárias, que começam a trabalhar com base em regras pré-estabelecidas, as Constituintes têm como primeiro encargo a definição das normas de seu funcionamento, mesmo que algumas delas já estejam dispostas no momento de sua convocação. Além disso, as normas regimentais podem favorecer ou não a obtenção de acordos na Constituinte, tendo em vista, particularmente, o modo como determinam a elaboração do projeto de Constituição, a apresentação de emendas, os debates e a participação dos parlamentares na sua feitura.

Assim, a Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público da Assembleia Constituinte de 1987-88 iniciou-se no dia 07 de abril de 1987 discutindo questões de ordem, que diziam respeito à organização do trabalho. No entanto, entremeada nesse debate técnico, haviam questões políticas importantes, que diziam respeito à federalização do Poder Judiciário e à assistência judiciária gratuita. Do ponto de vista da teoria institucionalista, Levi (1991: 82) aponta: “Regras explícitas e publicizadas e uma hierarquização de pessoal distinguem instituições formais de outros arranjos organizacionais ou de normas, os quais também regulam comportamentos através do uso de incentivos e desincentivos”. Dessa forma, o processo decisório não poderia ser feito sem este momento de ordem.

O discurso do deputado Francisco Amaral ⁶⁸(PMDB – SP) abre a Subcomissão anunciando a necessidade de se realizar eleições para Presidente e Vice-Presidentes da Subcomissão. Ele explica os procedimentos que deveriam ser obedecidos para a eleição: a votação se iniciaria com os constituintes sendo chamados em ordem alfabética para assinar a folha de votação. Em seguida, eles se dirigiriam a uma sala anexa, onde estariam as cédulas e as sobrecartas. Eles colocariam as cédulas correspondentes aos candidatos nas sobrecartas e depositariam cada uma à vista do Plenário.

⁶⁸Francisco Amaral presidiu os trabalhos temporariamente, até o que o cargo de presidente da Subcomissão fosse tomado pelo candidato eleito.

O primeiro constituinte a pedir a palavra foi o deputado Sílvio Abreu (PMDB – MG), pedindo que fossem enunciados os nomes dos candidatos indicados. Isso foi feito por Francisco Amaral. Os candidatos foram: para Presidente, José Costa – PMDB; para 1º- Vice-Presidente, Jairo Carneiro – PFL e para 2º - Vice-Presidente, Plínio Martins – PMDB.

Ainda tendo a palavra o deputado Sílvio Abreu (PMDB – MG), ele defende o papel do Poder Judiciário para a consolidação do Estado Democrático de Direito. Dito isso, o deputado se mostra ofendido porque não fora feita uma consulta sobre os nomes indicados, mostrando, assim, a contradição que era o fato de uma Constituição democrática estar sendo elaborada baseada em regras autoritárias. O constituinte critica as lideranças de seu próprio partido, o PMDB, que não abriram ao diálogo a discussão dos nomes dos candidatos. Desta maneira, Sílvio Abreu se abstém de votar.

De fato, o início das discussões nesta primeira reunião é marcado por um debate que outrora defende e outrora critica a legitimidade da escolha dos nomes para compor a presidência e vice-presidência da Subcomissão. Como será possível ver a seguir, o PMDB é veemente na defesa de seus candidatos.

Quem toma a palavra a seguir é José Costa (PMDB – AL), candidato à presidência da Subcomissão, defendendo seu partido contra as acusações de Sílvio Abreu e pedindo que o mesmo participasse da eleição. Jairo Carneiro (PFL – BA), candidato à Vice-Presidente, também se defende das acusações de Sílvio Abreu.

Jairo Carneiro (PFL – BA) volta a tratar de questões políticas, novamente sobre o fortalecimento do Poder Judiciário, portador de um poder de tutelar a liberdade, os direitos dos cidadãos, as instituições e a democracia. Ele se colocou contra o elitismo do Poder Judiciário, que não atendia às necessidades do povo. Por isso, ele se coloca a favor do barateamento da Justiça, para que o acesso ao Judiciário fosse universal. Jairo Carneiro ainda menciona que o Juiz deveria ter total independência, não sendo submetido a nenhuma outra instituição.

Plínio Martins (PMDB - MS) obteve a palavra em seguida, também se defendendo e afirmando que não havia pleiteado a candidatura para segundo vice-presidente da Subcomissão e que só havia aceitado por insistência. O deputado Paes Landim (PMDB - PI) e o senador Maurício Correa (PMDB – DF) também defenderam que a eleição, na forma como iria ocorrer, era legítima.

Plínio Arruda Sampaio (PT – SP) também defendeu as candidaturas, afirmando que as negociações feitas para se chegar a esses nomes eram legítimas. O mesmo afirma Raul Ferraz (PMDB – BA) e a votação é realizada. O resultado foi: Para Presidente, Constituinte José Costa, com treze votos; para 1º Vice-Presidente, Constituinte Jairo Carneiro, com doze votos, sendo um voto em branco e para 2º Vice-Presidente, Constituinte Plínio Martins, com doze votos, sendo um em branco. Fica claro aqui que houve sintonia entre PMDB, PFL e PT no que diz respeito à eleição para os cargos da Subcomissão.

A primeira questão que efetivamente diz respeito à institucionalização do Poder Judiciário foi levantada por Raul Ferraz (PMDB – BA). O deputado questionou a formatação do Poder Judiciário no país (BRASIL, 1887, p. 4): “Trata-se do seguinte: o Poder Judiciário no Brasil será dualista ou será um Poder Judiciário único, ou seja, teremos uma justiça unificada ou teremos uma justiça dual, como é hoje no Brasil. Temos a Justiça da União e a Justiça dos Estados.” O deputado afirmou ainda que defendia uma Justiça una, pois essa seria a condição para a construção da cidadania no Brasil. Seu argumento é o que se segue:

Se quisermos nos despir de certos preconceitos, poderemos perfeitamente chegar à conclusão de que não existe justiça neste País para o povão, não existe justiça para o homem comum, o homem simples que está lá no Nordeste brasileiro, escondido naqueles pontos mais longínquos deste País. Então, precisamos fazer com que haja justiça neste País, e estou convencido de que existem certas coisas que não podem ser divididas. (BRASIL, 1987, p. 4).

Nota-se, aqui, até este momento, que o Poder Judiciário foi associado à cidadania e à concretização de direitos. Mostramos no segundo capítulo como, no Brasil, as dificuldades históricas de efetividade de direitos sociais e de acesso ao Poder Judiciário criaram obstáculos para a consolidação da cidadania. No discurso de Raul Ferraz (PMDB – BA) vemos já uma tentativa de superar esses obstáculos, por meio do fortalecimento do Poder Judiciário. O deputado argumenta que a Justiça dividida por Estados servia apenas às oligarquias regionais e não era acessível para o “homem simples”.

O senador Leite Chaves (PMDB – PR) dá continuidade a essa discussão. Ele argumenta que nossos códigos de direito, como o Código de Processo Civil, o Código de Processo Penal e a Consolidação das Leis do Trabalho, são todas leis de caráter nacional. Sendo assim, não haveria razão para mantemos a Justiça separada por Estados. Completa o senador constituinte dizendo que o Poder Judiciário tem uma função nacional.

Maurício Corrêa (PDT – DF) se manifestou contra a federalização da Justiça no Brasil. Ele argumentou que seria um risco jogar nas mãos da Federação todo o Poder Judiciário. O senador recorre à memória da ditadura militar para justificar seu argumento, dizendo:

Seria um risco enorme jogar nas mãos do Presidente da República ou da Federação toda a Justiça. Precisamos, sim, dar autonomia aos estados e aos municípios o que é outra coisa – e deixar a Justiça bem apetrechada, do ponto de vista de sua independência, sobretudo financeira. Mas entregar a um General Geisel do futuro, a um General Figueiredo do futuro a Justiça como um todo – e sabemos que ela é influenciável – é um drama terrível. (BRASIL, 1987, p. 5).

A questão da federalização do Judiciário é retomada diversas vezes no debate, sendo ora defendida e ora criticada pelo PMDB.

A palavra foi dada a seguir a Plínio Arruda Sampaio (PT – SP), que apontou a necessidade da representação de sindicatos, da AOB e da sociedade civil na Subcomissão do Poder Judiciário. Ele afirma que não se tratava de um modelo corporativo de representação, mas que era uma obrigação regimentar ouvir a sociedade civil em algumas seções. Encerrada a fala do relator, volta-se a falar de questões de ordem.

Leite Chaves (PMDB – PR) voltou a tomar a palavra, preocupado com a sistematização do trabalho na Subcomissão. Ele apontou a falta de um anteprojeto, que pudesse ser seguido pela Subcomissão. O senador lembra o projeto Afonso Arinos⁶⁹, que fora rejeitado e questiona sobre a possibilidade de requisitá-lo novamente, sem nenhum compromisso de aceitação. Ele propôs ainda que a Subcomissão recorresse aos modelos das constituições passadas, com o objetivo de dar operacionalidade ao trabalho. O deputado Paes Landim (PFL – PI) concorda com o posicionamento do senador no que diz respeito à recuperação do projeto Afonso Arinos.

⁶⁹O projeto Afonso Arinos, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, também conhecida como Comissão Afonso Arinos, era formada por cinquenta intelectuais, especialmente juristas, com o objetivo de elaborar um projeto de constituição para servir de base para a Assembleia Constituinte de 1987-88. A Comissão foi convocada pelo Presidente José Sarney por meio de um Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985, que segue:

Decreto nº 91.450, de 18 de Julho de 1985

Art. 1º. Fica instituída, junto à Presidência da República, uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, composta de 50 (cinquenta) membros de livre escolha do Chefe do Executivo.

Art. 2º. A Comissão, que se auto-regulamentará, será presidida por um de seus membros, designado pelo Presidente da República, e desenvolverá pesquisas e estudos fundamentais, no interesse da Nação Brasileira, para futura colaboração aos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte.

Art. 3º. O Ministério da Justiça proverá os meios necessários ao funcionamento da Comissão, que se instalará no dia 20 de agosto de 1985 e concluirá, no prazo de dez meses, seus trabalhos, reputados relevantes para a Nação. (BRASIL, 1985)

No entanto, o então Presidente José Sarney não enviou o projeto Afonso Arinos à Constituinte. Dessa forma, os constituintes preferiram não apreciar o projeto. Era sobre esse projeto de constituição que se referiam o senador Leite Chaves e o deputado Paes Landim.

Após essa breve discussão sobre questões de ordem, o deputado Sílvio Abreu (PMDB – MG) volta a falar sobre a institucionalização do Poder Judiciário (BRASIL, 1987, p.7):

E, para ser justa, a Justiça não pode efetivamente atender como a atual Justiça atende, apenas aos fortes, aos poderosos, àqueles capazes de movimentar a máquina da Justiça, a máquina do Judiciário, com os seus próprios recursos. Uma Justiça, para ser justa, é preciso que se encontre também facultada aos carentes, aos marginalizados, aos pobres, aos miseráveis. Esta é uma preliminar essencial à própria bússola dos nossos trabalhos.

O deputado continua criticando a Constituição de 1967, que não assegurava de forma adequada a assistência judiciária⁷⁰ e defende a criação de uma Justiça institucionalizada em um tripé (BRASIL, 1987, p. 7): “(...) um juiz a presidi-la, de um representante do Ministério Público a defender a sociedade e de um representante da Defensoria Pública a defender o carente e o miserável, mas que também tem direito ou deve ter direito a uma Justiça igual (...)”.

A seguir o deputado Michel Temer (PMDB – SP) aponta novamente os dois principais temas que seriam centrais no interior da Subcomissão do Poder Judiciário: a questão da federalização da Justiça e a assistência judiciária. Ele se coloca contra a institucionalização de uma Justiça una, argumentando que cada estado tem peculiaridades que devem ser preservadas. No que diz respeito à assistência judiciária, ele afirma que se trata de um direito individual e propõe que a Constituição institucionalize uma Defensoria Pública com maior área de atuação. Esse discurso é fundamental para esta pesquisa, pois é a instituição da Defensoria Pública que tornará possível a efetivação dos direitos sociais pela via judicial.

⁷⁰Constituição de 1967, art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 32 - Será concedida assistência Judiciária aos necessitados, na forma da lei.

De fato, a preocupação dos deputados do PMDB foi concretizada. A Constituição de 1988 apresenta uma seção exclusiva denominada da “Da Advocacia e da Defensoria Pública”⁷¹. Além desta seção, o próprio artigo Art. 5º⁷², que garante o direito à igualdade, garante a assistência judiciária àqueles que não tiverem recursos.

Novamente questões de ordem são levantadas. Jairo Carneiro (PFL – BA) questiona sobre o prazo para envio do relatório completo. Ele também aponta uma contradição regimental. Em um dispositivo constava-se que a Comissão tinha trinta dias para a realização do seu trabalho e apresentação do relatório. Em outro dispositivo, contudo, havia referência a sugestões também em prazo de trinta dias. A dúvida resumia-se ao fato dos constituintes terem trinta dias após o decurso dos trinta de apresentação de sugestões ou já estavam correndo os trinta dias a partir do primeiro dia de debate.

O Presidente encerrou esse primeiro dia dizendo que iria verificar a questão do prazo. Embora essa tenha sido uma reunião para eleições, os temas tratados serão retomados nas próximas reuniões.

A segunda reunião começou com a leitura da ata da seção anterior. A palavra foi dada, a seguir, ao relator Plínio de Arruda Sampaio (PT – SP) para a discussão sobre os prazos. A programação do trabalho ficou assim estabelecida: a primeira etapa seria justamente a organização do trabalho; a segunda etapa tratava-se do cumprimento do dispositivo regimental de obrigava os constituintes a ouvirem a sociedade civil; a terceira etapa seria o debate interno, para redimir conflitos e a quarta e última etapa seria a elaboração do relatório e o processo de proposta de emendas sobre o mesmo, sendo concluída pela votação. O presidente José Costa (PMDB – AL) submete à apreciação da Subcomissão o calendário elaborado pelo relator. Costa atenta ainda para o pouco tempo que teriam e, portanto, enfatiza a necessidade de cuidado gerenciamento desse tempo.

⁷¹Constituição de 1988, art. 134 - A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.).

⁷²Constituição de 1988, LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Após as discussões de ordem, Sílvio Abreu (PMDB – MG) retoma a questão da institucionalização do Poder Judiciário. Ele defende agora uma Justiça baseada em quatro pilares, que seriam Os Juízes, o Ministério Público, os advogados e os defensores públicos. A defesa desses quatro pilares é feita por Abreu nos seguintes termos (BRASIL, 1987, p. 11):

Se quisermos realmente avançar, se quisermos democratizar e até socializar a justiça, é imprescindível a figura dos defensores públicos, para que a justiça realmente possa ser justa, para que ela seja facultada a todos os segmentos dessa comunidade. E se estamos exatamente numa fase de defesa dos direitos essenciais de nossos concidadãos, todos os direitos, os direitos básicos, os direitos elementares, fazemos usualmente menção ao direito à saúde, ao direito à educação, ao direito à segurança, tantos e tão inúmeros outros direitos, aí deve estar incluído o direito à justiça. E para se exercitar o direito à justiça, para que o direito à justiça esteja realmente entregue, franqueado e facultado a todos os concidadãos, torna-se essencial, a cada dia mais, a existência de uma instituição a ser não apenas criada, mas a ser festejada, reverenciada pela futura letra constitucional deste País qual seja, a dos defensores públicos.

É notável como o deputado colocou a assistência jurídica no mesmo patamar dos direitos sociais, fato que indica um grande avanço no reconhecimento da justiça gratuita como condição indispensável à construção da cidadania. Complementando seu argumento, Abreu propõe que alguns defensores públicos fossem ouvidos pela Subcomissão.

A seguir procedeu-se a votação do cronograma de trabalho proposto pelo relator, que é aceito com unanimidade. Depois da votação, o presidente propõe que se iniciassem as audiências públicas, nas quais seriam ouvidas as seguintes entidades: a Ordem dos Advogados do Brasil, a Associação Nacional dos Magistrados, e a Associação dos Serventuários da Justiça. Michel Temer (PMDB – SP) também sugere que fosse ouvida a Confederação Nacional do Ministério Público. Ocorre a votação e as quatro entidades são aprovadas por unanimidade.

A segunda seção continua com várias questões de ordem sendo discutidas e acaba com a solicitação do vice-presidente Jairo Carneiro (PFL – BA) de que os constituintes apresentassem propostas sobre a temática da Subcomissão.

A terceira seção iniciou-se com o tema das audiências públicas. Tratou-se de decidir quais entidades da sociedade civil seriam ouvidas. Sílvio Abreu (PMDB – MG) novamente solicita que a defensoria pública fosse ouvida, já que ela seria um dos pilares da Justiça brasileira, encarregada da garantia de direitos individuais. Michel Temer (PMDB – SP) concorda com Sílvio Abreu, mas afirma que os Delegados de Polícia também deveriam ser ouvidos. Francisco Amaral defende ainda a inclusão da Justiça do Trabalho nas audiências públicas, no que é apoiado pelo Presidente. Tendo a palavra sendo dada a Adolfo Oliveira (PL – RJ), passa-se a discutir as datas e horas das audiências públicas.

A quarta seção é iniciada pela leitura da ata pela Secretária. Em seguida é anunciada a presença, no Plenário, de um representante da Defensoria Pública. Discute-se, então, a data da primeira audiência pública. Michel Temer (PMDB – SP) sugere que mais algumas entidades sejam escolhidas para participarem das audiências públicas. Entre elas, o deputado mencionado novamente os Delegados de Polícia. As discussões de ordem continuam nesses termos.

Como essas duas seções são direcionadas a essas discussões exclusivamente de ordem, não trataremos delas de forma detalhada, por não enriquecer o debate que aqui nos propomos.

2. Atores sociais na Constituinte: as audiências públicas

Iniciou-se, nesta data, a segunda parte das seções na Subcomissão, como proposto pelo relator. Tratava-se agora de ouvir entidades da sociedade civil. Segundo Maués e Santos (2008) a Constituinte de 1987-88 nasceu com amplas bases, que foi possível graças à participação da sociedade nas audiências públicas e à apresentação de emendas populares. É justamente essa participação que estudaremos a seguir e a maneira pela qual essa representação influencia na construção de dispositivos de direitos sociais.

A primeira reunião extraordinária inicia-se com a presença do Dr. Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo, Presidente da Associação Paulista do Ministério Público e Secretário-Geral da Confederação Nacional do Ministério Público. A própria constituinte havia enviado uma proposta para essa entidade, que Pozzo viera discutir. Nesta reunião também estava presente o Procurador-Geral da República, Dr. José Paulo Sepúlveda Pertence. A discussão na primeira reunião extraordinária foi majoritariamente sobre o papel do Ministério Público dentro do Estado Democrático de Direito. Como se trata de uma temática alheia à pesquisa aqui empreendida, não vamos nos ater nessa reunião.

A terceira reunião ordinária também foi uma audiência pública e contou com a presença do Dr. Antônio Carlos Faccioli Chedid, Presidente da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho – ANAMATRA –. A presença de um juiz do trabalho foi de fundamental importância para a Constituinte e também para a própria Constituição. Basta recordar que esta foi a primeira Constituição brasileira a trazer um artigo exclusivamente sobre os direitos trabalhistas.

O magistrado trouxe três questões para o debate: a ampliação da competência da Justiça do Trabalho; a ampliação do número de Ministros do Tribunal Superior do Trabalho e a extinção da representação classista na Justiça do Trabalho⁷³. Chedid também aponta a necessidade de mudanças institucionais, como podemos ver abaixo (BRASIL, 1987, p. 33):

⁷³Na Constituição de 1967 havia a figura do juiz classista, que, diferentemente do juiz togado, era temporário. Segundo a Constituição de 1967, artigo 133:

§ 1º - O Tribunal Superior do Trabalho compor-se-á de dezessete Juizes com a denominação de Ministros, sendo:

a) onze togados e vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal: sete entre magistrados da Justiça do Trabalho, dois entre advogados no efetivo exercício da profissão; e dois entre membros do Ministério Público da Justiça do Trabalho, todos com os requisitos do art. 113, § 1º;

b) seis classistas e temporários, em representação paritária dos empregadores e dos trabalhadores, nomeados pelo Presidente da República, de conformidade com o que a lei dispuser.

A Constituição de 1988 trazia também a figura do juiz classista, mas tais artigos foram revogados em 2004 pela Emenda Constitucional 2004.

Nas últimas décadas – é nosso dever aqui registrar isso – a legislação brasileira não acompanhou a evolução social da Nação, o que contribuiu para um retrocesso acentuado das nossas instituições, notadamente porque o poder autoritário que comandou os destinos da Nação usurpou do povo o poder legiferante. Assim, para que o bem comum seja hoje atingido em sua plenitude social e democrática, impõe-se a adequação das instituições a um patamar real. Daí resulta presente a velha assertiva de que o passado gerou o presente e o presente está prenhe e grávido do futuro. Preocupa-nos, por isto, e sobremaneira, a organização atual, arcaica e divorciada da realidade, de algumas de nossas instituições, em especial da própria Justiça do Trabalho, cujo prestígio, dinamismo, celeridade e anseio dos jurisdicionados é nosso dever preservar e aprimorar.

Depois de exaltar a Justiça do Trabalho, o magistrado também apresentou algumas críticas, às quais ele também incluiu a Justiça Militar e Civil. Segundo ele, o Poder Judiciário no Brasil não teria acompanhado o desenvolvimento socioeconômico do país. Ele apontou que a Justiça brasileira era elitista e buscava o Judiciário para obter vantagens pessoais. Ele defendeu ainda o fim da representação classista na Justiça do Trabalho, afirmando que juízes leigos, representantes de classes específicas, não poderiam ocupar essa função. Além disso, como representantes dos empregados e empregadores, apenas buscavam os interesses de suas próprias classes e, dessa forma, constituía-se uma jurisprudência sem cientificidade, ou seja, não baseada na doutrina jurídica. Ele defendeu ainda que os juízes da Justiça do Trabalho fossem todos togados, bacharéis em Direito.

A temática da representação classista dizia respeito à maior incorporação dos interesses dos empregados nas varas trabalhistas. Embora retirá-las significasse maior formalismo e bacharelismo na Justiça do Trabalho, os empregados perderiam juízes dedicados exclusivamente aos seus interesses. Essa discussão perpassa toda a Subcomissão do Poder Judiciário e retomaremos mais vezes a ela.

A discussão seguinte diz respeito à estabilidade do emprego, levantada pelo constituinte Ronaro Corrêa (PFL – MG). Ele afirma que como não há estabilidade do capital, não há como garantir a estabilidade do emprego e, assim, defende a criação de uma Justiça do Capital, para que houvesse uma compatibilidade entre empregados e empregadores. O Dr. Antônio Carlos Faccioli Chedid responde ao deputado constituinte que já existia, no Brasil, a área do Direito Empresarial, embora não existisse uma Vara específica para esse ramo. Ele também declara que a estabilidade de emprego não é absoluta: trata-se de uma estabilidade parcial, na qual o empregador pode despedir um empregado mediante o preenchimento de certas condições. Chedid menciona, ainda, quais seriam essas condições: problemas de ordem técnica, econômica ou disciplinar, mas defende, de maneira geral, a estabilidade.

Michel Temer (PMDB – SP) tomou a palavra em seguida para discursar sobre os acidentes de trabalho, defendendo a criação de uma Vara especialista em acidentes de trabalho. O deputado também se colocou contra Chedid, defendendo a manutenção do juiz vogal, representante classista. O senador constituinte Maurício Correa (PDT – MG) continua essa temática, defendendo o fortalecimento da Justiça do Trabalho, afirmando (BRASIL, 1987, p.40): “Portanto, fortalecê-la é melhorar o nível, o padrão da prestação de assistência jurisdicional, no que tange ao relacionamento trabalhador/empresário, trabalhador/classe econômica.” Em ambas as declarações notamos a defesa de direitos de cidadania.

Paes Landim (PFL – PI) voltou a falar, defendendo o fim do sindicalismo corporativo, característica que marcou o sindicalismo brasileiro desde 1934, como mostramos a seguir (BRASIL, 1987, p. 42):

Então, essencialmente, para oxigenar a Justiça do Trabalho é preciso, primeiro, liberar o sindicalismo das amarras do corporativismo que o envolvem. A liberdade sindical tem de ser uma condição *sine qua non*. Temos de libertar o sindicato da tutela do Estado. Acho que um dispositivo constitucional pelo qual teríamos que lutar nesta Carta Magna seria exatamente o que determine a liberdade da associação sindical, sem aquela expressão "na forma que a lei determinar", para evitar que, depois, o legislador ordinário se desvie do objetivo fundamental deste princípio.

Esta reunião ordinária apresentou aquilo que já foi mencionado no capítulo 1, ou seja, o foco nos direitos trabalhistas, em detrimento dos demais direitos sociais. Grande parte dela se foca na defesa ou na crítica dos juízes classistas nas Varas do Trabalho e há um consenso entre as legendas sobre a ampliação dos direitos trabalhistas da Constituição de 1946.

A segunda reunião Extraordinária contou com a presença da Associação Brasileira dos Magistrados⁷⁴, da Associação Brasileira dos Advogados Trabalhistas e do Ministro José Luiz Clerot, do Superior Tribunal Militar. O primeiro a tomar a palavra foi o Desembargador Milton dos Santos Martins, da Associação dos Magistrados Brasileiros. Ele afirmou que a justiça social e a democracia dependem de maior diálogo entre os três poderes e propôs uma reestruturação do Judiciário. Ele menciona alguns problemas que este poder enfrentava, como o acúmulo de processos, o acesso de horas de trabalho dos juízes, a demora em julgar processo e o esvaziamento das funções. Um dos comentários mais importantes de Martins dizia respeito à reforma constitucional de 1926⁷⁵, pois ela afastou do Judiciário a possibilidade de tomar decisões sobre questões políticas. Assim afirma Martins (BRASIL, 1987, p. 44):

Uma reforma que afastou o Judiciário das questões políticas porque aquele Judiciário, criado pela Constituição de 1891, a modelo da Constituição americana, começou a agir realmente como um Judiciário, e as questões políticas surgiram e foram levadas a ele, enfrentamentos houve, inclusive, com executivos que tinham pertencido ao Judiciário. Então a reforma de 1926 veio a pedido de um Executivo, sendo infelizmente aprovada no Congresso. Afasta-se o Judiciário, mas uma sequela grave se instalou de não mais se decidir questões políticas. A doutrina, a jurisprudência fez um longo caminho que até hoje não conseguimos modificar por inteiro, isto é, de que o Judiciário está afastado das questões políticas e não pode interferir nos grandes temas da nacionalidade.

Martins afirma que um Estado de Direito não poderia ser efetivado se o Judiciário não pudesse participar de todas as decisões, inclusive políticas. Assim, ele defende que o Poder Judiciário possa tomar decisões políticas, inclusive no que diz respeito à proteção dos direitos.

⁷⁴A Associação dos Magistrados Brasileiros era composta de 41 associações: 25 associações de magistrados estaduais; 13 associações de magistrados trabalhistas; 1 associação de juiz federal; 1 associação de juiz militar federal e 1 associação de juiz militar estadual.

⁷⁵É justamente essa reforma que justificou o artigo 68 da Constituição de 1934, que já discutimos no capítulo 2.

O relator da Comissão, Plínio de Arruda Sampaio (PT – SP), respondendo ao Desembargador Martins, aponta que o Brasil tem problemas políticos novos, que o Judiciário não está preparado para lidar e, dessa forma, o povo não se sente representado pelo Judiciário. O Desembargador Milton dos Santos Martins afirma que esses problemas poderiam ser solucionados por meio de um aparelhamento do Poder Judiciário.

Pela primeira vez na Subcomissão, é justamente nessa audiência pública que se levanta a questão de direitos sociais que não eram trabalhistas. Esse debate foi iniciado por Jairo Carneiro (PFL-BA), dizendo:

(...) trago algumas questões muito objetivas que submeto a V. Ex.^a Primeiro: como cidadão comum, do povo, pode ter o efetivo gozo dos direitos essenciais da cidadania, direitos sociais, como à educação, à terra, à moradia? De que modo pode exercitar-se a Justiça para assegurar esses direitos ao cidadão? (BRASIL, 1987, p. 50).

O deputado também levanta a questão da regulamentação do mandado de injunção, como forma de se garantir tais direitos em caso de omissão do Legislativo. A resposta do Desembargador Milton dos Santos Martins revela sua posição diante da judicialização da política. Ele afirma que os direitos deveriam sim ter a proteção do Estado, mas que não seria função do Judiciário protegê-los. Ele defende seu argumento que o Judiciário não pode obrigar o Executivo a dar uma prestação conquistada em juízo. Assim, conforme Martins (BRASIL, 1987, p.50):

Se o cidadão entrasse em juízo – eu pelo menos decidiria assim – mandaria o Estado dar-lhe alimentação e educação ou possibilitar a educação, criação, saúde etc. Mas qual é a doutrina e a jurisprudência dominante? O Judiciário não pode decidir matéria obrigando o Estado a dar essa prestação, porque é matéria de ordem executiva e não jurisdicional. Há muitas situações que o Judiciário gostaria de atender e preservar direitos fundamentais não reconhecidos, que o cidadão realmente não tem.

As declarações do Desembargador são claramente contraditórias, pois, à medida que, no começo de sua exposição, defende a politização do Judiciário, no momento seguinte, defende a manutenção institucional vigente, na qual o Judiciário não tomaria decisões políticas, relacionadas aos direitos sociais.

O próximo convidado foi Reginaldo Felker, da ABRAT, que apresenta a necessidade de discutir a democratização da Justiça, partindo de três perguntas: como garantir a participação popular? Como dar independência à magistratura? Como dar segurança à magistratura? Felker critica a falta de participação popular na justiça brasileira, dizendo que o Judiciário é o único dos três poderes que não emana do povo. Além disso, o Judiciário não responde à ninguém, fato que lhe dá lentidão. Assim, Felker afirmar que três temas devem se tratados, a saber: a composição, a competência e o controle da justiça.

Essa segunda reunião extraordinária foi fundamental. A proposta do mandado de injunção, feita pelo PFL, torna-se dispositivo constitucional⁷⁶.

A próxima reunião foi realizada para submeter aos constituintes o calendário das novas audiências públicas. Determinou-se que os seguintes órgãos seriam ouvidos: a Associação dos Defensores Públicos, a Associação dos Delegados de Polícia, a Contag, Comissão Pastoral da Terra, os Sem Terras, a CUT, a CGT e a USI.

Na quinta audiência pública, discursaram: a Dr.^a Suley Plety Neder, Presidente da Associação Nacional dos Defensores Públicos; o Professor Antonio Carlos Leite Pentead, Presidente da Associação Nacional dos Serventuários da Justiça e o Dr. Cyro Vidal Soares da Silva, Presidente da Associação Nacional dos Delegados de Policia. Além deles, na plateia também estavam sessenta e oito advogados recém formados, bem como de dois de seus professores, da Faculdade de Direito de Curitiba.

O primeiro a discursar foi o Dr. Cyro Vidal Soares da Silva. Ele começou o discurso apontando para o papel da polícia no cumprimento do direito social relativo à Segurança Pública e identificando a polícia como o braço armado do Poder Judiciário. Assim, Cyro Vidal Soares da Silva afirmou (BRASIL, 1987, p. 61):

⁷⁶Segundo a Constituição de 1988, no que diz respeito ao mandado de injunção:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.

A Polícia é o pronto-socorro da sociedade. Nos grandes centros ela trabalha com uma forma de atendimento social. Não há organização policial que não tenha o seu segmento de atendimento social, embora essa não seja a nossa função precípua. Mas entendemos que por sermos polícia, por sermos defensores da própria população, devemos ter essa atividade de proteção social.

Seu pronunciamento trouxe dados sobre o papel da polícia civil e as dificuldades enfrentadas por essa organização.

A oradora seguinte foi a Dr.^a Suley Plety Neder. Ela foi bastante breve, defendendo o direito dos pobres à Justiça gratuita. O Sr. José Vitagliano continua a predileção em nome dos defensores, defendendo que a Defensoria Pública deve estar no programa político de todos os partidos, uma vez que ela é uma necessidade social. Ele afirmou, nesse sentido, que cabe à Constituinte assegurar os direitos à cidadania. Também representando a Defensoria Pública, o Sr. José Neves César continua a preleção. Ele afirmou que existiam no Brasil duas Justanças: uma para os ricos e outra para os pobres e que esse quadro precisava ser alterado.

O próximo palestrante foi o Professor Antonio Carlos Leite Penteado, que solicitou a estabilidade dos cargos, de forma que os serventuários só fossem demitidos por sentença condenatória transitada em julgado.

Após esses discursos, o presidente abre para perguntas dos constituintes. Uma das declarações mais interessantes é do deputado Adolfo Oliveira (PL – RJ). Ele afirma que, embora seu partido seja Liberal, eles ainda assim passam por questões sociais, praticando o que ele denomina socioliberalismo. Roberto Vitagliano responde dizendo que a Defensoria Pública, por ser uma instituição sem ideologia e, por isso, cabe dentro do programa de qualquer partido, inclusive – destaca o convidado – nos partidos de esquerda. Assim, de acordo com Vitagliano (BRASIL, 1987, p. 74):

O que pretendemos dizer é que, em qualquer partido, tenha ele qualquer tipo de programa, doutrina ou ideologia, certamente abrigará instituição da Defensoria Pública como válida. Se o ponto de vista é de que realmente essa instituição visa a atender ao pobre, é uma visão assistencialista válida e perfeitamente positiva. Se essa visão é a de que a Defensoria Pública exerce uma função essencial ao Estado para manutenção da ordem democrática (...)

A discussão que envolve as Defensorias Públicas diz respeito ao objetivo dessa pesquisa. A institucionalização da Defensoria Pública relaciona-se ao aumento do acesso ao Judiciário e a melhora no *status* da cidadania, por meio da efetivação de direitos à saúde pública pela via judicial.

A Dr.^a Suley Plety Neder continua seu discurso, de forma bastante crítica, dizendo (BRASIL, 197, p. 75): “Difícilmente o Estado teria a preocupação de organizar um serviço que instrumentalizasse o pobre para, eficientemente, acionar o Estado na defesa dos seus direitos.” Dessa maneira, ela argumenta que a Defensoria Pública é fundamental para se constituir uma democracia no Brasil.

Jairo Carneiro respondeu à Neder dizendo que só há democracia e justiça se estiver assegurado o direito à defesa ao pobre. Mas sua contribuição mais importante, no que diz respeito às hipóteses e objetivos desta pesquisa, está na seguinte fala (BRASIL, 1987, p. 75): “E a Constituição tem de assegurar e a Lei Ordinária tem de viabilizar esse direito essencial do cidadão”.

Todos os partidos representados nesta seção pública apoiaram a Defensoria Pública e, de fato, há um capítulo na Constituição de 1987 dedicado a ela.⁷⁷ Nas constituições de 1934 e 1946 não há a instituição da Defensoria Pública. Na Constituição de 1934 há duas menções à assistência judiciária e na Constituição de 1946 há, uma única vez, a menção da assistência judiciária aos necessitados.⁷⁸ Apesar desses dispositivos, não há regulamentação nenhuma, nos textos constitucionais, sobre a maneira pela qual ocorreria essa assistência.

⁷⁷Constituição de 1988, Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.).

⁷⁸Constituição de 1934: Artigo 113: A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.

Constituição de 1946: Artigo 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 35 - O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados.

Esta reunião foi encerrada com a discussão sobre os serventuários, que, não sendo objeto desta pesquisa, não estará presente aqui.

Os convidados a terceira reunião extraordinário foram André Montalvão da Silva, Secretário-Geral da CONTAG, acompanhado do Dr. Ivan de Sá, advogado do Movimento Sindical da CONTAG e a Juíza Maria Rita Senne Capone, da Comissão de Justiça e Paz. Também haviam sido convidados alguns representantes da Comissão Pastoral da Terra e para os sem-terra, mas não compareceram. O objetivo principal desta seção pública era a discussão sobre a Justiça Agrária. Diante da histórica constitucional brasileira e da negação dos direitos aos trabalhadores rurais, essa temática era inovadora.

Depois de uma breve discussão de ordem, André Montalvão da Silva, Secretário-Geral da CONTAG tomou a palavra. A Contag havia enviado um documento à Assembleia Constituinte intitulado “A Primeira Contribuição à Assembleia Nacional Constituinte”, que trazia algumas reivindicações dos trabalhadores agrários. André Montalvão da Silva, assim, começou seu discurso apresentando-se como ex-trabalhador rural e mencionando a luta dessa categoria por uma Justiça Agrária. A principal reivindicação foi a necessidade de implantação de uma Justiça Agrária Federal, que acelerasse o processo de reforma agrária. Ele também apresenta detalhes de como seria organizada a Justiça Agrária, defendendo sua institucionalização no interior do país, por meio de varas itinerantes. André Montalvão da Silva também menciona os conflitos que ocorrem no campo, tirando a vida de muitos trabalhadores e, assim, justifica a criação da Justiça Agrária (BRASIL, 1987, p. 82):

Creio existirem razões de sobra para que, enfim, seja implantada a Justiça Agrária federal em nosso País, para servir de instrumento e contribuir não só para a realização da reforma agrária – que esperamos seja feita em futuro breve, após a nova Carta ser promulgada, e que, pelo menos, se aproxime daquela reforma que os trabalhadores reivindicam – mas que também possa contribuir para a preservação da vida de nossos companheiros, dos nossos irmãos do campo que, muitas vezes, têm suas vidas ceifadas nesses conflitos sangrentos, violentos.

O próximo a discursar foi o Dr. Ivan de Sá, advogado do Movimento Sindical da CONTAG. Ele aponta a necessidade de a reforma agrária deixar de ser mero discurso, dizendo (BRASIL, 1987, p. 82): “Não bastam boas leis, é preciso que haja a efetividade jurídica, é preciso que haja aplicação jurídica.” Seu argumento é de que, com a criação de uma justiça especializada, com procedimentos processuais específicos, a reforma agrária poderia ser levada a cabo.

O próximo discurso foi da Juíza Maria Rita Senne Capone, da Comissão de Justiça e Paz. A juíza afirma que o maior problema do país era o problema da terra e que a Constituinte deveria resolver definitivamente esse problema. Ela aponta que a Justiça do Trabalho não é apropriada para resolver os conflitos dos empregados rurais com seus empregadores e que, portanto, a tutela jurisdicional do camponês é nula. Segundo a Juíza Maria Rita Senne Capone, portanto (BRASIL, 1987, p. 83):

Com efeito, não basta lançar as bases de uma política agrária, nem formular conceitos novos de relações humanas entregues à Justiça ordinária. Ao debate das controvérsias faltará o dinamismo indispensável a que se lhe imprima rapidez e objetividade. De nada valerá toda uma legislação social avançada, se não houvesse o Brasil criado uma Justiça do Trabalho que a aplicasse.

No que diz respeito às hipóteses e objetivos dessa tese, a formulação da Juíza é fundamental. Ela aponta justamente que o ativismo político do Judiciário é um recurso possível para aplicação da legislação social.

As propostas apresentadas são bem recebidas pela Assembleia. O PTB coloca-se a favor da proposta, enquanto o PMDB defende a criação de varas específicas para conflitos agrários, embora não concorde com a criação de uma Justiça Agrária. O PMDB também se coloca a favor da reforma agrária. De fato, a Constituição revela a incorporação dessa preocupação com os trabalhadores rurais, muito embora o argumento do PMDB tenha saído vencedor, pois não há a criação de uma Justiça Agrária. A Constituição de 1988 inovou no que diz respeito a essa questão, uma vez que equiparou o trabalho urbano ao rural.

O objetivo da quarta reunião extraordinária era discutir a Justiça do Trabalho do ponto de vista do trabalhador. Os convidados foram o Dr. Alceu Portocarrero, Vice-Presidente da Confederação Geral dos Trabalhadores – CGT; o Dr. Antonio Alves de Almeida, Diretor da União Sindicalista Independente – USI e Sr. Armando Rollemberg, Presidente da Federação Nacional dos Jornalistas – FENAJ. Parei na página 90.

Esta reunião extraordinária iniciou-se com o discurso do Dr. Alceu Portocarrero no plenário da Constituinte. Ele propôs o aprimoramento do Poder Judiciário Trabalhista, bem como uma revisão da legislação material e processual. O vice-presidente da CGT defende a presença dos juízes classistas nas varas trabalhistas e, como nas demais audiências públicas, também defende uma Justiça mais célere e eficiente e a estabilidade da relação de emprego. O Dr. Antonio Alves de Almeida é o próximo a ser ouvido e também faz a defesa veemente da manutenção da representação classista.

Em ambos os discursos aparece efetivamente a relação entre efetivação de direitos sociais – no caso, trabalhistas – e a institucionalização de um Judiciário capaz de zelar por eles. O que mais chama a atenção é que essa necessidade vem da própria sociedade civil, que, notando a fragilidade das tomadas de decisões do Legislativo e do Executivo, demanda uma mudança no direito processual e na configuração institucional do Legislativo para que os direitos sociais fossem de fato efetivados. Como exemplo do que foi dito, pode-se citar Antonio Alves de Almeida, que afirmou (BRASIL, 1987, p.93): “Insisto em dizer que precisamos – e a nova Constituição precisa, através da sábia inteligência dos Srs. Constituintes, através dos vários depoimentos prestados aqui – aperfeiçoar o Poder Judiciário.”

O discurso de Sr. Armando Rollemberg, Presidente da Federação Nacional dos Jornalistas também aponta essa necessidade. No entanto, ele ainda vai mais longe, defendendo que o Poder Judiciário deva ter papel normativo. Assim, segundo Rollemberg (BRASIL, 1987, p. 94): “Mantido o atual papel da Justiça do Trabalho, e imprescindível que se atribua a ela o poder normativo, e mais ainda, que se acabe com o efeito suspensivo”⁷⁹.

A sexta reunião ordinária também foi uma audiência pública, na qual foram ouvidos três professores - José Lamartine Corrêa de Oliveira, Roberto de Oliveira Santos e Luis Pinto Ferreira – sobre a temática da Corte Constitucional. É de fundamental importância para essa pesquisa a temática discutida nesta seção, pois diz respeito à criação de um tribunal exclusivamente responsável pelo controle de constitucionalidade e pela possibilidade de o Poder Judiciário legislar em caso de constantes omissões por parte dos outros poderes.

O José Lamartine - professor titular de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná e membro do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – foi o primeiro a discursar, mencionando a especificidade das constituições do final do século XX que é justamente nosso objeto de estudo, que é a densificação das normas constitucionais. Assim, segundo Oliveira (BRASIL, 1987, p. 102):

Então, as novas constituições contém normas ricas em matérias de direito dos trabalhadores, em matéria de funcionamento da família, em matéria de política de educação, em matéria de saúde, etc. E as novas constituições são também extremamente ricas de mandamentos à legislação e à administração. (...)trata-se de introduzir na Constituição normas que, mesmo quando digam respeito a matérias que não sejam diretamente ligadas ao funcionamento dos poderes do Estado, mas que digam respeito diretamente à vida do homem comum, sejam capazes de uma aplicação e de uma concretização imediatas.

⁷⁹Segundo o Glossário Jurídico do Supremo Tribunal Federal, efeito suspensivo é “Suspensão dos efeitos da decisão de um juiz ou tribunal, até que o tribunal tome a decisão final sobre um recurso.” Trata-se de uma maneira de impedir o efeito vinculante, que torna uma decisão isolada em decisão genérica e, com isso, o Judiciário ganha poderes normativos.

Ele continua seu discurso afirmando que a própria Constituição deva possuir normas que tenham como meta a tutela da própria Constituição, que garantam a concretização dos direitos apresentados no texto. Ele também aponta a necessidade da existência de um órgão que fiscalizasse o cumprimento desses dispositivos. Esse órgão é justamente o Poder Judiciário. O professor de Direito menciona as constituições de Portugal e da Alemanha, onde esse modelo é mantido e afirma (BRASIL, 1987, p.102):

Esse exemplo é apenas para demonstrar como é fundamental que a Constituição seja feita para valer, seja feita para que os seus princípios tenham uma concretização na vida de todo o dia; que exista um organismo a cujas portas se possa bater para dele cobrar o fiel cumprimento da Constituição e se opor àquelas violações da Carta Magna, feitas, quer por ação, quer por omissão, pelos Poderes Públicos.

No próximo capítulo mostraremos como o Judiciário tem ganhado poder normativo, especialmente em situações de omissão dos demais poderes públicos.

A exposição seguinte foi de Roberto de Oliveira Santos. Os dois principais temas de seu discurso era o da criação de uma Corte Constitucional no Brasil e o do controle de constitucionalidade. Ele inicia dizendo que se tratava, concomitantemente, de uma questão política e técnica. No que diz respeito à questão política, o professor afirma que o Supremo Tribunal Federal brasileiro tinha como característica ser conservador e atuar em favor das classes dominantes. Assim como seu colega José Lamartine Corrêa de Oliveira, ele defende o controle de constitucionalidade por omissão.

Ao final das exposições, o relator Plínio de Arruda Sampaio (PT – SP) faz algumas perguntas. A mais significativa para essa tese, questiona as possíveis dificuldades de aplicabilidade dos direitos que a Constituinte estava se propondo a incluir na Constituição. Foi José Lamartine Corrêa de Oliveira o primeiro a responder a essa pergunta, afirmando que caberia sim aos tribunais legislar em caso de contínua omissão do Poder Legislativo em matéria ligada à Constituição.

Também em resposta à mesma pergunta, Luiz Pinto Ferreira enfatiza que a Constituinte deveria fazer a opção histórica e real de criar mecanismo de concretizações do texto constitucional. Ele também afirma que, caso essa opção não fosse feita, a Constituição falharia lamentavelmente. Ferreira cita, então, duas constituições que, como a brasileira, incorporavam dispositivos de direito sociais: a Constituição de Weimar, de 1919 e a Constituição Espanhola, de 1931. Ele tece elogios a ambas, pois são perfeitas em teoria, mas não eram condizentes com a realidade da época. Sendo assim, o constituinte apresenta três possibilidades para solucionar esse problema. A primeira se basearia nos modelos americano e japonês, nos quais há uma Suprema Corte que funciona como um Tribunal Constitucional. A crítica a esse primeiro modelo diz respeito ao número de questões não julgadas. A segunda proposta seria a existência de um Supremo Tribunal ampliado, impossibilitando a função legislativa dos demais tribunais. A terceira opção seria a criação de uma corte constitucional.

Continuando seu discurso Ferreira responde à pergunta do relator. Ele mostra que os direitos sociais são normas de eficácia limitada que, como mostramos no segundo capítulo, demandam ao Poder Legislativo promover sua aplicação. Ferreira, cita, então, o exemplo do direito à educação. Ele questiona (BRASIL, 1987, p. 112):

Refiro-me, na hipótese, ao direito à educação, que deveria ser formulado como direito público e subjetivo, acionável contra o governo público. Mas se o cidadão aciona o direito à educação, como poderá o Estado dar-lhe esse direito, se não há escola e dinheiro suficiente? Então, fica uma letra morta. Vamos admitir a ação por inconstitucionalidade. Como iria ele arrumar escola, professor e alunos, já que, como se sabe, é tão grave a crise nas universidades, que muitas escolas estão paralisadas porque os professores se sentem diminuídos e, por isso, prejudicam os alunos, que estão sem aulas?

Ele continua seu discurso veementemente criticando a falta de aplicabilidade das normas de direitos sociais.

Na exposição seguinte, Roberto Santos lembrou que, na democracia, um poder controla o outro. Sendo assim, ele questiona quem irá fiscalizar o Supremo Tribunal Federal no caso de ele possuir poderes normativos.

O presidente da Subcomissão, José Costa, afirma que o próprio povo deveria ser responsável por fiscalizar o Poder Judiciário. Ele lembra que essa experiência foi bem sucedida no Japão.

Esta reunião é encerrada com palavras do Presidente. Ele comenta que a Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público havia recebido mais de duas mil cartas de sugestões do povo.

Na quinta reunião extraordinária o tema discutido é o da reforma do Judiciário. Foram convidados dois professores de Direito para discorrer sobre o tema: José Joaquim Calmon Passos e José Roberto Oliveira Santos. Muitos temas são abordados e discutidos no plenário pelos juristas mencionados, como o recrutamento de juízes, a vitaliciedade da magistratura, a nomeação pelo Presidente da República dos juízes do STF, o acesso à Justiça como elemento fundamental para a democracia que se constituía, a independência do Judiciário frente aos outros poderes, etc.

O discurso de José Joaquim Calmon Passos, porém, é o mais importante para esta pesquisa, pois o jurista defende o empoderamento do Judiciário. O jurista e procurador José Calmon afirma que o Poder Judiciário é fundamental em um sistema democrático, pois é ao Judiciário que a democracia confia a efetivação de seus direitos. Ele justifica a necessidade de reforma do Judiciário pelo seu distanciamento da sociedade e pelo elitismo que o caracterizara até então. Critica o papel que os juízes representaram até então na sociedade brasileira, como meros aplicadores do Direito. Defende que o Judiciário é um poder político e que o juiz deve ter poder político, nos seguintes termos (BRASIL, 1987, p. 123): “Tem de haver um ramo da função jurisdicional que tenha esse papel elevado de ser órgão com poder político, de pôr limites aos abusos dos demais poderes.”

O relator da Comissão, Plínio de Arruda Sampaio (PT – SP), diante dos discursos dos professores, critica que o Judiciário é, no Brasil, subordinado ao Poder Executivo. A reforma do judiciário deveria, portanto, romper com essa subordinação. Mostraremos, no próximo capítulo, como esse quadro vem lentamente se modificando no país, por meio dos Tribunais de Justiça.

Na sexta reunião extraordinária foi tratado o tema da federalização da Justiça. Este tema é de fundamental importância considerando o contexto geral da Assembleia Constituinte, que se preocupava com a reorganização dos três entes da federação e que deu grande autonomia ao Município para elaborar políticas públicas. Para esta tese, esta reunião é importante uma vez que queremos analisar as instâncias inferiores da Justiça e

como essas têm a prerrogativa de obrigar as prefeituras municipais a assegurar o direito à saúde pública. O jurista José Calmon defende a federalização da Justiça, bem como a ampliação da autonomia de cada uma das instâncias do Poder Judiciário, pois, para ele, a crise do Judiciário brasileiro se concentrava na primeira instância.

3. A Institucionalização do Poder Judiciário na Constituinte de 1986-87

Depois de feita a análise das principais temáticas discutidas nas audiências públicas, passaremos a conhecer como a institucionalização do Judiciário foi discutida pelos próprios constituintes e apresentarem a estrutura desse poder na Constituição de 1988.

Os principais temas debatidos seguem abaixo:

1. O fortalecimento do Poder Judiciário dentro dos três poderes.
2. A independência do Poder Judiciário frente aos três poderes.
3. A autonomia administrativa do Poder Judiciário.
4. O fortalecimento do Poder Judiciário como poder político.
5. O elitismo do judiciário e a ampliação da Justiça gratuita.
6. O aumento da celeridade e da eficiência do Judiciário.
7. A federalização (unificação) do Poder Judiciário.
8. As diversas formas de recrutamento de juízes e o fim da vitalidade para os juízes.
9. A criação da Justiça agrária.
10. A criação de um Supremo Tribunal de Justiça.
11. O recrutamento dos juízes.
12. A criação de uma Corte Constitucional, como no modelo alemão.

É recorrente nos debates constituintes um discurso que demanda o fortalecimento do Judiciário para a consolidação da democracia no Brasil. É o artigo 5º, inciso XXXV, que garante tanto o fortalecimento quanto a independência do Judiciário diante dos demais poderes. O *caput* do artigo 5º, um dos mais famosos do texto constitucional, é aquele que declara a igualdade legal universal. O *caput* garante ainda alguns direitos liberais e alguns sociais, a saber: o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Esse artigo apresenta setenta e oito incisos, que objetivam definir os termos pelos quais esses direitos serão assegurados. O inciso XXXV determina:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Há, ainda, outro dispositivo constitucional que garante a independência do Judiciário frente aos outros poderes. Trata-se do inciso XXXVII, do artigo 5º, que determina:

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

Esse dispositivo constitucional assegura que seja de competência exclusiva do Judiciário a função jurisdicional e que, portanto, nenhum dos outros poderes poderá estabelecer um tribunal de exceção que divida prerrogativas com o Judiciário. Esse dispositivo constitucional certamente apresentou-se em decorrência das duras críticas aos períodos autoritários que marcaram o Brasil. É o que demonstra o discurso do presidente José Costa (PMDB – AL) (BRASIL, 1987, p. 59): “Temos, inclusive, grande preocupação – nós, políticos, e não apenas os membros desta Comissão – de ajudar a viabilizar esse período de transição: sairmos da ditadura para a reconstrução de um estado de direito democrático no País”.

A problemática da independência também se estendia para a independência administrativa. Segundo Rocha (2009) a independência administrativa implica na autonomia na competência gerencial do Judiciário, defendida inúmeras vezes na Constituinte, como podemos ver no discurso do constituinte Ivo Mainard (PMDB – RS) (BRASIL, 1987, 133): “Sou também pela independência administrativa, financeira,

enfim, independência total do Judiciário e do Ministério Público”. E no discurso do Relator (BRASIL, 1987, p.162):

Com relação ao capítulo do Poder Judiciário, a novidade major é a seguinte: colocamos nas disposições iniciais, gerais, todas as garantias básicas a que a Justiça tenha autonomia e independência. Colocamos autonomia financeira, autonomia administrativa de uma forma atrevida, por confiar no Poder Judiciário do País.

Um dos principais temas presentes nos debates e que diz respeito à tomada de decisão política do Judiciário, é a criação de uma Corte Constitucional, separada do Supremo Tribunal Federal. Ela seria responsável por todas as questões relativas à Constituição, inclusive pela verificação da constitucionalidade das leis, realizando a chamada jurisdição constitucional. Esta é uma instituição presente em alguns países europeus, como Alemanha, Itália e Portugal e que ela garante maior equilíbrio entre os poderes, inclusive impedindo a hegemonia do Executivo. Muito se discutiu sobre esse tema, mas foi finalmente decidido que o Supremo Tribunal Federal quem teria essa prerrogativa. Um dos problemas levantados pelos constituintes, que levou a essa decisão, foi a questão de que órgão controlaria a Corte Constitucional. Dessa forma, institucionalizou-se o STF como órgão de hierarquia máxima do Poder Judiciário⁸⁰.

⁸⁰ Constituição de 1988, artigo Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Há, sem dúvidas, um consenso sobre o fortalecimento do Poder Judiciário no que diz respeito à efetivação de direitos sociais por meio da Defensoria Pública. Os constituintes argumentavam que o caráter elitista do Judiciário no Brasil deveria acabar, por meio da ampliação da assistência judicial gratuita.

Silvio Abreu (PMDB – MG) afirmou que apenas 20% da população brasileira da época tinha condições de movimentar o Poder Judiciário e, que, portanto, concretizar um Poder Judiciário de caráter social no Brasil demandava o acesso gratuito à Justiça para a população carente. Isso de fato ocorreu, pois a Constituição de 1988, em seu artigo 134, institucionaliza uma Defensoria Pública destinada a atender os necessitados⁸¹. O relato, Plínio de Arruda Sampaio (PT – SP) sobre isso afirma (BRASIL, 1987, p. 196): “Mas a Defensoria Pública é inteiramente acolhida no parecer, junto com a Justiça gratuita, para permitir maior acesso das pessoas pobres, sem posse, à justiça.” Assim, no capítulo IV do texto constitucional, com o título “Das Funções Essenciais à Justiça”, fica institucionalizada a Defensoria Pública.

Análises mais recentes sobre a Defensoria Pública têm apresentado essa instituição como um instrumento de concretização de direitos humanos (ORSI NETTO, 2009). Esse olhar certamente reflete o pensamento constituinte, no sentido de fortalecer o poder político do Judiciário. Orsi Netto (2009) afirma que a Constituição tem um conteúdo axiológico e que as Defensorias Públicas, tidas pelo autor como políticas de Estado, cumpre concretizá-los.

No que diz respeito aos Tribunais de Justiça, eles são discutidos no contexto dos debates sobre a federalização da Justiça. Sobre isso afirma o constituinte Maurício Corrêa (PDT – DF) (BRASIL, 1987, p.5): “Precisamos, sim, dar autonomia aos estados e aos municípios o que é outra coisa – e deixar a Justiça bem apetrechada, do ponto de vista de sua independência, sobretudo financeira”. O constituinte Raul Ferraz afirmou (PMDB – BA) que até então houvera no Brasil uma Justiça dual, na qual a Justiça da União era separada da Justiça dos Estados. Segundo o constituinte, essa situação era um entrave para a conquista da cidadania, pois, nos Estados, a Justiça ficava nas mãos das oligarquias regionais. O artigo 125 da Constituição Federal é o que estabelece a federalização da Justiça, nos seguintes termos:

⁸¹CF/88, Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

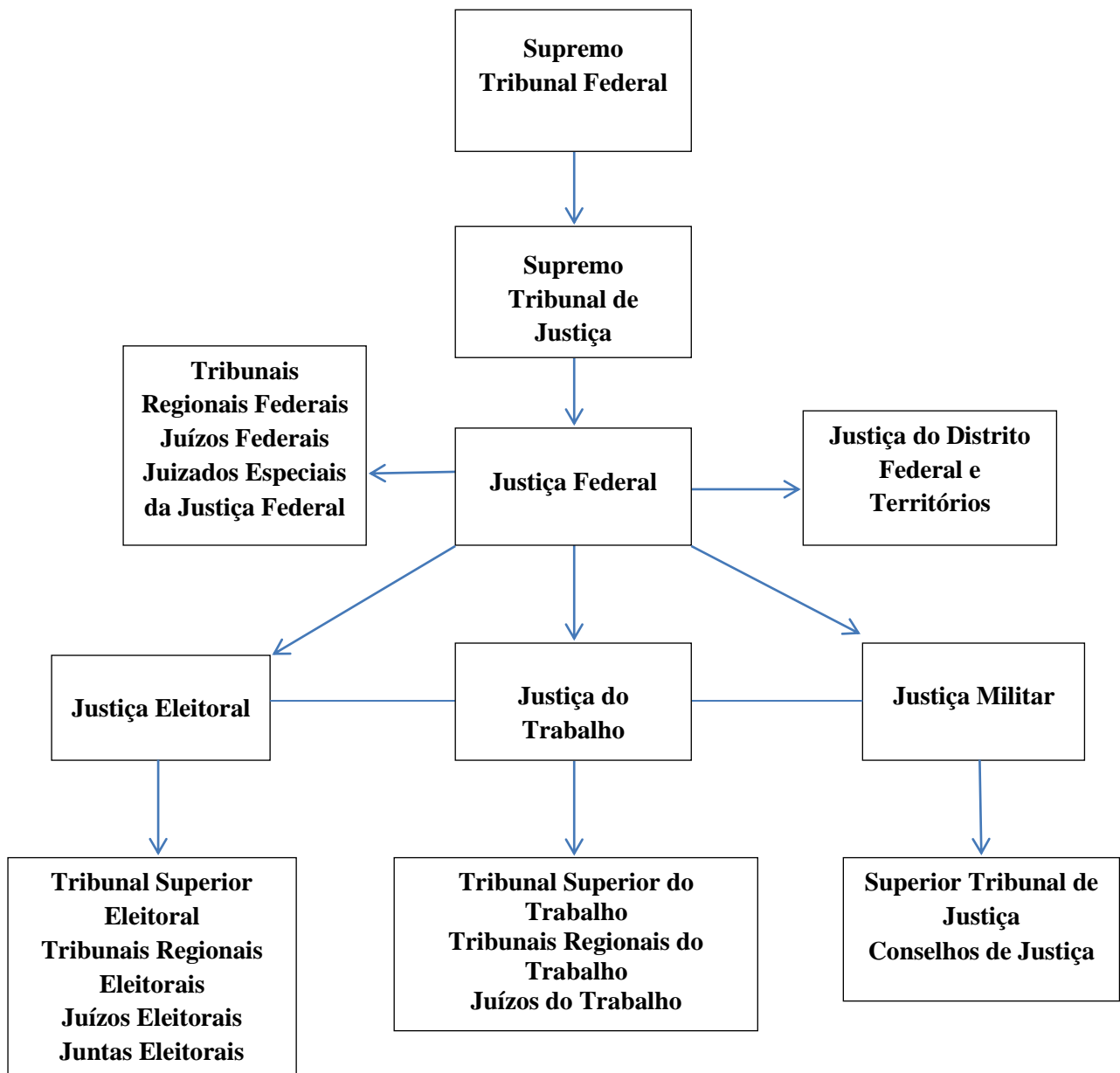
Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º - A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

Por fim, inúmeras vezes os constituintes relacionaram o Poder Judiciário à cidadania e declaram que é missão da Justiça proteger não apenas direitos individuais, mas também direitos coletivos. Para isso afirmavam que a Justiça demandava maior celeridade, eficiência e menos burocracia.

Dessa forma, a estrutura do Poder Judiciário foi definida na Constituinte da seguinte forma, conforme definido no artigo 92 da CF/88:

Quadro 1: Organograma do Poder Judiciário na Constituição de 1988



Quadro 1: Organograma do Poder Judiciário na Constituição de 1988.

Conclusão

O estudo das audiências públicas dos Anais do Poder Judiciário e do Ministério Público da Assembleia Constituinte de 1987-88 já nos permite algumas primeiras conclusões. Muitos atores sociais, defensores dos direitos trabalhistas, foram ouvidos. Sem dúvida, os direitos trabalhistas saem vencedores na Constituição de 1988, com um artigo exclusivo para eles, constando de trinta e quatro incisos. Além disso, mantendo a tradição das constituições de 1934 e 1946, há varas específicas da Justiça do Trabalho.

A análise também nos indicou alguns consensos no que diz respeito ao fortalecimento do Poder Judiciário e de sua participação mais ativa em questões legislativas, especialmente na garantia de direitos que não são, por natureza, direitos subjetivos, que é justamente a grande maioria dos direitos sociais. Inúmeras vezes foram feitas apologias à extensão das competências dos tribunais na efetivação dos direitos que estavam sendo constitucionalizados e se questionou em que medida o Judiciário poderia colaborar com o Executivo e com o Legislativo na aplicabilidade dos mesmos.

Do ponto de vista do institucionalismo histórico (HALL e TAYLOR, 2003), precisamos lembrar quem foram os atores que fizeram as audiências públicas. Elas foram compostas majoritariamente por juízes, advogados e professores de Direito. Considerando que essa teoria afirma que os interesses têm um papel fundamental na tomada de decisões, não podemos deixar de notar que estes atores defenderam veementemente o fortalecimento do Judiciário e a ampliação de seus poderes legislativos. Assim, saem vencedores desse processo aqueles grupos cujos interesses estavam relacionados ao Judiciário.

A teoria da escolha racional também pode ser utilizada para compreender o processo decisório analisado. Isso implica em afirmar que os operadores do direito no Brasil se comportaram de modo utilitário para maximizar a satisfação de suas preferências (HALL e TAYLOR, 2003).

O empoderamento do Judiciário significa, entre muitas outras coisas, a capacidade deste em efetivar direitos sociais. Assim, tendo como norte o institucionalismo histórico, compreendemos que as instituições influenciam nos resultados políticos porque elas facilitam ou impedem a entrada de determinados atores no processo político, dando vantagens ou desvantagens para os atores que desejam promover seus interesses (IMMERGUT, 2007). Nesse caso, verificamos como a instituição Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público configurou outra instituição – o Poder Judiciário – que, por sua vez, influenciará resultados políticos, como veremos no próximo capítulo, impulsionando uma mudança institucional crucial para a efetivação de alguns direitos sociais à saúde pública.

As mudanças institucionais propostas na Constituinte podem ser claramente notadas nos artigos da Constituição de 1988 que de fato tornam o Judiciário um ator com poder de veto. No artigo 102⁸² o constituinte atribuiu ao Judiciário a possibilidade de vetar leis por meio da instituição da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. No artigo 105⁸³ a Constituição declara que cabe ao poder Judiciário julgar mandado de injunção quando houver omissão do legislador no que diz respeito ao exercício pleno de algum direito.

Uma das maiores mudanças institucionais empreendidas pela Constituinte é, ainda, aquela que se deve ao artigo 5º, inciso XXXV. Esse dispositivo constitucional é de fundamental importância para a efetivação dos direitos à saúde pública, uma vez que ele determina que o Poder Judiciário não pode deixar de apreciar qualquer ação que reivindique a tutela de qualquer direito. Isso implica que o indivíduo que não tiver determinado direito à saúde pública assegurado pelo Executivo ou Legislativo por meio de políticas públicas, pode demandá-lo no Judiciário. Consideramos que este dispositivo constitucional mostra o reconhecimento dos atores políticos constituintes de que o Poder Judiciário poderia compartilhar com os poderes representativos a prerrogativa de efetivar direitos sociais.

⁸² Constituição de 1988, artigo 102: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

⁸³ Constituição de 1988, artigo 105: Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.

CAPÍTULO 4

A JURISPRUDÊNCIA SOBRE SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

Uma vez que o atual Estado Democrático de Direito se assenta sobre os direitos fundamentais, que não apenas são reconhecidos e declarados, mas cuja realização se torna missão estatal, ao processo de reconhece o papel básico de instrumento de efetivação da própria ordem constitucional.
(THEODORO Jr.2009, p.25)

Introdução

O objetivo deste capítulo é empreender a segunda parte da pesquisa empírica desta tese, analisando a jurisprudência produzida no Brasil pelos Tribunais de Justiça dos estados no que diz respeito à efetivação do direito à saúde pública. Nossa intenção é responder a última questão desta tese, que é investigar quais são as consequências da mudança institucional que delegou poderes legislativos ao Judiciário para o caráter universal dos direitos sociais. Basicamente, pretendemos responder às seguintes indagações: Há perda da universalidade do direito à saúde pública quando conquistado pelo Poder Judiciário? Como os juízes se posicionam sobre essa questão? Como eles justificam a tomada de decisão sobre questões políticas? Por meio das respostas a essas questões queremos checar a hipótese de que os direitos à saúde pública ganham o mesmo caráter dos direitos trabalhistas ao serem tutelados pelos Tribunais de Justiça dos estados e não pelo Executivo ou pelo Legislativo, por meio de políticas públicas.

Mostraremos também que o Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio das milhares de decisões que toma anualmente efetivando o direito social à saúde pública é um importante ator político com poder de veto, capaz de sobrestar as decisões tomadas pelos executivos municipais e, portanto, de mudar o *status quo* legislativo, conforme a teoria de Tsebelis (2009).

Barboza e Kozicki (2012) enfatizam que é por meio de políticas públicas coletivas que o direito à saúde pública deve ser efetivado, pois são direitos que dizem respeito a toda a sociedade, não a indivíduos singulares. Contudo, conforme Oliveira e Noronha (2011) quando eles são conquistados pelo Judiciário, seu *status* muda e eles se transformam em direitos individuais, conquistados por aqueles que foram privilegiados pela Justiça no caso concreto.

Conforme mostramos no segundo capítulo, a história constitucional republicana brasileira sempre apresentou os direitos trabalhistas como direitos subjetivos e exigíveis perante tribunais. Assim, quando o empregador não cumpre a legislação⁸⁴, o empregado pode entrar com uma ação judicial para garantir seu direito. Dessa forma, o direito é conquistado apenas pelo trabalhador que entrou com a ação, ou seja, o direito trabalhista, embora de caráter coletivo, torna-se um direito individual no caso concreto. Nosso intuito é apresentar como o direito à saúde pública reveste-se do mesmo caráter de privilégio individual quando submetido ao Judiciário.

O fenômeno da judicialização da política é inegável no sistema político brasileiro e ele se manifesta de diferentes maneiras, dependendo da hierarquia do Poder Judiciário onde se manifesta o ativismo judicial. É importante frisar que esse fenômeno foi desencadeado pela própria Constituição de 1988, responsável por essa mudança institucional. Tsebelis (2009) afirma que há atores com poder de veto determinados pelo próprio sistema político, como os partidos, por exemplo, e os atores com poder de veto especificados pelo texto constitucional, que é o caso do Poder Judiciário no Brasil. Portanto, é a própria Constituição quem determinou as prerrogativas políticas do Poder Judiciário. De fato, ela delegou ao Judiciário a competência de tomar decisões políticas quando julgasse ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e quando elaborasse súmulas vinculantes⁸⁵. Sobre isso, Taylor e Da Ros (2008, p. 824) afirmam:

⁸⁴ Não apenas a legislação constitucional, mas também acordos e convenções coletivas e o próprio contrato de trabalho.

⁸⁵A partir de 2004, com a emenda constitucional número 45.

A importância do Supremo Tribunal Federal - STF no sistema político brasileiro contemporâneo parece incontestável, em especial a partir da configuração institucional que emergiu da Constituição brasileira de 1988 e de seus respectivos efeitos sobre o sistema de controle judicial de constitucionalidade das leis. Apesar de não haver concordância entre os vários autores quanto à exata extensão do peso dessa instituição, o papel por ela exercido está longe de ser insignificante.

É importante notar, contudo, que essas prerrogativas são específicas do Supremo Tribunal Federal⁸⁶, a instância maior do Poder Judiciário no Brasil. Isso não implica, contudo, que o poder legislativo do Poder Judiciário encontra-se apenas em seu órgão maior e que a judicialização da política se manifeste apenas no STJ. Nesta pesquisa queremos mostrar que em suas instâncias mais inferiores, que são os juízos de primeiro grau e os Tribunais de Justiça, o Poder Judiciário toma diariamente decisões políticas, especialmente em relação à saúde pública e em cumprimento ao artigo 196 da CF/88. Essa tomada de decisão feita pelos TJS é legitimada pelo próprio texto constitucional, em seu artigo 5º, inciso XXXV.

Em sua grande maioria, os acórdãos produzidos pelos TJs obrigam os municípios a fornecer de forma gratuita determinado medicamento – inclusive medicamentos experimentais e medicamentos que não constam na lista do SUS - órteses, próteses, a realizar uma internação hospitalar, exame ou cirurgia ou ainda a oferecer um tratamento contra dependência química, por exemplo.

Assim, por meio da pesquisa empírica, provaremos que o fenômeno da judicialização da política não se limita ao topo da hierarquia do Poder Judiciário, mas está se disseminando nos juízos de direito e nas segundas instâncias.

Nossa análise se concentrará, portanto, nas decisões tomadas em primeiro e segundo graus, pelos juízes e desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo, buscando compreender qual é o impacto para a universalidade dos direitos sociais à saúde pública a transferência de parte do poder político parlamentar para as instâncias inferiores do Judiciário (BARBOZA e KOZICKI, 2012).

⁸⁶Não entraremos aqui na questão e no mérito do controle de constitucionalidade difuso, que ocorre em instâncias inferiores do Judiciário.

Koerner (2007) afirma que a análise do pensamento jurídico demanda conhecer as especificidades dessa instituição, principalmente os métodos utilizados para a tomada de decisão. Assim, para que o objetivo deste capítulo seja alcançado, faremos uma breve retomada do direito processual brasileiro, estudando a função jurisdicional do Estado, bem como a propositura da ação como pressuposto da conquista de direitos em caso concreto. Em seguida passaremos a estudar a organização do Poder Judiciário no Brasil e, finalmente, empreenderemos a análise jurisprudencial.

1. A Função Jurisdicional do Estado e a Jurisprudência

A teoria clássica da separação dos poderes pressupõe que o Estado exerça uma função jurisdicional. Segundo Rocha (2009) o exercício dessa função deve ocorrer diante da inobservância de um direito por parte de um indivíduo ou do próprio Estado. No caso dessa pesquisa, a função jurisdicional do Estado importa quando este deixa de garantir um interesse público ao qual lhe caberia a tutela. Rocha (2009) aponta que a especificidade da função jurisdicional do Estado é que ela tem por finalidade garantir a eficácia de direitos no caso concreto⁸⁷, ou seja, o direito é apenas concedido ao indivíduo que ajuizou a ação e não à sociedade civil em geral. Theodoro Jr. (2009) também enfatiza essa característica, acrescentando que o Poder Judiciário deve atuar em face de casos concretos de conflitos de interesse.

Oliveira e Noronha (2011, p.11), ao estudarem a distribuição judicial de medicamentos no Estado de São Paulo, enfatizam que a literatura apresenta dois olhares distintos sobre esse fenômeno, conforme mostramos abaixo:

⁸⁷Theodoro Jr (2009, p. 3 e 4) define caso concreto: (...) o Estado dá solução às lides ou litígios, que são os conflitos de interesse, caracterizados por pretensões resistidas, tendo como objetivo imediato a aplicação da lei ao caso concreto.

However, the focus of the debate has not managed to escape a dichotomy pertaining to the subject of access to medicine through judicial means: either the phenomenon is perceived as a good one, because it guarantees that a constitutional right to health care is satisfied by the government, or it is viewed as undue interference by the Judiciary branch in decisions that should be left to elected officials and Executive-led bureaucracies, capable of weighing up technical matters and choosing adequate policies, given overall governmental priorities⁸⁸.

Independentemente da forma escolhida para compreender esse fenômeno, podemos concluir que o legislador constituinte, ao delegar ao Judiciário a competência de tomar decisões sobre direitos sociais em casos concretos, empreendeu uma mudança institucional na própria estrutura tradicional dos três poderes, conforme aponta Rocha (2009, p. 71):

Na medida em que a Constituição é a norma suprema do ordenamento jurídico e está dotada de um espesso conteúdo material, constituído de direitos fundamentais e princípios, não havendo problema jurídico que nela não encontre alguma solução, e na medida em que tudo está confiado à guarda do Judiciário, o legislador perdeu poder e o Judiciário ganhou. Daí a extraordinária importância da função jurisdicional e do Judiciário na atualidade, intérprete e aplicador de princípios e direitos fundamentais, cujos textos vagos lhe da muita discricionariedade, o que é completamente diferente da posição que tinha no Estado liberal, em que o juiz era considerado um humilde “boca de lei”.

⁸⁸ Contudo, o foco do debate não tem conseguido escapar da dicotomia pertencente ao tema do acesso a medicamentos por meio do judiciário: ou o fenômeno é percebido como bom, porque garante que o direito constitucional à saúde seja garantido pelo governo, ou ele é visto como uma interferência indevida do Poder Judiciário em decisões que deveriam ser deixadas para representantes eleitos e burocracias ligadas ao Executivo, capazes de equilibrar questões técnicas e escolher políticas adequadas, diante das prioridades gerais do governo.

A mudança institucional mencionada torna mais flexível e compartilhada as relações entre os três poderes, de maneira a garantir melhores resultados na efetivação de direitos sociais. Segundo Rezende (2012), as mudanças institucionais são desencadeadas pela necessidade de adaptação a instituições e demandas exógenas. No nosso caso, a constitucionalização de direitos sociais à saúde pública é que cria a demanda por instituições legislativas que efetivassem esses direitos. Assim, há interesses dos atores políticos constituintes em estender a todos os poderes a prerrogativa de tomar decisões que efetivassem o direito à saúde, seja por meio de políticas sociais universais, seja por meio de ações judiciais.

A função jurisdicional do Estado, exercida pelo Poder Judiciário, é que cria a jurisprudência, que é objeto de estudo deste capítulo. Segundo Gonçalves (2012), a jurisprudência é criada mediante a tomada de decisão do Poder Judiciário diante de conflito de interesses em um caso concreto. À medida que uma mesma decisão for tomada de forma reiterada e utilizada como pressuposto para interpretação do direito, estamos frente a uma jurisprudência uniformizada. Uma das características principais da jurisprudência é que ela não é imutável. Pelo contrário, a jurisprudência se submete à modificação do pensamento jurídico e às próprias circunstâncias em que a decisão foi tomada. Portanto, a jurisprudência tem um pressuposto histórico fundamental. Venosa (2010, p. 19 e 20) define jurisprudência da seguinte forma:

Modernamente, é aplicado o nome jurisprudência ao conjunto de decisões dos tribunais, ou uma série de decisões similares sobre uma mesma matéria. (...) A jurisprudência nunca é constituída de um único julgado, mas de uma pluralidade de decisões.

(...)

Contudo, é inelutável que um conjunto de decisões sobre uma matéria, no mesmo sentido, influa na mente do julgador que tenda a julgar de igual maneira.

Tradicionalmente, a jurisprudência não tem cunho político. No entanto, em países como o Brasil, marcado pelo ativismo judiciário, o quadro tem se modificado. Quando os juízes tomam decisões relativas ao direito à saúde, necessariamente o Judiciário toma para si uma prerrogativa legislativa dos poderes representativos. Assim, a jurisprudência sobre a temática passa a preencher as lacunas da lei nas ações ajuizadas ao Poder Judiciário, orientando e influenciando os juízes. Theodoro Jr. (2009) explica que a lei nunca é completa. Isso significa que cada litígio tem particularidades que a norma positivada pode não alcançar. Daí a necessidade e importância da jurisprudência, que é dar conta do caso concreto.

No Brasil, a jurisprudência sobre saúde pública, tida como um conjunto de decisões do Poder Judiciário sobre essa temática, já está formada⁸⁹. Essa jurisprudência será a fonte para realizar a análise empírica que tornará possível checar nossa hipótese, de que o direito à saúde pública se iguala aos direitos trabalhistas quando garantido por um juiz, pois este perde sua universalidade, já que a decisão só é válida no caso concreto. O Código de Processo Civil, em seu artigo 472⁹⁰, garante justamente isso, que a sentença só tenha validade entre as partes do processo, não beneficiando nem prejudicando terceiros. Isso significa que se um indivíduo entra com uma ação no Judiciário pedindo, por exemplo, fornecimento gratuito de insulina e o juiz conceder os medicamentos, os demais brasileiros que precisam de insulina não ganham esse direito conjuntamente, pois apenas o indivíduo que entrou com a ação conquista esse direito. Theodoro Júnior (2009) explica isso afirmando que a coisa julgada⁹¹ vincula apenas as partes e, portanto, o direito à saúde mencionado torna-se um garantia individual, perdendo seu caráter de direito coletivo.

⁸⁹Parte dessa jurisprudência está sob sigilo de justiça, segundo interesse das próprias partes. Apenas as próprias partes e seus advogados têm acesso, aos estranhos o acesso é restrito. (THEODORO Jr., 2009, p. 32).

⁹⁰ Código de Processo Civil, Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se tiverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

⁹¹ A expressão “coisa julgada” é de cunho estritamente jurídico. Segundo o artigo 467 do Código de Processo Civil a coisa julgada é aquilo que torna a sentença, uma vez proferida, imutável. Depois que terminado conflito for tido como coisa julgada não há possibilidade de recurso.

Há, sem dúvidas, uma mudança institucional fundamental na separação dos poderes devido ao processo de judicialização da política. Mas a mudança institucional empreendida ultrapassa a temática dos três poderes. Quando o Judiciário toma decisão sobre direitos à saúde pública no caso concreto, o direito se torna exigível e, portanto, subjetivo. Esse direito deixa de ser obtido apenas por políticas públicas e passa a ter o potencial de ser exigido diante do Poder Judiciário.

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988, é o maior responsável por essa mudança institucional. Esse dispositivo fundamenta esse fato ao afirmar que nenhum juiz pode deixar de apreciar uma ameaça a um direito⁹². Ou seja, esse dispositivo garante que, diante da omissão dos poderes representativos em implementar políticas públicas, o Judiciário pode tutelar esse direito. Para que isso ocorra, contudo, é fundamental que o indivíduo proponha uma ação ao Poder Judiciário, pois o Judiciário nada pode fazer sem a ação individual.

Segundo Cintra et al (2011, p. 271): “Ação, portanto, é o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o poder de exigir esse exercício)”. A necessidade da ação para garantir a tutela de determinado direito deriva do chamado princípio da inércia inicial, que, conforme mostra Rocha (2009), pressupõe que os órgãos judiciários não podem tomar a iniciativa da tutela jurisdicional, cabendo exclusivamente ao indivíduo demandar por determinado direito o que significa que o juiz não pode iniciar o processo. O princípio da inércia inicial tem como função garantir que o juiz seja imparcial diante de uma ação a ele proposta. Assim, a efetivação de um determinado direito à saúde pública demanda do cidadão a propositura de uma ação em juízo e, apenas em um segundo momento, da decisão do juiz.

⁹²Constituição de 1988, artigo 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. A Constituição de 1946 apresenta artigo similar, mas afirmava que o juiz não poderia deixar de apreciar ameaça a direito individual, ou seja, excluía direitos sociais.

As ações que dizem respeito à garantia de determinado direito à saúde pública devem ser propostas na esfera civil e em primeiro grau aos juízos de direito. O Direito Processual brasileiro, contudo, é regido pelo princípio do duplo grau de jurisdição. Segundo Cintra et al (2011) esse princípio implica que, em um processo, o vencido tem a possibilidade de requerer uma nova decisão do Poder Judiciário em um órgão superior, que seriam os órgãos de segundo grau de jurisdição. Esses órgãos são os chamados Tribunais de Justiça. A principal diferença entre os juízos de direito e os Tribunais de Justiça na esfera civil é que nos primeiros as decisões são monocráticas, o que implica que a decisão é tomada por apenas um juiz. Os Tribunais de Justiça, por sua vez, são órgãos de composição colegial e a decisões, portanto deixam de ser monocrática, sendo tomadas por um colegiado de desembargadores.

O indivíduo que faz a propositura da ação em primeiro grau é chamado sujeito ativo. No caso de uma ação que vise garantir um direito à saúde pública, o réu é sempre o Estado, em um órgão da administração pública, podendo ser, por exemplo, uma prefeitura, uma Secretaria de Saúde Pública ou a própria Fazenda do estado, como veremos. Para que todos esses conceitos fiquem claros, vamos explicá-los a partir do estudo de uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Uma grande parte das ações cíveis para garantia de direito à saúde pública diz respeito à obtenção gratuita de medicamento. No processo que analisaremos a baixo, a ementa define:

APELAÇÃO REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO A NECESSITADO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

O direito à saúde é assegurado a todos, devendo os necessitados receber do ente público os medicamentos necessários.

Aplicação do artigo 196 da Constituição Federal.

O Estado possui legitimidade passiva para a demanda visando o fornecimento de medicamento a necessitado.

Posição do 11º Grupo Cível.

Precedentes do TJRGS, STJ e STF.

DETERMINAÇÃO DE EXAMES PERIÓDICOS. DESNECESSIDADE.

Indevida a pretensão de determinação de exames periódicos, cabendo, outrossim, o fornecimento da medicação enquanto houver a necessidade.

Apelação com seguimento negado.

Sentença confirmada em reexame necessário.

Nesse caso de pedido de medicamento gratuito, o estado do Rio Grande do Sul é determinado como sendo o sujeito passivo da ação, pois, segundo o artigo 196 da Constituição Federal caberia ao estado fornecer o medicamento exigido pelo sujeito ativo, que é Valdeci Rigodanzo da Silva, que sofre de TCE, AVC secundário à compressão traumática de artéria carótida esquerda e Hemiplegia Espática. O sujeito ativo pede o fornecimento gratuito da Toxina Botulínica Tipo A 100U, em uso inicial de 06 frascos. O juiz de primeiro grau condenou o estado Rio Grande do Sul a fornecer o medicamento, nos seguintes termos:

Isso posto, JULGO PROCEDENTE o pedido contido na inicial, mantendo a antecipação de tutela deferida, ao efeito de CONDENAR o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL a fornecer ao requerente, de forma contínua, o fármaco TOXINA BOTULÍNICA TIPO A 100U, de acordo com os atestados de fls. 11/12.

É importante notar aqui uma das principais características da função jurisdicional do Estado. Segundo Theodoro Jr. (2009) ela é secundária: por meio do Judiciário o Estado é obrigado a realização coativa de determinada ação, que deveria ter sido já realizada de forma espontânea, pois já determinada pelo direito positivado.

Como mencionamos, a parte vencida tem direito ao duplo grau de jurisdição, o que implica que o estado do Rio Grande do Sul tem o direito de apelar para um órgão superior, em segundo grau, na espera de uma nova decisão. Isso foi feito no caso em análise, com a seguinte justificativa.

Inconformado, apela o Estado. Em suas razões, discorre sobre o art. 196 da CF, salientando não ser responsável em fornecer fármacos que não constam em qualquer lista de distribuição do SUS. Salienta a necessidade de observância da estruturação administrativa do SUS. Sustenta a necessidade de exames periódicos, a fim de comprovar a permanência da necessidade de utilização do fármaco postulado. Colacionando jurisprudência, requer o provimento do recurso.

No entanto, a decisão feita em segundo grau mantém o que já havia sido deliberado pelo juiz de primeiro grau, nos seguintes termos:

Com efeito, deve ser considerado que o art. 196 da Constituição Federal impõe ao Estado (em suas três esferas) o dever de política social e econômica que visem reduzir doenças, com manutenção dos serviços pertinentes, assegurando-se direito à saúde a todos os cidadãos, sendo conveniente ressaltar que existe Sistema Único de

Saúde, com financiamento de recursos da Seguridade Social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes, nos termos do que dispõe o artigo 198 da Carta Magna.

A Lei nº 8.080/90, em seu artigo 2º, repetiu que a saúde é um direito fundamental do ser humano, incumbindo ao Estado prover as condições ao seu pleno exercício, disciplinando o SUS, incumbindo aos entes referidos a prestação de serviços de saúde à população.

Desta forma, incumbe ao cidadão optar dentre os entes públicos referidos qual o que deve lhe prestar assistência à saúde em atendimento à norma do artigo 196 da Constituição Federal, pois todos são legitimados passivos para tanto, à luz das normas vigentes, antes referidas, que regulamentaram a norma constitucional mencionada.

2. Recorte Metodológico e Discussão Teórica

Como mostramos na seção anterior, cada estado brasileiro possui um Tribunal de Justiça. Cada um desses tribunais é responsável por compor um quadro de jurisprudência sobre a tutela do direito à saúde pública. O recorte metodológico dessa pesquisa, portanto, é justamente esse: analisar a jurisprudência produzida por esses tribunais no que diz respeito aos objetivos dessa pesquisa. Estudar a jurisprudência produzida pelos Tribunais de Justiça significa necessariamente analisar decisões que foram tomadas em segunda instância, geralmente em um colegiado de desembargadores, sobre matérias que já foram objeto de reflexão por um juiz singular de primeira instância, o que acrescenta complexidade ao teor dessas decisões.

A maior parte da literatura em Ciência Política que se dedica a estudar a judicialização da política apresenta como recorte o Supremo Tribunal Federal (VIANNA et al, 2007; ZAULI, 2011; BARBOZA e KOZICKI, 2012). Verificamos, portanto, que há uma lacuna na bibliografia no que diz respeito ao estudo de instâncias inferiores do Poder Judiciário, que, assim como o STF, estão tomando decisões políticas⁹³. Os Tribunais de Justiça produzem milhares de acórdãos anualmente sobre a tutela de direitos à saúde pública. Optamos por estudar apenas o Tribunal de Justiça de São Paulo, estado onde há o maior número de decisões sobre direitos à saúde pública.

⁹³ O estudo de Luísa Moraes Abreu Ferreira (2011) abarca os Tribunais de Justiça, mas a análise jurisprudencial se concentra no âmbito penal, não civil.

Estudar jurisprudência e acórdãos significa, necessariamente, estudar o resultado de processos legais, que são as sentenças. Theodoro Junior (2009, p. 73) define processo da seguinte forma: “(...) método utilizado pelo Estado para promover a atuação do direito diante de situação litigiosa”. Os processos geram relações jurídicas, que, de acordo com Theodoro Jr. (2009), são trilaterais. Aquele que pede a tutela do Estado para algum direito e, portanto, inicia o processo, é o sujeito ativo. Aquele que se submete à relação processual é o sujeito passivo. A terceira pessoa dessa relação jurídica é, evidentemente, o juiz.

Koerner (2007) denomina de análise política do pensamento jurídico o que faremos aqui, ou seja, procurar compreender, dentro de uma perspectiva teórica da Ciência Política, as decisões judiciais sobre direitos sociais. De acordo com o autor, esse tipo de análise empírica permite verificar como o Judiciário se relaciona com as demais instituições políticas e como os juízes participam do próprio processo político. Além disso, a análise política do pensamento jurídico torna possível compreender as decisões judiciais que efetivam direitos sociais.

De acordo com Tsebelis (2009), países em que o Judiciário tem a prerrogativa de interpretar a Constituição - como é o caso brasileiro - o sistema político, entendido como os poderes Executivo e Legislativo, não pode impedi-lo de tomar decisões de conteúdo político. Aliás, o artigo 5º, XXXV da CF/88, que já mencionamos, garante justamente isso.

Segundo Tsebelis (2009), contudo, essa não é a única explicação para a qual o Judiciário tem se transformado em um ator com poder de veto. Tsebelis (2009, p. 314) afirma que há altos custos de transação para cada decisão legislativa: “(...) pode-se, por exemplo, tomar a iniciativa de apresentar um projeto de lei, formar uma coalizão para apoiá-lo, ou eliminar os opositores que tenham opinião diferente, comprando-os ou consolidando alianças.” Dessa maneira, se o resultado que o Legislativo ou o Executivo tende a obter com determinada decisão não estiver de acordo com seus interesses, então os poderes representativos podem facilmente transferir essa decisão para o Judiciário. Tsebelis (2009) afirma que determinadas decisões judiciais têm um conjunto vencedor muito pequeno, que pode levar o Executivo ou o Legislativo a se desinteressar por ela.

Esse é o argumento que vamos sustentar na análise que se seguirá. De fato mostraremos que as decisões judiciais que dizem respeito à saúde pública apresentam um grupo vencedor pequeno, com interesses muito específicos, cujo custo de transação da tomada de decisão para os poderes representativos podem facilmente ser considerados muito alto.

Tsebelis (2009) afirma que os tribunais são atores com poder de veto quando têm a prerrogativa de abolir a legislação. Isso, no Brasil, corresponde às ações diretas de inconstitucionalidade. Queremos completar o argumento do autor, acrescentando que os tribunais também são atores com poder de veto quando tomam decisões quando há omissão dos poderes representativos, como é o caso da saúde pública no Brasil.

Tendo por base a teoria desenvolvida por Tsebelis (2009), apresentaremos os temas que de forma majoritária chegam ao Judiciário e mostraremos em que medida o conjunto vencedor envolvido é pequeno, mas que, por outro lado, gera alto custo de transação para os poderes representativos. Dessa maneira analisaremos os acórdãos que trazem decisões sobre as seguintes temáticas, que são as mais recorrentes no conjunto de jurisprudências analisadas.

1. Fornecimento gratuito de medicamentos, incluindo medicamentos experimentais e qualquer medicação que esteja fora da lista padronizada do SUS.
2. Cadeiras de rodas.
3. Próteses.
4. Equipamentos de manutenção da qualidade de vida.
5. Internação hospitalar ou ambulatorial.
6. Exames de qualquer natureza.
7. Internação compulsória de dependente químico.
8. Internação compulsória em hospital psiquiátrico.

No interior de cada acórdão, correspondendo aos temas supramencionados, separaremos as seguintes categorias analíticas e verificaremos como os juízes as definem. As categorias serão as que se seguem:

1. Constitucional.

2. Separação dos poderes.
3. Políticas públicas.
4. Direito subjetivo.
5. Direito à vida.
6. Dignidade da pessoa humana⁹⁴.

A escolha dessas categorias não é aleatória. Em primeiro lugar, todas elas aparecem pelo menos uma vez no texto constitucional de 1988, como qualificante de democracia e para determinar os valores fundantes do Estado brasileiro. A categoria *constitucional* aparece pela primeira vez na CF/88 no artigo 5º, em um dispositivo constitucional de direito penal, profundamente atrelada à necessidade de proteção da ordem *constitucional* e do Estado Democrático de Direito⁹⁵. A categoria *separação de poderes* aparece no artigo 60, parágrafo 4º, inciso III, que estabelece quais princípios do Estado Democrático de Direito não poderão ser objeto de emenda constitucional⁹⁶. A categoria *políticas públicas* aparece no artigo 227, parágrafo 8º, inciso II, relacionada às políticas pública que cabe ao Estado implementar para crianças e adolescentes⁹⁷. A categoria *direito subjetivo* aparece uma única vez na CF/88 para declarar que a educação é um *direito público subjetivo*⁹⁸. No artigo 5º, *caput*⁹⁹, aparece pela primeira vez na CF/88 a categoria *direito à vida*, mas ela aparece em alguns outros artigos também. No artigo 5º,

⁹⁴ A partir daqui, no corpo do texto, com o objetivo de facilitar o entendimento, as categorias analíticas aparecerão em itálico.

⁹⁵ Artigo 5º, inciso XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

⁹⁶ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

III - a separação dos Poderes;

⁹⁷ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 8º A lei estabelecerá:

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

⁹⁸ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

⁹⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

declara-se que o *direito à vida* é inviolável. É no artigo 1º¹⁰⁰, que define os fundamentos do Estado brasileiro, no qual aparece a categoria analítica *dignidade da pessoa humana*.

Em segundo lugar, as categorias escolhidas são fundamentais para definir a qualidade da democracia que se consolida no país. A primeira categoria – *constitucional* – reflete um governo que submete às próprias leis que elabora e a um Executivo e a um Legislativo que se submetem ao controle de constitucionalidade. A categoria *separação dos poderes* é um dos mais importantes pilares da democracia, impedindo a hegemonia de um poder sobre os demais. A categoria *políticas públicas* foi selecionada já que é por meio de políticas públicas que o Executivo e o Legislativo devem efetivar direitos sociais, tema fundamental para esta pesquisa. *Direitos subjetivos* remete à problemática levantada no primeiro capítulo sobre a exigibilidade dos direitos sociais. Mostramos que os direitos trabalhistas são considerados exigíveis e, portanto, direitos subjetivos, em detrimento dos demais direitos sociais. Contudo, como mostraremos, os direitos à saúde pública têm se tornado subjetivos por meio da ação dos juízes e tribunais. Finalmente, as categorias *direito à vida* e *dignidade da pessoa humana* espelham o próprio caráter da democracia brasileira, definem os valores a partir do qual ela se constitui e os bens que ela tutela.

As categorias também foram escolhidas porque elas nos ajudarão a compreender como os juízes justificam que, apesar da perda da universalidade do direito social à saúde pública, ainda sim é legítimo que o Judiciário tome decisões que o efetive.

As decisões tomadas pelo TJ de São Paulo garantindo o direito à saúde já são milhares, número que aumenta diariamente. Diante disso, essa pesquisa se delimitará, a trabalhar com uma amostra delas, especificamente as decisões tomadas entre janeiro de 2012 à fevereiro de 2013.

¹⁰⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana;

3. Análise Empírica

As ações na esfera civil são resultado de conflitos. Tradicionalmente o Direito Civil sempre lidou com conflitos de interesses privados e que diziam respeito à manutenção da propriedade privada. Quando, contudo, um indivíduo propõe uma ação para garantir a tutela de seu direito à saúde pública, necessariamente ele está em conflito com o Estado, manifestado em suas mais diferentes instituições que têm como obrigação legal manter o acesso gratuito à saúde. Theodoro Jr. (2009) afirma que o objetivo do processo civil é justamente instituir meios de imposição coativa da norma constitucional que garante o direito à saúde pública, ou seja, o não cumprimento da sentença judicial implica uma sanção pecuniária, imposta ao órgão responsável pelo seu implemento. Nos acórdãos que estudaremos a seguir é justamente isso que veremos acontecer.

Os acórdãos estudados mostram que o Poder Judiciário é procurado por indivíduos que se sentiram lesados em seus direitos porque o município não garantiu a tutela do direito à saúde pública, em diversos âmbitos. Para ter acesso à defensoria pública, os indivíduos que não podem arcar com os custos do tratamento, precisam ser considerados hipossuficientes, o que significa ganhar até três salários mínimos por mês¹⁰¹.

A leitura e análise sistemática da Jurisprudência do TJSP nos permitiu encontrar as principais justificativas dadas pelos municípios para a recusa em cumprir o artigo 196 da CC/88, mesmo diante de uma sentença de um juiz de primeira instância. As que mencionamos abaixo são as mais recorrentes:

1. Não há previsão orçamentária.
2. Não há recursos financeiros.
3. O medicamento pedido não consta na lista do SUS.
4. O tratamento/medicamento é experimental.
5. Há tratamentos alternativos oferecidos gratuitamente pelo SUS.
6. Há entraves burocráticos.
7. A sentença judicial ofende o princípio da separação dos poderes.

¹⁰¹Fonte: Defensoria Pública do Estado de São Paulo, disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/>. Acesso em: 10/02/2013.

8. Não cabe ao Judiciário controlar questões de políticas públicas.

As categorias analíticas já mencionadas serão os objetos da análise diante desses argumentos dados pelos municípios. Mostraremos que, majoritariamente, as categorias analíticas *constitucional*, *direito à vida e dignidade da pessoa humana* são utilizadas pelos juízes para justificar a imposição coativa do Judiciário sobre o município para cumprimento da norma positivada. Essas categorias também são empregadas diante de argumentos orçamentários, impondo que o *direito à vida* e a *dignidade da pessoa humana* é mais importante do que meras questões de custo. Os juízes hierarquizam os interesses, privilegiando o direito à vida e a dignidade da pessoa humana frente a interesses financeiros, orçamentários e burocráticos.

Por sua vez, as categoriais *separação dos poderes*, *políticas públicas* e *direito subjetivo* são utilizadas para justificar a tomada de decisão política do Judiciário, em sua maior parte legitimando o papel dos juízes ao tomar decisões políticas, sobre temáticas que tradicionalmente são de políticas públicas. A categoria *direito subjetivo* também é utilizada para enfatizar que é de competência do Judiciário tomar decisões sobre direitos à saúde pública, pois, tendo o caráter de *direito subjetivo*, é lícito que o cidadão busque a tutela jurisdicional sobre esses, não dependendo apenas de políticas públicas para obtê-los.

A análise vai enfatizar que a utilização dessas categorias não é aleatória. Há, na verdade, uma recorrência no que diz respeito à função delas nas decisões, pois elas são empregadas para justificar e legitimar o teor da própria decisão e a obrigação que será imposta ao Município. Já mencionamos que os municípios, ao serem colocados no polo passivo de uma ação civil para garantia de um direito à saúde pública, afirmam que não é legítimo que o Judiciário os obrigue a isso, pois seria uma ofensa contra o princípio da separação dos poderes, uma vez que o Judiciário não pode controlar políticas públicas.

Diante disso, os juízes empregam as categorias analíticas supramencionadas justamente para enfatizar que a escolha da via judicial é adequada sim para garantir a tutela do direito à saúde pública. Majoritariamente os juízes afirmam que, diante da violação de um direito *constitucional* pelo Executivo municipal, cabe ao Judiciário garanti-lo. As categorias *direito à vida e dignidade da pessoa humana*, por sua vez, são recorrentemente utilizadas para contra argumentar com as prefeituras, que dizem não

possuir recursos financeiros para arcar com os custos dos tratamentos médicos. As falas dos juizes são claras de que o *direito à vida* e a *dignidade da pessoa humana* têm prioridade em detrimento de problemas orçamentários.

Veremos o emprego dessas categorias com maiores detalhes a seguir. Vamos iniciar analisando um processo que diz respeito ao fornecimento gratuito de medicamento para *Diabetes Melitus*. Segue abaixo a ementa da decisão:

Agravo de Instrumento. Mandado de Segurança. Medicamento. Alegação de ilegitimidade ad causam redirecionamento. Descabimento. Competência comum e solidária da União, Estados, DF e Municípios. Não há se falar em redirecionamento de ente federativo, pois a Carta Magna em momento algum preceitua divisões de competência. Revela, por excelência, a competência solidária e comum dos entes federativos. Alegação de questões orçamentárias. Inadmissível Proteção à inviolabilidade ao direito à vida. Inteligência dos artigos 6º e de 196 a 200 da Constituição Federal, o que justifica o fornecimento gratuito dos medicamentos pleiteados destinados ao tratamento de pessoa carente e doente, realizado de acordo com orientação médica. . Alegação de intromissão no do Poder Judiciário ao mérito administrativo. Inadmissibilidade. Em havendo a omissão da Administração Pública na realização do comando constitucional, tem o Poder Judiciário função precípua de suprimir tal conduta para que seja realizada a verdadeira Justiça. Decisão mantida Recurso não provido.

No caso em análise, Luciana de Oliveira Rocheti entrou, em primeira instância, com uma ação contra a Prefeitura Municipal de Jundiaí para obter determinado medicamento para *Diabetes Melitus*. Note que o conflito de Luciana dá-se justamente com o próprio Estado, representado pela cidade de Jundiaí, que se recusava a cumprir o artigo 196 da CF/1988. O juiz de primeira instância determinou que a prefeitura fornecesse o medicamento gratuitamente para Luciana.

O município não acatou a decisão em primeira instância, alegando que não precisava fornecer o medicamento. O município justificou dizendo que este não constava da lista da Secretaria de Saúde. A prefeitura também afirmou que não possuía recursos financeiros para isso e, ainda, enfatizou que o Poder Judiciário não deveria controlar atos que não fossem de sua alçada em respeito ao princípio da divisão dos poderes. O município de Jundiaí, portanto, entrou com recurso, agora em segunda instância, utilizando-se do princípio da recorribilidade e do duplo grau de jurisdição, próprios do processo civil.

Esse princípio, segundo Theodoro Jr. (2009), implica que toda decisão judicial pode prejudicar uma das partes e, portanto, é permitido recorrer da decisão. O autor destaca que cada uma das partes tem direito de que o seu interesse seja julgado por dois juízos distintos, caso não aceite a primeira decisão. O direito processual brasileiro estabeleceu uma divisão hierárquica dos órgãos judiciais. No caso em análise, o município de Jundiaí, não se conformando com a decisão em primeiro grau, recorreu a um Tribunal Superior, que é o TJ de São Paulo.

O recurso foi, assim, o instrumento processual utilizado pelo município de Jundiaí. Segundo Gonçalves (2013) interpor um recurso significa submeter determinada decisão judicial a uma nova apreciação. Enquanto houver um recurso pendente, não há coisa julgada. Para Luciana de Oliveira Rocheti isso implica que ela continua sem a medicação.

Em segunda instância, os desembargadores Magalhães Coelho e Coimbra Schmidt mantiveram a decisão do juiz de primeira instância e obrigaram o município de Jundiaí a fornecer o medicamento prescrito, em cumprimento do artigo 196 da Constituição e, em resposta a afirmação da prefeitura de que não caberia ao Judiciário tomar tal decisão, foi afirmado que muito embora o Executivo possa escolher a forma de executar a lei, não é lícito a ele deixar de cumprir a lei, mesmo o Município apresentando dificuldades orçamentárias.

Há duas implicações fundamentais para esta pesquisa que podem ser extraídos desta decisão, conforme mostra Theodoro Jr. (2009). Em primeiro lugar, essa decisão mostra que, muito embora a saúde pública tenha caráter de direito universal, o direito obtido por meio de processo funciona como veículo de proteção a direitos individuais, no caso em análise, exclusivamente de Luciana de Oliveira Rocheti. Isso implica que os demais cidadãos que precisam do mesmo medicamento fornecido gratuitamente não ganham esse direito junto com Luciana. Além disso, essa decisão mostra que a ordem constitucional impõe um dever de tutela ao Estado, ou seja, segundo o artigo 5º da CF/88, nenhum cidadão que tenha seu direito ameaçado ficará privado de tutela do Poder Judiciário.

Notamos, nessa decisão, que os desembargadores utilizaram uma das categorias analíticas que separamos para pesquisa, a categoria *separação de poderes*. Ao longo deste capítulo mostraremos que essa categoria é recorrente nos acórdãos, sempre no argumento de que as decisões judiciais sobre saúde pública não invade a competência dos outros poderes.

Discussão semelhante é feita na decisão cuja ementa segue abaixo:

REEXAME NECESSÁRIO. SAÚDE. PRETENSÃO AO RECEBIMENTO DE MEDICAMENTOS. IDOSO HIPOSSUFICIENTE PORTADOR DE DOENÇA DE PARKINSON. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. 1. O artigo 196 da Constituição Federal é norma de eficácia imediata, independentemente, pois, de qualquer normatização infraconstitucional para legitimar o respeito ao direito subjetivo material à saúde, nele compreendido o fornecimento de medicamentos, insumos, ou aparelhos. 2. A pretensão ao fornecimento de remédio, insumos, ou aparelhos, e à realização de exame, necessários à saúde, pode ser dirigida em face da União, Estado ou Município porque a indisponibilidade do direito à saúde já foi reconhecida pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça (REsp 662.033/RS). 3. Prevalece nesta Câmara o entendimento de que a negativa ao fornecimento de medicamentos e insumos fere o direito subjetivo material à saúde, reflexo do direito fundamental à vida. RECURSO DESPROVIDO.

No caso em análise, o paciente pede a fornecimento gratuito de medicação de doença de *Parkinson*. A ação em primeira instância é promovida em face do Município de Igarapava e da Fazenda Pública do Estado de São Paulo. O município alegou que não poderia fornecer o medicamento por falta de prévia autorização e dotação orçamentária. Os argumentos dos juízes em segunda instância diante da recusa do Executivo municipal em cumprir a sentença em primeira instância é a seguinte (Rel. Des. Amorin Cantuária, Reexame Necessário no. 0001347-41.2011.8.26.0242, j. em 15.01.2013):

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a atuação do Poder Judiciário em determinar ao Poder Executivo o atendimento às necessidades da paciente não significa violação ao princípio da independência e harmonia dos Poderes, isso porque o Poder Judiciário está autorizado a reconhecer que o Executivo não cumpriu sua obrigação legal quando agrediu direitos difusos e coletivos, bem como a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada. Assim, a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas não se faz de forma discriminada, pois violaria o princípio da separação dos poderes. A interferência do Judiciário é legítima quando a Administração Pública, de maneira clara e indubitável, viola direitos fundamentais por meio da execução ou falta injustificada de programa de governo.

Do ponto de vista da teoria de Tsebelis (2009), uma prefeitura municipal pode ser considerada um ator político com poder de veto, pois, por meio de seu Executivo e Legislativo, elabora políticas públicas locais. O posicionamento da prefeitura de Jundiá e Guatapará, nos dois casos já analisados, contudo, mostra que não é de seu interesse que o Judiciário seja um ator político com poder de veto, uma vez que, sendo assim, o Judiciário tem a prerrogativa de obrigá-la a determinadas ações e estabelecer sanções caso não cumpra com a obrigação, por isso mesmo o Município declara que é ilegítima a tomada de decisão política por parte do Judiciário, considerando isso uma ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Nesta decisão, as categorias analíticas manipuladas são *políticas públicas* e *separação dos poderes*. Elas são empregadas no mesmo sentido da primeira decisão, ou seja, que o controle pelo judiciário de políticas públicas não extrapola suas competências constitucionais e que sua decisão é legítima em face da separação de poderes como determinada pelo texto constitucional.

Ações que pedem fornecimento gratuito de cadeira de rodas motorizada também são comuns no Judiciário brasileiro. Vamos analisar a seguinte decisão:

Ação Civil Pública. Fornecimento de cadeira de rodas motorizada pelo ente estatal. O fornecimento é de rigor, ante a demonstrada necessidade, sobretudo em respeito ao art. 196 da CF. Alegação de questões orçamentárias. Inadmissibilidade. Proteção à inviolabilidade ao direito à vida. Inteligência dos artigos 6º e de 196 a 200 da Constituição Federal, o que justifica o fornecimento gratuito dos medicamentos pleiteados destinados ao tratamento de pessoa carente e doente, realizado de acordo com orientação médicas. Recurso não provido.

No caso em estudo é o próprio Ministério Público do Estado de São Paulo, em nome de Maria Geni de Moraes Calesulatto, que entra com ação em primeira instância, contra a Fazenda do Estado de São Paulo. O juiz de primeiro grau sentenciou a Fazenda o fornecimento gratuito da cadeira de rodas motorizada. A Fazenda do Estado de São Paulo entrou com recurso alegando questões de ordem financeira e pediu a reforma da decisão.

Os desembargadores que julgaram o recurso afirmam que o fornecimento gratuito da cadeira de rodas é necessário não apenas em cumprimento ao artigo 196 da CF/88, mas também ao *princípio da dignidade humana*, estabelecido no artigo 1º, III, da Carta Magna. Nesta decisão, a judicialização da política é avidamente justificada pelos desembargadores Coimbra Schmidt, Guerriei Rezende e Moacir Peres (Rel. Des. Eduardo Gouvêa, Apelação nº 0016990-95.2011.8.26.0482. j. em 17.12.0212):

A saúde é direito de todos e dever do Estado (art. 196 da CF/88), então, este deve pelos meios mais céleres e eficientes resguardá-la, pois a saúde e a vida não podem esperar as implementações das políticas públicas ao bel-prazer do administrador que, no pior das vezes, podem demorar anos ou até décadas.

Não pode a Administração Pública opor óbices, porque cabe ao Estado fornecer o apropriado para o tratamento digno.

Na decisão em análise, vimos que a Fazenda do Estado de São Paulo entrou com um recurso no Tribunal de Justiça de São Paulo, devido à insatisfação com a decisão obtida em primeira instância. Conforme afirma Gonçalves (2012) há dois tipos de recurso. O primeiro deles é o recurso que visa corrigir erros de forma, que dizem respeito à desobediência das normas do próprio processo. Nesse caso se pede a anulação da decisão. Na decisão que estamos estudando, contudo, trata-se de um recurso que tem como objetivo corrigir um conteúdo e, por isso mesmo, a Fazenda do Estado de São Paulo pode apenas pedir a reforma da decisão, não sua anulação. No caso supramencionado, a decisão não foi reformada, pois a omissão do Executivo local legitima a decisão judicial.

Internações compulsórias em hospitais psiquiátricos ou em clínicas especializadas em dependência química também são comuns no Judiciário. Em seguida, analisaremos a seguinte decisão:

APELAÇÃO CÍVEL MANDADO DE SEGURANÇA – Internação compulsória de dependente químico em clínica especializada a expensas da Municipalidade Impossibilidade econômica da esposa em arcar com o tratamento do marido interdito - Sentença de procedência Decisão mantida Inteligência do artigo 196 da Constituição da República Recursos improvidos.

Na decisão supramencionada Vivian dos Santos Maria solicita a internação gratuita de sua marido, Adriano Correa dos Santos, para tratamento de drogadição e etilismo. Nesse caso, a ação foi proposta contra o município de Jarinu e contra o próprio Secretário Municipal de Saúde. Os desembargadores afirmaram que todos os entes da União, inclusive os municípios, são obrigados a atender o comando constitucional e argumentam no seguinte sentido (Rel. Des. Maria Laura Tavares, Apelação 0000607-66.2012.8.26.0301.j. em: 14.01.2013): “As dificuldades burocráticas alegadas pela apelante para o fornecimento dos tratamentos, relativas às dispensas e padronizações dos órgãos de saúde competentes, não afastam o dever do Estado em disponibilizar internações (...)”.

Nos casos mostrados, sempre é recorrente que mesmo diante de dificuldades de ordens orçamentárias, financeiras ou burocráticas, nenhum dos municípios não pôde se eximir de cumprir o artigo 196 da CF/88, pois o *direito à vida* é superior à qualquer outro interesse institucional.

Na decisão abaixo, as categorias analíticas *constitucional*, *direito à vida* e *direito subjetivo* aparecem logo na ementa da decisão:

Constitucional. Direito à saúde. Medicamento. 1. O art. 196, da CF, é norma de eficácia imediata, independentemente, pois, de qualquer normatização infraconstitucional para legitimar o respeito ao direito subjetivo material à saúde, nele compreendido o fornecimento de medicamentos ou aparelhos. 2. Prevalece nesta Câmara o entendimento de que a negativa ao fornecimento de medicamentos fere o direito subjetivo material à saúde. Recursos não providos.

As palavras *constitucional* e *direito à vida* são utilizadas para legitimar a obrigação do município em fornecer gratuitamente o medicamento pedido. A categoria analítica *direito subjetivo* e o inciso XXXV, do artigo 5º da CF/88 são empregados para justificar e também legitimar a tomada de decisão judicial.

Aqui *dignidade da pessoa humana* também é utilizada para justificar a decisão, mas o que chama a atenção é a menção do artigo 5º, inciso XXXV para evitar qualquer crítica ao Judiciário na tomada de decisão sobre a saúde pública. Os desembargadores afirmam ainda que a decisão judicial não violou o princípio da independência dos poderes, pois o Judiciário está apenas inibindo irregularidades praticadas pelo município, que falhou em observar dispositivo constitucional. Note como a fala do juiz não apresenta o judiciário como uma instituição que meramente toma decisões políticas, mas sim que guarda a Constituição.

Na decisão que analisaremos a seguir, o mesmo argumento é utilizado pelos desembargadores Luis Ganzerla e Pires de Araújo. A decisão é a que sege abaixo:

Apelação. Pedido de fornecimento da prótese necessária à realização do tratamento cirúrgico denominado "Artroplastia do joelho esquerdo". Ação parcialmente provida. Recurso da Fazenda Estadual buscando a inversão do julgado. Inadmissibilidade. Recurso da autora, com reiteração do pedido de tutela antecipada, buscando a inversão do julgado. Inadmissibilidade. Comprovação médica de que a autora é portadora de artrose, bem como de que é idosa e não dispõe de situação sócio-econômica que lhe permita arcar com o custo da prótese postulada. Responsabilidade pela prestação dos serviços de saúde que é compartilhada por todos os entes políticos (art. 196 da Constituição Federal de 1988). Recursos oficial, considerado interposto, e voluntário improvidos, de ofício adaptando-se a tutela da r. sentença aos limites do pedido.

Na decisão supramencionada Maria Aparecida Tavares moveu ação contra a Fazenda do Estado de São Paulo pedindo o fornecimento gratuito de prótese necessária para tratamento cirúrgico. O juiz de primeira instância sentenciou a favor de Maria Aparecida Tavares. A Fazenda apelou em segunda instância afirmando que ocorreria ofensa aos princípios da separação do poderes nessa decisão. Diante desse argumento, os juízes de segunda instância afirmaram que não houve ofensa à separação de poderes porque é legítimo acionar o Poder Judiciário para tutelar um direito fundamental. Além disso, afirma a decisão que o Estado não pode deixar de cumprir um dever constitucional meramente utilizando-se do argumento da violação do princípio da separação de poderes. Novamente há a utilização da categoria analítica *constitucional* para justificar a tomada de decisão política por parte do Judiciário. Outra categoria utilizada é a *direito subjetivo*. Os desembargadores afirmam que o artigo 96 da CF/88 traz um direito público subjetivo, fato que também justifica a tomada de decisão do Judiciário.

Outro argumento dado em face da acusação de que o Judiciário ofende o princípio da separação dos poderes é dado em algumas apelações, como, por exemplo, na apelação número 0384700-21.2009.8.26.0000, nos seguintes termos: “Quando o Poder Judiciário determina o cumprimento de determinado preceito constitucional ou o cumprimento da lei, é evidente que não está ofendendo o princípio da tripartição dos poderes, porque não está alterando a forma de utilização de verbas do Estado.” Essa justificativa implica que apenas se o Judiciário tomasse decisões sobre a composição do orçamento é que ele estaria ofendendo o princípio da separação dos poderes.

Até aqui apresentamos decisões judiciais tutelando o direito à saúde pública em que os juízes justificam essa ação utilizando as categorias analíticas *constitucional* e *direito à vida e dignidade da pessoa humana*. Mostraremos a seguir uma decisão em que a justificativa para o ativismo judicial é dada em face da omissão dos demais poderes:

Ação ordinária Fornecimento de suplemento alimentar prescrito em razão de "tetra paralisia espastica" Admissibilidade Dever do Estado Artigo 196 da Constituição Federal Precedentes Sentença de procedência da ação - Multa diária Fixação excessiva Redução - Isenção do Estado quanto ao pagamento da verba honorária pela sucumbência Autora representada pela Defensoria Pública do Estado Confusão entre credor e devedor Provimento parcial dos recursos, tão-somente para a redução da multa diária e afastar a verba honorária pela sucumbência, consoante especificado, mantida no mais, a r. sentença recorrida, também por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Nessa decisão a Fazenda do Estado de São Paulo é condenada a fornecer suplemento alimentar à paciente. O argumento do Judiciário que é o direito à saúde pública não pode se transformar em promessa constitucional inconsequente e que compete ao Judiciário tornar efetivo o direito contido no artigo 96, diante da omissão dos demais poderes. No que diz respeito à análise supramencionada de Oliveira e Noronha (2011), podemos afirmar que as categorias analíticas que estudamos são empregadas pelos desembargadores para reafirmar a dimensão positiva do fenômeno judicialização da política. Ficou evidente na análise que, do ponto de vista do Poder Judiciário, a tomada de decisão política por parte dos juízes é legítima e se faz necessária em face da omissão dos poderes representativos. Sobre isso, afirmam Oliveira e Noronha (2011, p.12) que uma das dimensões da judicialização da política é: “(...) a virtuous process of guaranteeing a right otherwise overlooked by elected politicians and public officials¹⁰² (...)”. A análise sistemática da jurisprudência mostrou que essa é, sem dúvidas, a posição dos juízes.

Diferente é, sem dúvidas, o ponto de vista dos municípios. Na decisão abaixo veremos o posicionamento do município de Jales frente à judicialização da saúde pública:

¹⁰² (...) um processo virtuoso de garantir um direito que foi ignorado por políticos eleitos e administradores públicos.

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. Mandado de Segurança. Falta de interesse de agir. Inocorrência. Prova inequívoca da necessidade dos medicamentos e insumos. Receituário médico que basta ao atendimento do pedido. Conveniência ou não do uso de determinado fármaco é competência exclusiva do médico que acompanha o enfermo. Preliminar rejeitada. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. Mandado de Segurança. Impetrante, hipossuficiente, portador de diabetes, há 12 anos insulínica independente tipo LADA, com complicações microvasculares, com grande descontrole do diabetes desde o início com emagrecimento, razão pela qual ora pleiteia os medicamentos, conforme prescrição médica. Ausência de padronização que não tem o condão de restringir o direito material tutelado. Indisponibilidade do direito à saúde. Art. 196 da Constituição Federal, norma de eficácia imediata. Tutela jurisdicional que não interfere na discricionariedade da Administração Pública. Política Pública que se pressupõe contemplada nas leis orçamentárias. Princípio da Reserva do Possível que não pode se sobrepor aos direitos fundamentais. Criação de entraves sob o fundamento de que o fornecimento dos medicamentos e insumos representaria priorizar o interesse individual em detrimento da coletividade. Impossibilidade. A Saúde constitui direito público subjetivo do cidadão e dever do Estado. Recursos Improvidos.

No caso em análise o Município de Jales é processado por Joaquim Veríssimo Garcia, que é insulínica independente e pede o fornecimento gratuito do medicamento. A justificativa do Município de Jales para negar a medicação é de que o artigo 196 da CF/88 não pode ser assegurado de forma privilegiada apenas por aqueles que buscam o Judiciário, pois isso retira do dispositivo legal seu caráter universalizante. O Município alegou, ainda, que caberia exclusivamente ao Executivo controlar *políticas públicas*. Diante disso, o município de Jales pede a reforma da decisão em segunda instância no TJSP.

A decisão não é reformada. O teor do acórdão é bastante veemente em assegurar que a burocracia do SUS torna inevitável que o cidadão procure o Poder Judiciário e de que o Executivo municipal impede o desenvolvimento do direito *constitucional* à saúde pública. O relator enfatiza ainda que o *direito à vida* é superior aos demais interesses que possam ter o município.

Note que o município de Jales utiliza-se da categoria *políticas públicas* em sentido negativo, como crítica à tomada de decisão política do Judiciário. O relator da decisão, contudo, utiliza-se da mesma categoria analítica, no sentido absolutamente inverso, como pode ver (Rel. Des. Cláudio Augusto Pedrassi, Apelação / Reexame Necessário nº 0005983-45.2012.8.26.0297, j. em 29/01.2013): “Frise-se que a cogitação de óbices orçamentários revela-se impertinente, pois se trata de política pública implantada e em funcionamento, pressupondo-se que esteja contemplada nas leis orçamentárias.” A resposta, bastante irônica, implica mais uma vez a posição dos juízes de que eles agem quando os poderes representativos se omitem.

Na decisão abaixo veremos que os desembargadores definem o direito à saúde pública como um direito indisponível. Esse conceito é caro ao direito do trabalho, mas pode claramente ser utilizado para falar no direito à saúde pública. Dizer que um direito é indisponível implica que o indivíduo não pode recusar ou abrir mão dele, independentemente de sua vontade ou interesse. Vejamos a decisão abaixo:

Ação Civil Pública Município portador de SINDROME DA APNEIA OBSTRUTIVA DO SONO GRAVE (SAOS) - Fornecimento de Equipamentos - Legitimidade do Ministério Público para defender direito indisponível de hipossuficiente Obrigação solidária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios - Art. 196, da CF Sentença de procedência mantida - Recursos oficial que se considera interposto e voluntário desprovidos.

Nessa ação, o próprio Ministério Público novamente pediu em primeira instância o fornecimento gratuito de equipamentos para tratamento de apneia obstrutiva do sono grave em favor de José Otávio Alvarenga Sobrinho. A justificativa para o não fornecimento foi o alto preço do equipamento. O TJSP não reformou a decisão, afirmando que o direito à saúde é um direito *constitucional* indisponível. O argumento é interessante, porque cria um ciclo que dificulta qualquer argumento contra: se o direito à saúde é indisponível, o indivíduo não pode abrir mão desse direito. Como esse indivíduo não tem condições econômicas de manter sua própria saúde, só pode caber ao Estado fazer isso por ele.

Na decisão abaixo, veremos a resposta do Poder Judiciário contra o argumento de que determinado medicamento não pode ser fornecido por não constar na lista do SUS:

Obrigação de Fazer Portadora de Degeneração Macular relacionada à idade de acuidade visual do olho esquerdo. Neoplasia Maligna de Cabeça de Pâncreas Fornecimento de medicamento - Obrigação do Poder Público - Direito que decorre da aplicação do art.196 da CF Ofensa ao princípio da separação dos poderes não caracterizada. Recurso oficial, que se considera interposta e voluntário improvidos.

Aqui, desembargadora Relatora Ana Luiza Liarte afirma que o *direito à vida* tem supremacia diante da afirmação de que o medicamento necessário não consta da lista padronizada pela burocracia estatal. Basta que o medicamento seja prescrito por um médico, para que o município seja obrigado a fornecê-lo gratuitamente.

Não seria possível, aqui, apresentar a análise de todos os acórdãos lidos e estudados. Escolhemos, assim, aqueles que de forma mais clara trabalham com as categorias analíticas escolhidas e que mostram veementemente a posição dos juízes do Tribunal de Justiça de São Paulo diante dos argumentos utilizados pelos municípios para a não efetivação dos direitos à saúde pública. Os acórdãos escolhidos também deixam claro que os desembargadores do TJSP consideram legítima a tomada de decisão sobre políticas públicas quando há omissão dos poderes representativos locais.

Conclusão

Mostramos, no capítulo dois, que os direitos trabalhistas, constitucionalizados desde 1934, sempre se apresentaram como direitos subjetivos e exigíveis perante o Poder Judiciário, tendo, inclusive, uma Justiça específica para eles, que é a Justiça do Trabalho. Leite (2011) afirma que, atualmente, a competência da Justiça do Trabalho está se ampliando, solucionado não apenas conflitos advindos de relações de emprego, mas também decorrentes de conflitos sindicais, de contratos de prestação de serviços, de questões previdenciárias, etc.

Independentemente, contudo, da temática da ação, a Justiça do Trabalho tutela indivíduos singulares, que, sentindo-se prejudicados pelo comportamento de outro, procuram a tutela jurisdicional. Uma das maiores particularidades do Direito do Trabalho é, portanto, possuir uma Justiça própria. Esta não é, contudo, a única especificidade dos direitos trabalhistas no Brasil. Leite (2011) afirma que a legislação trabalhista brasileira, em suas dimensões material e processual, apresenta um caráter particular, que a difere ainda mais dos demais ramos do direito.

Segundo Leite (2011) a primeira particularidade diz respeito ao chamado princípio da proteção, que regula o direito processual do trabalho no Brasil. No que concerne a este princípio, o Direito do Trabalho foi criado para compensar a relação de desigualdade que existe entre empregado e empregador. Como o trabalhador é hipossuficiente, tendo seu salário caráter alimentar, cria-se uma relação de dependência entre ele e seu empregador, em que o empregado é a figura com vulnerabilidade nessa relação jurídica. Assim, a desigualdade econômica, com todas as suas consequências para o empregado, é considerada pelo direito trabalhista, implicando, portanto, que cabe ao Estado proteger o elo mais fraco da relação jurídica de emprego, que é o empregado.

A pesquisa empírica apresentada neste capítulo mostrou que o cidadão que busca a tutela judicial para garantir seu direito à saúde também está em situação de vulnerabilidade e em desvantagem econômica. Assim, cabe aqui a utilização do princípio da proteção, conforme podemos ver na decisão abaixo (Rel. Des. Ana Luiza Liarti, Apelação nº 0004480 34.2011.8.26.0358, j. em 28.01.2013):

Pretende a autora, portadora de “Degeneração Neoplasia Maligna de Cabeça do Pâncreas“ sem condições de arcar com os custos advindos de tratamento de saúde, compelir o Poder Público a fornecer-lhe o medicamento “RANIBIZUMABE”, necessário ao tratamento da doença que lhe aflige.

Sendo assim, seu direito ao fornecimento dos medicamentos relacionados na inicial decorre do disposto no art. 196 da Constituição Federal, que estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, no sentido amplo, descabido limitar o alcance da norma aos remédios padronizados e indicados pela burocracia estatal.

O Direito Processual do Trabalho também apresenta o princípio da finalidade social. Esse princípio, segundo Leite (2011) permite que o juiz atue de forma mais ativa, ajudando o empregado na busca de justiça por meio da sentença. O artigo 765¹⁰³ da Consolidação das Leis do Trabalho possibilita essa ação mais ativa do juiz ao procurar solucionar conflitos trabalhistas. Mas esse princípio tem ainda uma implicação maior. Ainda segundo Leite (2011) o princípio da finalidade social proporciona aos magistrados o entendimento do direito como tendo o potencial de mudar a realidade social. Nas decisões estudadas, vemos claramente esse ativismo judicial¹⁰⁴ - que é caro ao processo trabalhista - é um claro exercício do direito como atividade crítica, como propõe Leite (2011). Na Apelação/Reexame Necessário 0113233-69.2007.8.26.0053 analisada no item anterior, podemos ver isso claramente na fala dos desembargadores Ricardo Feitosa, Ana Luiza Liarte e Ferreira Rodrigues: “Tendo em vista as particularidades do caso em concreto, faz-se imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo”.

Os princípios da proteção e da finalidade social são claramente explorados nas decisões que foram analisadas ao longo deste capítulo. O estudo sistemático dos acórdãos selecionados mostrou que os juízes se colocam como responsáveis pela tutela de um direito constitucional que foi ameaçado por determinada instituição política e que, mais do que tomadores de decisões políticas, os juízes se compreendem como guardas do texto constitucional. A decisão política é, portanto, tida como mera consequência dessa função.

Assim, mostramos que os direitos à saúde pública equiparam-se aos direitos trabalhistas quando conquistados via judicial porque se tornam conquistas individuais, exclusiva do autor da ação. Leite (2011, p.68) explica esse fenômeno:

¹⁰³CLT, Art. 765 - Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

¹⁰⁴Leite (2011, p. 67) define ativismo judicial da seguinte forma: “O princípio do ativismo, inspirador da conduta habitual do magistrado, auxilia na formação de material jurídico positivo, na medida em que se reconhece que a aplicação do direito é produção de direito como norma *agendi*”.

Na esfera civil, o poder de provocar a tutela jurisdicional foi entregue à própria parte interessada, isto é, àquela que se sentisse atingida pelo comportamento alheio, podendo ela vir a juízo apresentar a sua pretensão, se quiser ou da forma que lhe aprouver, assim como dela desistir, respeitando as exigências legais.

Nossa análise apontou, portanto, que os direitos trabalhistas e os direitos à saúde pública também recebem o mesmo tratamento processual, que se reveste de ativismo judicial e de um entendimento específico do Direito, de proteção social.

Finalmente, a análise empírica realizada neste capítulo mostrou que o Tribunal de Justiça de São Paulo é um ator político com poder de veto, capaz de sobrestar decisões dos executivos municipais e, portanto, de mudar o *status quo* legislativo em nível local. Tsebelis (2009) define justamente isso, que os atores políticos com poder de veto são aqueles cujo acordo é necessário para uma mudança do *status quo* legislativo.

O autor aponta, ainda, que as instituições políticas – no nosso caso, a Constituição de 1988 – determinam uma sequência em que os atores com poder de veto tomam decisões. Não resta dúvida que as milhares de decisões produzidas pelo Poder Judiciário têm caráter político e se sobrepõe às decisões das prefeituras municipais.

Oliveira (2005), ao definir judicialização da política, mostra que o Judiciário, ao intervir em políticas públicas, eventualmente pode interferir ou mudar o *status quo* vigente, como queria Tsebelis (2009). No entanto, o Poder Judiciário brasileiro rompe com essa sequência determinada constitucionalmente, uma vez que os juízes têm a prerrogativa de sobrestar uma decisão do Executivo municipal e ainda impor sanções pecuniárias caso a sentença não seja cumprida.

Tsebelis (2009) afirma, ainda, que a sequência com que os atores com poder de veto tomam suas decisões importa para determinar a influência que esses atores têm no processo decisório como um todo. Assim, podemos concluir que, do ponto de vista local, os TJs têm grande poder político, sobrepondo-se às decisões dos demais poderes em nível municipal.

Considerações Finais

Esta pesquisa apresentou como proposta responder às três questões que se seguem: (1) como, no Brasil, se estabelece o processo de constitucionalização de direitos sociais à saúde pública? (2) como foi constituído o novo arranjo de poder em 1988 para que o Poder Judiciário pudesse tomar decisões referentes aos direitos sociais? e (3) quais as consequências deste nosso arranjo de poderes da atualidade para o caráter universal dos direitos sociais?

No que diz respeito à primeira pergunta, mostramos que a constitucionalização de direitos sociais à saúde pública teve um caráter universalizante, o que implica que todos, igualmente, devem ter acesso aos mesmos bens sociais que são demandados para a manutenção da saúde. Essas são as determinações dos artigos 6º, 196 e 197 do texto constitucional de 1988. Os dispositivos constitucionais também determinam que os direitos sociais à saúde pública devam ser efetivados por meio de políticas sociais e econômicas implementadas pelo Estado. Não há, portanto, nenhuma especificação de quais poderes serão responsáveis por elas, fato que abre espaço para a atuação do Judiciário.

Em relação à segunda questão, não há nenhum artigo que especificamente delegue competências para o Judiciário tomar decisões que envolvam a efetivação dos direitos à saúde pública. Mostramos, contudo, que nos debates da Assembleia Constituinte de 1986-87 há uma grande ênfase no fortalecimento do Judiciário como instituição que efetiva direitos sociais. Dessa forma, o artigo 5º, inciso XXXV, legitima essa prática, ao afirmar que a Justiça não pode se isentar diante de ameaças ou lesões a direitos. Ou seja, há, de fato, um arranjo institucional determinado no texto constitucional de 1988 que atribui a prerrogativa de tomar decisões sobre direitos sociais à saúde pública para o Poder Judiciário.

Apresentamos que há várias consequências deixadas por esse arranjo institucional no que diz respeito ao caráter universal desses direitos. Há, em primeiro lugar, uma ruptura com um modelo tradicional de processo civil para um modelo onde o juiz tem o papel de transformar a realidade social quando os demais poderes se omitem. Isso implica que há, no Brasil, um ativismo judicial muito claro no que diz respeito aos direitos sociais à saúde pública.

Além disso, esse processo atua de forma manifesta sobre o aumento da *accountability* vertical. Segundo Miguel (2005, p. 27), a *accountability* vertical refere-se: “(...) à necessidade que os representantes têm de prestar contas e submeter-se ao veredicto da população.” Para esse autor, o ápice desse tipo de *accountability* é o processo eleitoral. Miguel (2005) enfatiza que, no Brasil, a *accountability* vertical é ainda muito fraca, devido ao insuficiente controle do povo sobre as agendas políticas. Mostramos, contudo, que o controle judicial sobre políticas públicas não apenas fortalece a *accountability* vertical, mas também determina um maior controle social sobre as agendas políticas. Uma vez que o indivíduo ganha no Judiciário a tutela de determinado direito à saúde pública, definitivamente ele conseguiu transformar as prioridades orçamentárias da agenda pública local.

Aliás, essa é, sem dúvidas, outra importante consequência do processo de judicialização da saúde pública no Brasil: as transformações das relações entre o Poder Judiciário e os executivos locais. Quando o Judiciário toma reiteradamente decisões que obrigam os executivos municipais a garantirem determinado direito à saúde pública, necessariamente o próprio Judiciário atua sobre as agendas políticas locais e ganha hegemonia diante do poder decisório das prefeituras municipais.

De fato o direito social perde seu caráter universal quando conquistado por um tribunal. Mostramos, inclusive, que eles se equiparam aos direitos trabalhistas, pois apenas o indivíduo que interpôs a ação é que ganha o bem demandado judicialmente para a manutenção de sua saúde. No entanto, em cada decisão tomada pelo Judiciário há um ganho enorme para toda a sociedade, ganho esse que diz respeito ao aumento da *accountability* vertical e à cobrança pública sobre a prestação de contas das autoridades eleitas municipais, que é feita tanto pela própria sociedade civil, quanto pelo Judiciário.

No capítulo 1 mostramos várias críticas sobre o próprio caráter dos direitos sociais, que diziam respeito ao fato de eles não serem direitos subjetivos. Talvez a crítica mais contundente seja aquela de Neves (2007), que se refere ao caráter simbólico dos direitos constitucionalizados, devido à qual não ocorre sua concretização normativo-jurídica. Segundo a teoria de Neves (2007) sobressai nesses direitos sua função simbólica, em detrimento de sua eficácia. Esse fato seria consequência da omissão dos poderes representativos em efetivar esses direitos.

Apresentamos, contudo, que, por meio do artigo 5º, inciso XXXV, do texto constitucional de 1988, os constituintes determinaram uma saída para esse modelo. Eles de fato colocaram nas mãos dos poderes representativos a concretização dos direitos à saúde pública, mas, no caso deles falharem, deixaram a possibilidade da procura do Poder Judiciário por meio da assistência gratuita da Defensoria Pública para aqueles que forem hipossuficientes.

Assim, não podemos deixar de concluir que a constitucionalização de direitos sociais tem uma importante consequência para a própria separação de poderes no Brasil. Mostramos por meio dessa pesquisa que a necessidade de concretizar os direitos à saúde dos artigos 6º, 196 e 197 constitucionalizados em 1988, os constituintes viram a necessidade de aumentar as prerrogativas legislativas do Poder Judiciário. Dessa forma, os constituintes colocaram sobre a tutela jurisdicional dos direitos que antes eram assegurados exclusivamente pelos poderes representativos, inaugurando uma mudança institucional nas prerrogativas dos três poderes no Brasil.

Provamos, assim, a hipótese apresentada no capítulo 1 de que a presença de novos atores políticos em cena e o aumento da demanda por cidadania por parte da sociedade desde o início do processo de luta pela democracia colocou em crise os centros de poder tradicionais do Estado, especialmente os executivos locais. Essa situação levou os constituintes a ampliar a autonomia de centros de poder que antes ficavam relegados a planos secundários. Um desses centros de poder é, certamente, o Judiciário. Mas os constituintes fizeram ainda mais ao criarem o artigo 5º, inciso XXV: eles permitiram que os juízes, especialmente aqueles de instância inferiores, se tornassem atores políticos fundamentais não apenas para a concretização de direitos sociais, mas também para forçar a *accountability* vertical dos poderes públicos locais.

Para a teoria dos atores com poder de veto (TSEBELIS, 2009), o quadro apontado no parágrafo anterior indica que o Poder Judiciário é um ator com poder de veto, pois ele consegue mudar o *status quo* legislativo. Ao contrário do que afirma Tsebelis (2009), os juízes do TJSP não são facilmente absorvidos por outros atores com poder de veto, pois, como demonstramos, o TJSP tem continuamente tomado decisões que contrariam os atores com poder de veto municipais.

No decorrer desta tese também provamos a hipótese de que apenas com o texto constitucional de 1988 e com as mudanças institucionais na própria estrutura dos três poderes é que os direitos sociais à saúde pública tornaram-se direitos exigíveis, como são os direitos trabalhistas.

No capítulo 1 também apresentamos o argumento de Atria (2004), que afirmava que os direitos sociais não são direitos autênticos porque eles não são direitos subjetivos. Para esse autor, os direitos autênticos são os direitos civis, passíveis de serem exigidos judicialmente. Essa tese claramente mostrou que o artigo 5º, inciso XXXV, do texto constitucional de 1988, tornou os direitos à saúde pública direitos subjetivos, fato facilmente provado diante das milhares de ações julgadas anualmente no TJSP, assegurando bens sociais demandados para a manutenção da saúde.

A teoria clássica da tripartição de poderes, baseada na independência e na harmonia entre eles, foi pensada para um modelo liberal de Estado, no qual caberia ao Judiciário tutelar especialmente o patrimônio e a vida. Nesse modelo, a Justiça se encarregava de questões penais e civis e o Estado não tinha como objetivo assegurar direitos sociais e cidadania. A igualdade social deveria ser buscada no mercado, não no Estado. No modelo inaugurado pela Constituição de 1988, apresenta-se um Estado que deve elaborar políticas públicas para concretizar direitos sociais constitucionalizados, pois cabe ao Estado manter o *status* de cidadania. Para esse modelo de Estado a teoria clássica da separação de poderes não se aplica. No entanto, o Executivo e o Legislativo não se mostraram capazes de, sozinhos, satisfazer toda essa demanda pelos direitos sociais. Assim, o Poder Judiciário, contrariando as aspirações clássicas, precisou intervir em políticas públicas.

Vianna et al (2007) afirma que a judicialização da política tem início na década de 70 na Europa, com a crise dos *Welfare States*. Em vista da falência do modelo, baseado em um modelo de Estado que tutela a questão social, o juiz ganha novas prerrogativas, substituindo os poderes representativos na proteção de direitos dos hipossuficientes. Evidentemente que esse novo arranjo institucional tem consequências para a democracia. Contudo, propomos que a literatura que afirma que esse novo arranjo é antidemocrático talvez esteja errada. Supomos que a questão não diz respeito ao caráter democrático ou antidemocrático da mudança institucional na tripartição de poderes: talvez esse tenha sido o único arranjo possível em uma democracia que se quer social, promotora da cidadania e que está em busca da ampliação da igualdade.

Referências

- ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. *Physis*, v.20, no.1, p.33-55, 2010.
- ATRIA, Fernando. “¿Existen derechos sociales?” *Discusiones*. no 4, 2004.
Disponível em:
<<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826630549036114110035/015570.pdf?incr=1>>. Acesso em: 25/04/2012.
- AZEVEDO, José Afonso de Mendonça. *Elaborando a Constituição Nacional: atas da Subcomissão elaborada do anteprojeto 1932/1933*. Ed. Fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.
- ARANTES, Rogério Bastos e COUTO, Cláudio Gonçalves. Constituição, Governo e Democracia no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. v.21, n.61, p.41-62, 2006.
- ARANTES, Rogério Bastos e COUTO, Cláudio Gonçalves. A Constituição sem Fim. In. DINIZ, Simone e PRAÇA, Sérgio (orgs.). *Vinte Anos de Constituição*. São Paulo: Paulus, 2008.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz e KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista de Direito GV*, Jun. 2012, vol.8, no.1, p.059-085. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 04/01/2013.
- BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In. SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In. *Revista de Direito Administrativo*. V. 240. Rio de Janeiro: Renovar, abril/junho de 2005.

- _____ . Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In. SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita Benevides. *A UDN e o Udenismo – ambiguidades do liberalismo brasileiro*. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1981.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de Exceção Permanente – a atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004a.
- _____ . Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*. N. 61. P. 5-24, São Paulo, 2004b.
- _____ . *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008
- BERTOLLI FILHO, Cláudio. *História da Saúde Pública no Brasil*. São Paulo: Ática, 2001
- BOBBIO, Norberto. Matteucci, Nicola. Pasquino, Gianfranco. *Dicionário de Política*. São Paulo: UNB, 2004.

- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____ . O Estado Social e sua Evolução Rumo à Democracia Participativa. In. SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho – Decreto-Lei 4.452/43*. Acessado de: <<http://www.soleis.com.br/ebooks/0-TRABALHISTA.htm>>, em maio de 2011.
- BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil (1824). <www.planalto.gov.br> Acesso em: março de 2011
- BRASIL. Constituição (1891) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. <www.planalto.gov.br> Acesso em: março de 2011.
- BRASIL. Constituição (1934) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. <www.planalto.gov.br> Acesso em: fevereiro de 2011.
- BRASIL. Constituição (1946) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. <www.planalto.gov.br> Acesso em: março de 2011.
- BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. <www.planalto.gov.br> Acesso em: março de 2011.
- BRASIL. *Decreto número 21.076*, de 24 de fevereiro de 1932. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=33626>>, em Março de 2012.
- BRASIL. *Decreto nº 91.450, de 18 de Julho de 1985*. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-91450-18-julho-1985-441585-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: 07/06/2012.

- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação. Reexame necessário. Direito Público não Especificado. Constitucional. Fornecimento de medicamento a necessitado. Legitimidade Passiva do Estado do Rio Grande do Sul. O direito à saúde é assegurado a todos, devendo os necessitados receber do ente público os medicamentos necessários. Aplicação do artigo 196 da Constituição Federal. O Estado possui legitimidade passiva para a demanda visando o fornecimento de medicamento a necessitado. Posição do 11º Grupo Cível. Precedentes do TJRS, STJ e STF. DETERMINAÇÃO DE EXAMES PERIÓDICOS. DESNECESSIDADE. Indevida a pretensão de determinação de exames periódicos, cabendo, outrossim, o fornecimento da medicação enquanto houver a necessidade. Apelação com seguimento negado. Sentença confirmada em reexame necessário. Apelação 70052561867. Valdeci Rigodanzo da Silva e Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Carlos Eduardo Zietlow.
- Julgado em 17/12/2012. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=fornecimento+de+medicamentos&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 03/01/2012.
- BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. REEXAME NECESSÁRIO. SAÚDE. PRETENSÃO AO RECEBIMENTO DE MEDICAMENTOS. IDOSO HIPOSSUFICIENTE PORTADOR DE DOENÇA DE PARKINSON. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. 1. O artigo 196 da Constituição Federal é norma de eficácia imediata, independendo, pois, de qualquer normatização infraconstitucional para legitimar o respeito ao direito subjetivo material à saúde, nele compreendido o fornecimento de medicamentos, insumos, ou aparelhos. 2. A pretensão ao fornecimento de remédio, insumos, ou aparelhos, e à realização de exame, necessários à saúde, pode ser dirigida em face da União, Estado ou Município porque a indisponibilidade do direito à saúde já foi reconhecida pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça (REsp662.033/RS). 3. Prevalece nesta Câmara o entendimento de que a negativa ao fornecimento de medicamentos e insumos fere o direito subjetivo material à saúde, reflexo do direito fundamental à vida. RECURSO DESPROVIDO. Reexame Necessário 0001347-41.2011.8.26.0242. Luiz Perez e município de Guarapará. Relator Amorim Cantuária. Julgado em 15/01/2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6440500&v1Captcha=JANtW>>. Acesso em: 16/01/2013.

- BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento. Mandado de Segurança. Medicamento. Alegação de ilegitimidade ad causam redirecionamento. Descabimento. Competência comum e solidária da União, Estados, DF e Municípios. Não há se falar em redirecionamento de ente federativo, pois a Carta Magna em momento algum preceitua divisões de competência. Revela, por excelência, a competência solidária e comum dos entes federativos. Alegação de questões orçamentárias. Inadmissível Proteção à inviolabilidade ao direito à vida. Inteligência dos artigos 6º e de 196 a 200 da Constituição Federal, o que justifica o fornecimento gratuito dos medicamentos pleiteados destinados ao tratamento de pessoa carente e doente, realizado de acordo com orientação médica. Alegação de intromissão no do Poder Judiciário ao mérito administrativo. Inadmissibilidade. Em havendo a omissão da Administração Pública na realização do comando constitucional, tem o Poder Judiciário função precípua de suprimir tal conduta para que seja realizada a verdadeira Justiça. Decisão mantida Recurso não provido. Agravo de instrumento 2229206720128260000. Luciana de Oliveira Rocheti e Município de Jundiáí. Relator Eduardo Gouvêa. Julgado em 14/01/2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6439237>>. Acesso em: 16/01/2013.
- BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Ação Civil Pública. Fornecimento de cadeira de rodas motorizada pelo ente estatal. O fornecimento é de rigor, ante a demonstrada necessidade, sobretudo em respeito ao art. 196 da CF. Alegação de questões orçamentárias. Inadmissibilidade. Proteção à inviolabilidade ao direito à vida. Inteligência dos artigos 6º e de 196 a 200 da Constituição Federal, o que justifica o fornecimento gratuito dos medicamentos pleiteados destinados ao tratamento de pessoa carente e doente, realizado de acordo com orientação médicas. Recurso não provido. Apelação 0016990-95.2011.8.26.0482. Maria Geni de Moraes Calesulatto e Fazenda do Estado de São Paulo. Relator Eduardo Gouvêa. Julgado em: 17/12/2012. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6429576&v1Captcha=eQtn>>. Acesso em: 23/01/2013.
- BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. APELAÇÃO CÍVEL MANDADO DE SEGURANÇA – Internação compulsória de dependente químico em clínica especializada a expensas da Municipalidade Impossibilidade econômica da esposa em arcar com o tratamento do marido interditado - Sentença de procedência Decisão mantida Inteligência do artigo 196 da Constituição da República Recursos improvidos. Apelação 0000607-66.2012.8.26.0301. Vivian dos Santos Maria e Município de Jarinu. Relator: Maria Laura Tavares. Julgado em: 14/01/2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6444579>>. Acesso em: 23/01/2013.

- BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. A pretensão da impetrante objetivando o fornecimento de medicamento para o tratamento de sua doença está totalmente amparada por vários princípios basilares insertos na Constituição Federal, quais sejam, artigo 1º, inciso III (dignidade da pessoa humana); artigo 5º, “caput” (direito à vida); artigo 5º, inciso XXXV (inafastabilidade da jurisdição); artigo 6º (direitos sociais), dentre outros. Apelação/Reexame Necessário 0002991-68.2011.8.26.0452. Elisângela Fátima de Castro Nascimento e Diretor Municipal da Saúde da Estância Turística de Piraju. Relator Camargo Pereira. Julgado em: 29/01/2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6460097&v1Captcha=qzf vb>>. Acesso em: 31.12.2013.
- BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação. Pedido de fornecimento da prótese necessária à realização do tratamento cirúrgico denominado "Artroplastia do joelho esquerdo". Ação parcialmente provida. Recurso da Fazenda Estadual buscando a inversão do julgado. Inadmissibilidade. Recurso da autora, com reiteração do pedido de tutela antecipada, buscando a inversão do julgado. Inadmissibilidade. Comprovação médica de que a autora é portadora de artrose, bem como de que é idosa e não dispõe de situação sócio-econômica que lhe permita arcar com o custo da prótese postulada. Responsabilidade pela prestação dos serviços de saúde que é compartilhada por todos os entes políticos (art. 196 da Constituição Federal de 1988). Recursos oficial, considerado interposto, e voluntário improvidos, de ofício adaptando-se a tutela da r. sentença aos limites do pedido. Apelação 0002549-88.2007.8.26.0114. Maria Aparecida Tavares e Fazenda do Estado de São Paulo. Relator Aroldo Viotti. Julgado em: 29.01.2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6464801&v1Captcha=zQ PeU>>. Acesso em: 01/02.2013.
- BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação. Ação ordinária Fornecimento de suplemento alimentar prescrito em razão de "tetraparalisiaespastica" Admissibilidade Dever do Estado Artigo 196 da Constituição Federal Precedentes Sentença de procedência da ação - Multa diária Fixação excessiva Redução - Isenção do Estado quanto ao pagamento da verba honorária pela sucumbência Autora representada pela Defensoria Pública do Estado Confusão entre credor e devedor Provimento parcial dos recursos, tão-somente para a redução da multa diária e afastar a verba honorária pela sucumbência, consoante especificado, mantida no mais, a r. sentença recorrida, também por seus próprios e jurídicos fundamentos. Apelação/Reexame Necessário 0113233-69.2007.8.26.0053. Larissa Pereira de Souza e Fazenda do Estado de São Paulo. Relator Osvaldo Magalhães. Julgado em: 28/01/2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6471610>>. Acesso em: 01/02/2013.

- BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. MANDADO DE SEGURANÇA. Fornecimento de medicamento. Dever do Estado de possibilitar o acesso do impetrante à saúde, caracterizando sua recusa em afronta a direito constitucionalmente protegido. Relatório médico que comprova a patologia que exige tratamento. Direito integral à saúde dos cidadãos garantido constitucionalmente. Tratamento médico que deve ser individualizado, segundo as necessidades da paciente. Juiz que não está atuando como administrador ao reconhecer o direito do impetrante e a obrigação do Estado, pois está cumprindo sua obrigação ao fazer valer a lei e a Constituição, no exercício da jurisdição. Direito líquido e certo demonstrado. Recurso voluntário e reexame necessário desprovidos. Apelação 9203539-22.2009.8.26.0000. Jandira Fernandes Feital e Prefeitura Municipal de Mogi das Cruzes. Relator Carvalho Viana. Julgado em 30/01/2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6476384&vlCaptcha=VjeAe>>. Acesso em: 03/02/2013.
- BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. Mandado de Segurança. Falta de interesse de agir. Inocorrência. Prova inequívoca da necessidade dos medicamentos e insumos. Receituário médico que basta ao atendimento do pedido. Conveniência ou não do uso de determinado fármaco é competência exclusiva do médico que acompanha o enfermo. Preliminar rejeitada. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. Mandado de Segurança. Impetrante, hipossuficiente, portador de diabetes, há 12 anos insulínica independente tipo LADA, com complicações microvasculares, com grande descontrole do diabetes desde o início com emagrecimento, razão pela qual ora pleiteia os medicamentos, conforme prescrição médica. Ausência de padronização que não tem o condão de restringir o direito material tutelado. Indisponibilidade do direito à saúde. Art. 196 da Constituição Federal, norma de eficácia imediata. Tutela jurisdicional que não interfere na discricionariedade da Administração Pública. Política Pública que se pressupõe contemplada nas leis orçamentárias. Princípio da Reserva do Possível que não pode se sobrepor aos direitos fundamentais. Criação de entraves sob o fundamento de que o fornecimento dos medicamentos e insumos representaria priorizar o interesse individual em detrimento da coletividade. Impossibilidade. A Saúde constitui direito público subjetivo do cidadão e dever do Estado. Recursos Improvidos. Apelação / Reexame Necessário nº 0005983-45.2012.8.26.0297. Joaquim Veríssimo Garcia e Fazenda do Estado de São Paulo. Relator Claudio Augusto Pedrassi. Julgado em: 20.01.2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6472313&vlCaptcha=qvexw>>. Acesso em: 04.02.2013.

- BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Ação Civil Pública Múncipe portador de SINDROME DA APNEIA OBSTRUTIVA DO SONO GRAVE (SAOS) - Fornecimento de Equipamentos - Legitimidade do Ministério Público para defender direito indisponível de hipossuficiente Obrigação solidária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios - Art. 196, da CF Sentença de procedência mantida - Recursos oficial que se considera interposto e voluntário desprovidos. Apelação nº 9001110-32.2011.8.26.0506. Ministério Público do Estado de São Paulo e Fazenda do Estado de São Paulo. Relatora Ana Luiza Liarte. Julgado em 28.01.2013. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6480114&vlCaptcha=efn_zj> Acesso em: 05.02.2013.
- BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Obrigação de Fazer Portadora de "Degeneração Macular relacionada à idade de acuidade visual do olho esquerdo. Neoplasia Maligna de Cabeça de Pâncreas Fornecimento de medicamento - Obrigação do Poder Público - Direito que decorre da aplicação do art.196 da CF Ofensa ao princípio da separação dos poderes não caracterizada. Recurso oficial, que se considera interposta e voluntário improvidos. Apelação nº 0004480 34.2011.8.26.0358. Prefeitura Municipal de Mirassol e Elza Fellipe Alves. Relatora Ana Luiza Liarte. Julgado em 28.01.2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6479015&vlCaptcha=ntxis>>. Acesso em: 05.02.2013.
- BOSCHI, Renato R. e LIMA, Maria Regina Soares. O Executivo e a Construção do Estado no Brasil – do desmonte da Era Vargas ao novo intervencionismo regulatório. In. VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2003.
- CALIL, Mário Lúcio Garcez. *Efetividade dos Direitos Sociais*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012.
- CANOTILHO, Gomes José Joaquim *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Edições Almeida, 2003.
- CARDOSO, Sérgio. *Retorno do Republicanismo*. FMG: Belo Horizonte, 2004.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. In. VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

- CLUBE 3 DE OUTUBRO. *Esboço Revolucionário de Reconstrução Política e Social do Brasil*. Rio de Janeiro, 1932.
- COSTA, Emília Viottida. *Da Monarquia à República: momentos decisivos*. São Paulo: UNESP, 1999.
- COURTIS, Christian. Critérios de Justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma Breve Exploração. In. SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- COUTINHO, Antônio Oswaldo Nunes. Alimentação do brasileiro: uma visão histórica. *Revista Saúde em Debate*. número 23, p. 32-9, 1988.
- DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Acessado de: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>, em maio de 2011.
- DELGADO, Lucília de Almeida neves Delgado. PTB – do getulismo ao reformismo. São Paulo: Marco Zero, 1989.
- DINIZ, Simone. *Critérios de justiça e programas de renda mínima*. Revista Katálysis. Volume 10, no 1, p. 105-114, 2007.
- DRAIBE, Sônia. A política social no período FHC e o sistema de proteção social. *Tempo social*. v.15, no.2, p.63-101, 2003.
- FERREIRA, Luisa Moraes Abreu. Nexo causal em matéria penal: análise da jurisprudência dos tribunais de justiça. *Rev. direito GV*, vol.7, no.1, p.199-220, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322011000100010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 10/02/2013.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- GOMES, Ângela Maria de. “Confronto e Compromisso no Processo de Constitucionalização (1930-1935).” In FAUSTO, Boris (org.). *História Geral da Civilização Brasileira – O Brasil Republicano*. São Paulo: Difel, 1981.
- GOLÇALVEZ, Marcus Vinícius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil: processo de conhecimento e procedimentos especiais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

- HALL, Peter e TAYLOR, Rosemary. “As três versões do neo-institucionalismo.” *Lua Nova*. número 58. São Paulo, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n58/a10n58.pdf>. Acesso em: 22.01.2012.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John *O Federalista*. Brasília: UnB, 1984. (Coleção Pensamento Político; v.62)
- HERRERA, Miguel Carlos. Estado, Constituição e Direitos Sociais. In. SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. *The Cost Rights – why liberty depends on taxes*. Nova Iorque: Norton, 1999.
- HORVATH, Miguel J. *Direito Previdenciário*. São Paulo: QuartierLatin, 2010.
- IHERING, Rudolfg Von. *A luta pelo Direito*. São Paulo: Martin Claret, 2009. Coleção a obra-prima de cada autor.
- IGLÉSIAS, Francisco. *Trajatória Política do Brasil: 1500-1964*. Parte IV. São Paulo: Cia das Letras, 1993.
- IMMERGUT, Ellen M. *Health Politics – interests and institutions in Western Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.
- JHERING, Rudolf Von. *O Espírito do Direito Romano*. Rio de Janeiro: Alba, 1943.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2000.
- KOERNER, Andrei. *Instituições, Decisão Judicial e Análise do Pensamento Jurídico: o Debate Norte-Americano*, 06/2007, BIB. Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais, Vol. 1, Fac. 63, pp.63-96, São Paulo, SP, BRASIL, 2007.
- LAMOUNIER, Bolívar. “Formação de um Pensamento Político Autoritário”. In FAUSTO, Boris. *História Geral da Civilização Brasileira*. Rio de Janeiro-São Paulo: Difel, 1977. Tomo III, Volume 2.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LEVI, Margaret. *Uma Lógica da Mudança Institucional*. Dados – Revista de Ciências Sociais, v. 34, n.1, p.79-99, 1991.

- LIMONGI, Fernando. FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: FGV, 1999.
- LIMONGI, Fernando. FIGUEIREDO, Argelina Cheibub e VALENTE, Ana Luzia. Governabilidade e concentração de poder institucional: o Governo FHC. *Tempo Social*. Volume 11, n.2, p. 49-62, 1999.
- LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa. Dilemas da institucionalização de políticas sociais em vinte anos da Constituição de 1988. *Ciênc. saúde coletiva*, vol.14, no.3, p.721-730, 2009.
- MACIEL, Débora Alves e KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, 2002, no.57, p.113-133. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010264452002000200006&lng=pt&nrm=iso> Acesso em: 27/06/2012.
- MAUÉS, Antônio Gomes Moreira e SANTOS, Élide Lauris dos. Estabilidade constitucional e acordos constitucionais: os processos constituintes de Brasil (1987-1988) e Espanha (1977-1978). *Rev. direito GV*, Dez 2008, vol.4, no.2, p.349-387.
- MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MÉNDEZ, Juan. “Reforma Institucional, inclusive acesso à Justiça: introdução”. In. MENDÉZ, Juan; O’DONNELL, Guillermo e PINHEIRO, Paulo Sérgio (orgs). *Democracia, Violência e Injustiça – o não-Estado de Direito na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- MIGUEL, Luís Felipe. *Impasses da accountability: dilemas e alternativas da representação política*. *Revista de Sociologia e Política*, Novembro de 2005, no.25, p.25-38. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n25/31109.pdf>. Acesso em: 14/02/2012.
- MORAES FILHO, Evaristo de. O constitucionalismo liberal no Brasil de 1823. In. *Revista de Ciência Política*. Rio de Janeiro: v.6, n.3, p.65-93, jul./set.1972.
- NEVES, Marcelo. A Força Simbólica dos Direitos Humanos. In. SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____ . *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

- _____ . *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- OLIVERIA, Vanessa Elias. Judiciário e Privatizações no Brasil: Existe uma Judicialização da Política? *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Vol. 48, no 3, 2005, pp. 559 a 587.
- OLIVERIA, Vanessa Elias e Noronha, Lincoln, N.T. Judiciary-Executive Relations in Policy Making: the case of drug distribution on the State of São Paulo. *Brazilian Political Science Review*. Vol. 5, no. 2, 2011, PP. 10-38.
- ORSI NETTO, Alexandre. O Neoconstitucionalismo e a defensoria pública como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais. *Revista da Defensoria Pública*. Ano 2, no 2, 2009.
- PESSANHA, Charles Freitas. *Relações entre os Poderes Executivo e Legislativo no Brasil: 1946-1994*. 1997. 201 páginas. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1997.
- PRAÇA, Sérgio e NORONHA, Lincoln. Políticas públicas e a descentralização legislativa da Assembleia Constituinte Brasileira, 1987-1988. *Rev. bras. Ci. Soc.*, Fev. 2012, vol.27, no.78, p.131-147. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S01026909201200010009&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 25/06/2012.
- PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, Conceito e Estrutura dos Direitos Sociais: Uma Crítica a “Existem Direitos Sociais?” de Fernando Atria. In. SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio. “O Estado de Direito e os não-privilegiados na América Latina.” In. MENDÉZ, Juan; O’DONNELL, Guillermo e PINHEIRO, Paulo Sérgio (orgs). *Democracia, Violência e Injustiça – o não-Estado de Direito na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- REZENDE, Flávio da Cunha. Convergências e controvérsias sobre a mudança institucional: modelos tradicionais em perspectiva comparada. *Revista de Sociologia e Política*, Fev. 2012, vol.20, no.41, p.37-51.

- ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Atlas, 2009.
- SADEK, Maria Tereza. Judiciário: Mudanças e Reformas. *Estudos Avançados*. Vol.18 no.51. São Paulo: Maio/Agosto de 2004.
- SALLUM Jr., Brasílio. Metamorfoses do Estado brasileiro no final do século XX. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v.18. n.52, junho de 2003, p.35-54.
- SANTOS, Fabiano. *O Poder Legislativo no Presidencialismo de Coalizão*. Belo Horizonte: UFMG, 2003.
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Ordem Burguesa e Liberalismo Político*. São Paulo: Duas Cidade, 1978.
- SILVA, José Afonso. A aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: RT, 1968.
- SKOCPOL, Theda. Protecting Soldiers and Mothers – the political origins of social policy in the United States. Estados Unidos: Harvard, 1995.
- SKOCPOL, Theda; EVANS, Peter; RUESCHMEYER, Dietrich (Eds.). *Bringing the State Back In*. Estados Unidos: Cambridge University, 1992.
- SOUZA, Márcia Teixeira de. O processo decisório na Constituição de 1988: práticas institucionais. *Lua Nova*, 2003, no.58, p.37-59. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452003000100004&lng=pt&nrm=iso> Acesso em: 19/06/2012.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Glossário Jurídico. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=E&id=461>. Acesso em: 01/07/2012.
- TAYLOR, Mathew. Da Ros, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. *Dados*, vol.51 no.4. p.825-864. Rio de Janeiro, 2008.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- TSEBELIS, George. *Atores com poder de veto: como funcionam as instituições políticas*. Rio de Janeiro: FGV, 2009.
- VENOSA, Silvío de Salvo. *Direito Civil – teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2010.

- VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e sindicato no Brasil*. Rio de Janeiro: paz e Terra, 1978.
- VIANNA, Luiz Werneck, BURGOS, Marcelo e SALLES, Paula. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Social*. Volume 19, número 2, p. 39-85 novembro de 2007.
- WOLKMER, Carlos Antônio e LEITE, José Rubens Morato Leite (orgs.). *Os Novos Direitos no Brasil – natureza e perspectivas*. São Paulo: Brasil, 2003.
- WOLKMER, Carlos Antônio. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ZAULI, Eduardo Meira. Judicialização da política, poder judiciário e comissões parlamentares de inquérito no Brasil. *Revista de Sociologia e Política*, Out 2011, vol.19, no.40, p.195-209. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782011000300014&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 04/01/2013.