

OS TRIBUNAIS E O DIREITO À SAÚDE*

1. – Não conheço nenhuma sentença de um tribunal português sobre o pedido de um cidadão no sentido de o tribunal condenar o Executivo a adoptar as medidas adequadas à efectivação do direito (individual) à saúde do requerente (fornecimento de medicamentos, recurso a meios de diagnóstico, realização de cirurgia ou outro tipo de tratamento).

E o Tribunal Constitucional (TC) pronunciou-se duas vezes sobre questões relativas ao direito à saúde, em ambas chamado a apreciar a inconstitucionalidade de dois diplomas legais.

O universo português é, pois, a este respeito, radicalmente diferente do brasileiro.

2. - Em Portugal, o TC está integrado no sistema político (no sistema de órgãos do poder político) como um *tribunal*, ao qual a Constituição da República Portuguesa (CRP) atribui a competência de “administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional” (art. 221º CRP).

No entanto, ao tratar da organização dos tribunais enquanto órgãos de soberania com competência para *administrar a justiça em nome do povo* (art. 202º CRP), a Constituição portuguesa diz que, além do Tribunal Constitucional, existem outras categorias de tribunais (art. 201º CRP).

Isto significa que o TC exerce uma *função jurisdicional* e não uma *função política*. E significa também que o TC não é mais um tribunal entre os outros, mas um tribunal que não está integrado na organização judiciária. Com efeito, na Parte III da CRP (que regula a *organização do poder político*), o Título V dispõe sobre *os tribunais*, sendo o TC objecto de um título à parte (Título VI). Poderá talvez dizer-se que o TC é tratado, no sistema constitucional português, como um *órgão de soberania autónomo*

* Uma primeira versão deste texto foi apresentada num Encontro do *Grupo Cainã*, que teve lugar em Santa Fé (Argentina), em Fevereiro de 2010. A versão que agora se publica serviu de base para a comunicação apresentada em Porto Alegre, no Congresso Internacional sobre Direito Sanitário, organizado pela Escola de Saúde Pública do Rio Grande do Sul (21 a 25 de Maio de 2010).

(para além do Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo e os Tribunais), como “um outro dos ‘poderes’ do Estado”.¹

Em última instância, cabe ao TC assegurar que o estado actua em conformidade com os *procedimentos* exigidos, com os *princípios* e com os *objectivos* consagrados no *programa político* plasmado na CRP. Por outras palavras: a função do TC é a de garantir que os órgãos do estado e os seus titulares respeitem os normativos constitucionais no processo de formação e determinação da *vontade política* e de adopção de *decisões políticas*.

O TC é, porém, um *órgão jurisdicional de controlo normativo*, i. é, só pode apreciar e declarar a ***inconstitucionalidade das normas*** emanadas dos órgãos do estado com competência legislativa que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consagrados (art. 277, n° 1 CRP). Quer dizer: o TC só controla o processo político através da **declaração de inconstitucionalidade das decisões políticas “que se concretizam e exprimem em normas jurídicas”**.²

O TC não pode apreciar a constitucionalidade das ‘normas privadas’ (aqui se incluem, por exemplo, segundo a opinião maioritária do TC, as convenções colectivas de trabalho), nem dos ‘actos políticos’, nem dos actos administrativos, nem, em regra, das decisões judiciais. Nem pode proteger os direitos fundamentais através de uma acção directa para o efeito junto do próprio TC. E também não cabe na competência do TC *sancionar* os titulares dos órgãos de soberania pela violação da Constituição.

3. - Além do controlo abstracto (sucessivo) e do controlo concreto (mediante recurso de decisões judiciais), merecem referência especial, do ponto de vista que aqui interessa, o *controlo preventivo* da inconstitucionalidade das normas emanadas da Assembleia da República (AR) ou do Governo e a verificação de situações de *inconstitucionalidade por omissão*.

O *controlo preventivo* insere-se, de algum modo, no próprio processo de produção legislativa, exercendo-o o TC após a aprovação do diploma (lei ou decreto-lei) pelo órgão legislativo competente (AR ou Governo), mas antes da sua publicação no *Diário da República*.

¹ Cfr. J. M. CARDOSO DA COSTA, *A jurisdição constitucional em Portugal*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, 23.

² Cfr. J. M. CARDOSO DA COSTA, *ob. cit.*, 98-103.

Por outro lado, imputando a CRP ao legislador ordinário o *dever positivo* de legislar para tornar exequíveis as normas constitucionais, de modo a permitir a concretização dos *princípios* e do *programa* inscritos na lei fundamental, a *inconstitucionalidade por omissão* visa apurar e declarar o não cumprimento da Constituição por omissão das *medidas legislativas* necessárias para *tornar exequíveis* as normas constitucionais (art. 283º, nº 1 CRP).

Em suma, poderá dizer-se que ao TC cabe garantir o respeito das competências legislativas atribuídas na CRP à AR e ao Governo. E cabem-lhe competências bastantes para garantir a salvaguarda dos direitos, liberdades e garantias, bem como dos direitos económicos, sociais e culturais e dos direitos dos trabalhadores, para além da competência para assegurar que a legislação da AR e do Governo respeita o modelo e os princípios consagrados na Constituição económica. Estas competências fazem do TC um órgão que participa na formação da ‘vontade política’ do estado, embora confinando a sua participação no processo político ao **controlo da constitucionalidade das normas jurídicas**.

4. - No que concerne à intervenção do TC em matérias que podem interferir com a definição e a concretização de políticas públicas, creio poder afirmar que os Acórdãos do TC que mais influenciaram a sorte do modelo de sociedade e do programa político inscrito na CRP de 1976 (saída da Revolução de Abril de 1974), e mais determinaram a evolução da Constituição económica e das políticas públicas com ela relacionadas foram proferidos durante o período de refluxo da revolução, desde a criação do TC (na sequência da revisão da CRP de 1982) até à consolidação da segunda revisão ordinária da Constituição, em 1989.

Uma vez promulgada a CRP (Abril de 1976), os caminhos da contra-revolução passaram, em boa parte, pelos ataques à Lei Fundamental. Não tanto, a meu ver, por ela ser uma constituição dirigente, mas por ela ser uma Constituição com um *programa político de ruptura com o capitalismo*.³ Foi um período de intensa luta política e ideológica, marcado por alguns pontos de tensão e de instabilidade política e social.

O TC interveio, no exercício das suas funções, como uma espécie de *mediador na luta de classes*, embora, na minha leitura, se tenha colocado sempre, inequivocamente, do lado dos interesses e da ideologia veiculados pelos partidos que,

³ Muitos dos seus adversários apoiaram a chamada Constituição Europeia, que era uma *constituição dirigentíssima*, mas era uma ‘constituição’ estruturalmente neoliberal.

apoiados por maiorias eleitorais confortáveis, procuraram, por todos os meios, *meter o socialismo na gaveta*, como confessou um dos Primeiros-Ministros dessa época.

Sem querer fazer polémica, arrisco afirmar que, nesse período, o TC, a pretexto das suas funções jurisdicionais, actuou como um *órgão político*, um espécie de *poder legitimador* dos órgãos directamente ligados ao exercício do poder político (a AR e o Governo). Longe de ser um embaraço para o poder político, forçando-o a respeitar o programa constitucional, o TC ofereceu ao poder político uma interpretação da CRP ‘**amiga do capitalismo**’ e legitimadora de todas as iniciativas tendentes a impedir a concretização dos objectivos constitucionais de construção de uma sociedade socialista. Creio que é isto mesmo que quer dizer um ex-Presidente do TC quando escreve que “a Revisão [a revisão ordinária da CRP levada a cabo em 1989] só veio ‘justificar’ a leitura aberta do texto da lei fundamental até aí feita pelo Tribunal”.⁴

5. - Foi este o sentido dos acórdãos do TC quando julgou não serem inconstitucionais os diplomas legais que:

- permitiram o acesso da iniciativa privada a determinados sectores de actividade económica (nomeadamente a banca e os seguros)⁵, sectores que uma boa parte da doutrina mais autorizada entendia terem sido transferidos *em globo* para a propriedade do estado (e não apenas o capital das empresas que os integravam) e, portanto, insusceptíveis de ser desnacionalizados, porque a CRP (art. 83º) consagrava o princípio da irreversibilidade das nacionalizações;

- autorizaram a transformação de empresas públicas nacionalizadas em sociedades anónimas regidas pelo direito privado, com a possível participação do capital privado no respectivo capital social, desde que o estado mantivesse a titularidade da maioria do capital dessas sociedades anónimas;⁶

⁴ Cfr. J. M. CARDOSO DA COSTA, “O Tribunal Constitucional português face a uma Constituição em mudança”, separata de *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra Editora, 2005, 488. Por mim, direi que, se foi necessário alterar (significativamente) a CRP para ‘justificar’ a interpretação que dela vinha fazendo o TC, é porque tal interpretação era tão ‘aberta’ que não respeitava o texto da CRP antes de ter sido alterado.

⁵ Cfr. Acórdãos nºs 25/85 e 186/88, publicados nos Volumes 5º e 12º de *Acórdãos do Tribunal Constitucional*.

⁶ Cfr. Acórdão nº 108/88, em *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, Vol. 11º. Em boa verdade, este acórdão do TC veio declarar que não era inconstitucional a *reprivatização* (a *desnacionalização*) de parte do capital de empresas nacionalizadas, apesar de a CRP consagrar o princípio da *irreversibilidade das nacionalizações*, i. é, a proibição de modificar a situação decorrente das nacionalizações efectuadas após a Revolução de 1974 (consideradas pela CRP “conquistas irreversíveis das classes trabalhadoras”), a

- retiraram às terras nacionalizadas no âmbito da *reforma agrária* parcelas muito significativas delas, para as restituir aos latifundiários expropriados após a Revolução, apesar de a CRP consagrar a reforma agrária e a sua consolidação como um instrumento fundamental para acabar com o latifúndio, para transferir a posse útil da terra para aqueles que a trabalham e para a construção da sociedade socialista (arts. 96º e 97º);⁷
- vieram permitir medidas várias de ‘flexibilização’ das relações de trabalho e de ‘liberalização’ do contrato individual de trabalho;⁸
- autorizaram o Governo a cobrar *taxas moderadoras* pelo recurso aos serviços do Serviço Nacional de Saúde, que a CRP considerava, na altura, universal, geral e gratuito;⁹
- subiram o montante das propinas pagas pelos estudantes das Universidades públicas (cujo valor, fixado desde 1941, fora expressamente mantido pelo legislador em 1973).¹⁰

Há uns 25 anos analisei a intervenção do TC no que concerne à preservação da Constituição Económica da Lei Fundamental saída da Revolução de Abril. Ocupei-me então, essencialmente, do Acórdão nº 25/85, atrás referido.¹¹ Não vou regressar a esta problemática.

impossibilidade de regresso à titularidade e ao controlo do capital privado das empresas que operam nesses *sectores básicos da economia*. A meu ver, a lei que o TC declarou compatível com a CRP propunha-se, notoriamente, abrir ao capital privado o capital social de empresas nacionalizadas, com o objectivo confesso de iniciar um processo de abertura ao sector privado do capital de empresas públicas a operar em *sectores básicos da economia*, que a CRP, por assim os considerar, expressamente vedava à actividade de empresas privadas. Sobre estas questões, ver também o Acórdão nº 195/92 (em *Acórdãos...*, Vol.22º) e o Acórdão nº 444/93 (*Acórdãos...*, Vol. 24º).

⁷ Cfr. Acórdão nº 187/88, em *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, Vol. 12º.

⁸ Cfr. Acórdão nº 64/91, em *Acórdãos...*, Vol. 18º; Acórdão nº 289/92 (em *Acórdãos...*, Vol. 23º), que não considerou inconstitucionais exigências impostas aos trabalhadores em matéria de pré-aviso de greve e de serviços mínimos em caso de greve; Acórdão nº 581/95 (em *Acórdãos...*, Vol. 32º), que, apesar da garantia constitucional da *segurança do emprego*, veio admitir o despedimento individual por *razões objectivas* resultantes da evolução tecnológica; Acórdão nº 306/03 (em *Acórdãos...*, Vol. 56º), dando cobertura a um novo Código do Trabalho que veio consagrar soluções que representam um claro retrocesso relativamente a direitos já conquistados pelos trabalhadores. O Direito do Trabalho está a deixar de ser o *direito dos trabalhadores* para se transformar no *direito dos empresários*, negando-se a sua matriz tutelar da parte mais fraca (o *favor laboratoris*).

⁹ Cfr. Acórdão nº 330/88, em *Acórdãos...*, Vol. 13º, Tomo I.

¹⁰ Cfr. Acórdão nº 148/94, em *Acórdãos...*, Vol. 27º. Este Acórdão foi comentado por J. J. GOMES CANOTILHO na *Revista de Legislação e Jurisprudência*, nº 3838/3839 (1995), 151-155. Ver também Fábio C. S. OLIVEIRA, *Morte e Vida da Constituição Dirigente*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, 304ss.

¹¹ Cfr. *A garantia das nacionalizações e a delimitação dos sectores público e privado no contexto da constituição económica portuguesa*, separata do *Boletim de Ciências Económicas*, Vol. LXI, 1985 (conferência proferida na Universidade de Santiago de Compostela, em Maio de 1985). Sobre este ponto, cfr. Fábio OLIVEIRA, *ob. cit.*, 281ss.

6. - Comentarei apenas brevemente os Acórdãos do TC relativos ao Serviço Nacional de Saúde (SNS).

6.1. - Em 1984, o Acórdão n.º 39/84¹² considerou inconstitucional um diploma legal que revogava a lei que instituiu o SNS, além do mais substituindo este por *vários serviços regionais de saúde* (não integrados num serviço nacional). Entendeu o TC que o direito à saúde é um verdadeiro e próprio *direito fundamental* e que o SNS, criado em cumprimento de preceito constitucional (que proclama **ser o direito à saúde realizado pela criação de um serviço nacional de saúde universal, geral e gratuito**), representa uma garantia da realização deste direito. Por ser assim, o Tribunal considerou que, uma vez criado o SNS, não é lícito ao estado aboli-lo, pois tal significaria um atentado contra o próprio direito fundamental à saúde, que ele garante. A existência do SNS passa ela própria a gozar de protecção directa da Constituição, não sendo lícito ao estado retroceder no caminho percorrido, ou seja, ‘descumprir’ o que já cumpriu.

6.2. - Não foi o TC tão coerente, a meu ver, quando analisou e decidiu a questão da imposição de taxas moderadoras pela utilização dos serviços do SNS (Acórdão referido na nota 8, *supra*).

Neste caso, penso que houve um recuo relativamente às condições de utilização de um serviço público (o prestado pelo SNS) que a CRP considerava *gratuito*. Pois bem. O TC começou por definir *gratuidade*, proclamando que a gratuitidade do SNS não excluía radicalmente a possibilidade de o estado exigir *um qualquer pagamento* aos utentes desse serviço. Como quem resolve a quadratura do círculo, o TC admitiu que, afinal, um *serviço público gratuito* pode não ser gratuito, sendo legítimo, por isso, sujeitar ao pagamento de taxas o acesso à fruição das suas prestações.

Depois, *silogisticamente*, concluiu que o estado podia exigir aos utentes do SNS o pagamento de *taxas moderadoras*, com o argumento de que estas taxas não poderiam entender-se como uma contra-prestação destinada a transferir para os utentes, ainda que parcialmente, o custo do serviço prestado pelo SNS, sendo apenas um instrumento para ‘racionalizar’ a utilização das prestações facultadas pelo SNS, ‘moderando’ o apetite das pessoas por esses serviços.

¹² Em *Acórdãos...*, Vol. 3.º. Ver comentário em Fábio OLIVEIRA, *ob. cit.*, 291ss.

Quaisquer que fossem as boas intenções (creio que é destas que o inferno está cheio...), a verdade é que o TC declarou compatível com a Constituição um diploma legal que veio obrigar as pessoas a pagar uma taxa por utilizarem um serviço que a CRP declarava *gratuito* e que, até então, era *efectivamente gratuito*. Em consequência, as taxas moderadoras passaram a ser obrigatoriamente pagas por *todos os utentes* do SNS (salvo os declarados isentos), quer aqueles que ‘abusavam’ (como se faz a prova?) quer aqueles que a ele recorriam porque careciam efectivamente desses serviços para defesa da sua saúde.¹³

A história poderá ajudar-nos a compreender o que estava aqui em causa. Na verdade, logo na primeira revisão ordinária da CRP (que viria a ser aprovada por lei de 1982), a direita propôs – então sem êxito - a eliminação da garantia de gratuitidade do SNS, invocando, entre outros argumentos, o de que *a gratuitidade era incompatível com a fixação de taxas moderadoras*. O que parecia impossível à direita, no plano político, foi tornado possível, juridicamente, pela *interpretação aberta* que o TC fez da CRP.

Como a prudência sempre é boa conselheira, a revisão constitucional de 1989 veio alterar o texto da CRP, passando o SNS a ser considerado *tendencialmente gratuito*, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos (art. 64º, nº 2, al. a)).

Confortado com estes ‘progressos’, um Governo (do Partido Socialista), apoiado pela maioria absoluta que detinha no Parlamento, veio mais tarde (2005) impor o pagamento de taxas moderadoras pagas por cada dia de internamento hospitalar e por cada intervenção cirúrgica. No entanto, é claro que aqui já não colhe o argumento da ‘racionalização’, da prevenção dos ‘abusos’ dos doentes no recurso aos serviços prestados pelo SNS, porque não são os doentes quem determina o seu próprio internamento ou declara a necessidade de uma intervenção cirúrgica!¹⁴

Os mais pobres – obrigados a fazer prova de que são pobres! – ficam isentos do pagamento destas taxas. Mas o perigo desta política que o TC ‘legitimou’ reside em que

¹³ O que se diria se alguma lei viesse introduzir a obrigatoriedade do pagamento de taxas moderadoras por aqueles que ‘abusam’ do recurso aos serviços de educação básica e obrigatória (por exemplo, os que ficam reprovados)?

¹⁴ A verdade manda que se diga que, em obediência ao breviário neoliberal, foram impostas aos hospitais medidas de gestão ‘racionalizadoras’, com o objectivo de evitar que os médicos ‘abusem’ dos internamentos e das intervenções cirúrgicas. As eleições legislativas realizadas em 2009 deram de novo a vitória ao PS, mas sem maioria absoluta. Reaberto o novo Parlamento, perante a enorme impopularidade e contestação das taxas moderadoras, o Governo aprovou um decreto-lei a abolir estas taxas e os partidos da oposição (mesmo os da direita) aprovaram no Parlamento uma lei com o mesmo objectivo. É caso para dizer: a justiça tarda, mas chega, às vezes por caminhos ínvios...

ela poderá conduzir a que se mantenha o SNS gratuito para os pobres, mas fazendo pagar os que podem. São por demais conhecidos os resultados desta política de *caridade pública*: destruída a sua qualidade de serviço *geral, universal e gratuito para todos*, o SNS deixará de existir como um serviço público capaz de garantir a *todos* o direito à saúde, ficando reduzido a uma espécie de *sopa dos pobres*... Ora esta orientação viola gravemente o *princípio da universalidade dos direitos sociais*, que é um dos princípios fundamentais do moderno estado-providência, atribuindo a *todos os cidadãos* o direito de aceder a serviços públicos, em vez de, numa lógica de ‘caridade pública’, *dar aos pobres, coitadinhos*, como *esmola* (discriminando contra eles), o acesso a tais serviços (saúde, educação, etc.), rapidamente degradados, porque com os pobres não se justifica gastar muito dinheiro...

Esta lógica de *caridade pública* - radicalmente negadora da natureza dos serviços públicos que se querem universais, gerais e gratuitos - não encontra, a meu ver, o mínimo conforto na CRP. Assim como o sol, quando nasce, é *para todos*, também a *gratuidade* destes serviços públicos tem de ser *para todos*. A diferença de rendimentos entre pessoas e grupos sociais há-de traduzir-se apenas na definição do sistema fiscal e da contribuição dos ricos e dos pobres para as receitas do estado.

Em síntese, direi que, no que toca aos direitos a prestações materiais do estado colocadas sob a *reserva do possível*, o TC tem defendido que a Constituição não pode determinar o conteúdo exacto de cada uma das prestações, nem pode definir as condições ou pressupostos que devem enquadrar o processamento da respectiva atribuição. E tem defendido também que a definição do conteúdo dessas prestações só pode caber ao legislador ordinário, por não ser admissível que essa função possa ser exercida pelos juízes (pelos tribunais), enquanto intérpretes e aplicadores do direito: “a divisão constitucional de poderes impede o juiz de se arvorar em legislador, nomeadamente em matéria de direitos sociais a prestações, através da organização de meios públicos para os proporcionar” .¹⁵

Em tese geral, inclino-me para considerar esta a atitude correcta. Mas receio que, em vários casos, o TC tenha actuado como *tribunal político*, por vezes com base em

¹⁵ Excerto da declaração de voto de um dos Juízes que fez vencimento no Acórdão nº 148/94 (*Acórdãos do Tribunal Constitucional*, Vol. 27º).

*raciocínios de natureza claramente política.*¹⁶ Embora proclamando que os juízes não podem ‘legislar’ no sentido de proporcionar efectivamente aos cidadãos os direitos

¹⁶ Creio ser o caso no Acórdão de 1994 (*supra*, nota 9), que veio legitimar um claro *retrocesso social*, já que o aumento da taxa de frequência dos estabelecimentos públicos de ensino superior (Lei nº 20/92, de 14 de Agosto) representa, notoriamente, uma inversão da tendência para a *progressiva gratuitidade do ensino superior público*, tal como consagrada na CRP.

Com efeito, mesmo admitindo-se que não pode extrair-se do texto constitucional uma *cláusula geral de proibição do retrocesso social* (e não me parece pacífica esta conclusão, ao menos à luz do texto originário de 1976), parece incontestável que o art. 74º CRP, ao incumbir o estado de “estabelecer progressivamente a gratuitidade de todos os graus de ensino”, configura uma *cláusula específica de proibição do retrocesso* no que respeita à gratuitidade do ensino: o legislador ordinário pode e deve dar passos em frente no sentido da gratuitidade de ensino superior público, mas não tem o direito de legislar no sentido de andar para trás no caminho já percorrido.

Vem de longe o propósito da direita de eliminar a norma constitucional acabada de referir. O Parlamento, porém, nunca aprovou tal projecto. Mas legislou, quase vinte anos depois de Abril, no sentido de obrigar os estudantes a pagar uma parte acrescida dos custos do serviço prestado pelas universidades públicas.

Analisando este diploma legal, a maioria dos juízes do TC acordou no sentido de defender que o direito ao ensino superior público é um direito colocado *sob reserva do possível*. Isto é: as prestações a que os cidadãos têm direito só poderão ser exigidas se existirem recursos suficientes de que o estado possa dispor para o efeito. Daí a conclusão de que cabe ao legislador ordinário determinar o conteúdo dessas prestações. Nem sequer se colocou a questão de saber se, neste caso concreto, faria algum sentido aduzir que o estado não dispunha de recursos para *manter tudo como estava*, não subindo uma taxa cujo valor nominal se manteve inalterado durante mais de cinquenta anos, reduzindo-a, em termos reais, a um valor quase simbólico (muito próximo da gratuitidade efectiva).

No caso em apreço, o TC decidiu, a meu ver, com base em *raciocínios de natureza política*. Esclareço. A lei apreciada pelo TC relacionava o novo valor das propinas com os custos de funcionamento dos estabelecimentos de ensino superior, indiciando uma política no sentido de fazer recair sobre os estudantes e as suas famílias o dever de financiar uma parte acrescida dos custos do sistema de ensino superior público.

Aceitar este ponto de vista seria incorrer em grosseira violação do preceito constitucional que impõe ao estado o dever de estabelecer (ainda que progressivamente) a gratuitidade de todos os graus de ensino. E o TC deu-se conta disto mesmo. Pois bem. Para ultrapassar esta dificuldade, o TC deliberou considerar compatível com a Constituição a subida do valor das propinas, mas apenas no limite da actualização do valor fixado em 1941, com base na inflação registada desde então. O raciocínio produzido no Acórdão em análise é um *raciocínio essencialmente político*: a simples actualização das propinas face ao crescimento geral dos preços – invoca o Acórdão – configura uma *percentagem de actualização constitucionalmente admissível*, representando o *limite razoável* dentro do qual se poderá falar da lógica constitucional da *possível gratuitidade* [a expressão constitucional é *progressiva gratuitidade...*] do ensino superior e não a lógica do pagamento parcial dos custos do ensino superior pelos respectivos utentes.

Este é, a meu ver, um raciocínio político, não jurídico. Com efeito, o que estava em causa não era a questão de saber se uma dada percentagem de actualização das propinas era *constitucionalmente admissível por ser razoável*: a CRP não fala de qualquer *actualização admissível*, por ser *razoável*, nem diz nada sobre o que se deve considerar razoável. O que estava - e está - em causa é a questão de saber se a CRP admite uma qualquer actualização, ao arpejo do princípio da progressiva gratuitidade do ensino superior, princípio que impede o estado de retroceder no caminho já percorrido neste sentido.

A lógica política da decisão do TC em referência fica claramente à mostra se tivermos em conta que o ano-base escolhido pelo TC para o cálculo da actualização do valor das propinas não foi o ano de 1973, apesar de, neste ano, o legislador ordinário ter expressamente mantido o valor fixado em 1941. O TC escolheu o ano de 1941 e autorizou a actualização do valor das propinas tendo em conta a inflação registada a partir de então, e não a partir de 1973. E não se vêem razões jurídicas para tal opção. Ela é, a todas as luzes, uma *opção política* do TC, que quis ser ‘amigo’ do Governo, legitimando um retrocesso mais vinculado no cumprimento do dever do estado de se aproximar progressivamente da gratuitidade de todos os graus de ensino.

No debate sobre esta questão, houve quem tentasse justificar a justeza desta com o argumento de que a obtenção de um título universitário, se representa um ganho do ponto de vista da sociedade,

sociais a prestações, receio que o TC tenha, afinal, ‘legislado’, encapotadamente, contra a Constituição, ao considerar compatíveis com ela (com os seus princípios e com o seu programa político) normas legais contrárias aos princípios e ao programa nela plasmados como *imposição constitucional permanente*, ao permitir, enquanto intérprete e aplicador da Constituição, que o legislador ordinário *legisla* no sentido de tornar mais distante a efectivação daqueles direitos.

7. – Uma nota breve sobre a apreciação pelo TC da inconstitucionalidade por omissão.

Ao abrigo da versão originária da CRP (1976), cabia ao Conselho da Revolução apreciar a constitucionalidade das leis (apoiado em pareceres da Comissão Constitucional, que funcionava junto do CR), incluindo a competência de velar pela emissão das medidas necessárias ao cumprimento das normas constitucionais. No âmbito destas suas competências enquanto garante do cumprimento da Constituição, o CR podia, em caso de incumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais, *recomendar* aos órgãos legislativos competentes que as emitissem em tempo razoável.

Actualmente (após a revisão da CRP de 1982), nos casos em que o TC concluir pela existência de *inconstitucionalidade por omissão*, a sua competência esgota-se no

constitui também um benefício para o próprio cidadão que obtém esse título, justificando-se que ele pague esta parte do benefício que reverte directamente em seu favor. Este é, a todas as luzes, um argumento político para justificar uma opção política. Mas é um argumento prova demais. A maior diferença de níveis de rendimento e de oportunidades de obtenção de emprego e de promoção social é, por certo, a que separa os analfabetos daqueles que completam a escolaridade básica obrigatória. Segundo aquela lógica, justificar-se-ia que os estudantes do ensino básico que frequentam as escolas públicas paguem uma propina correspondente ao benefício pessoal que auferem pelo facto de serem alfabetizados.

No preâmbulo do diploma em pauta e no discurso político do Governo e dos defensores desta política de retrocesso social dizia-se que o Governo manteria o seu esforço de financiamento das Universidades públicas, pelo que o valor das propinas cobradas constituiria receita própria das Universidades, destinada a melhorar as condições pedagógicas e a qualidade do ensino.

Alguma doutrina, aproveitando esta ‘habilidade’ do legislador, veio defender que, não havendo quebra do investimento público no ensino superior, não haveria política contrária ao ‘programa constitucional’ no sentido da *progressiva gratuidade* do ensino superior público. O Governo, porém, logo confirmou que esta ideia não era para levar a sério: no primeiro orçamento após a entrada em vigor da lei, foi retirada às Universidades públicas uma verba igual à das propinas potencialmente cobradas.

Houve também quem invocasse a ideia de que a gratuidade deveria entender-se no sentido de gratuidade para todos os que não tivessem rendimentos que lhes permitissem pagar as propinas. É a tese defendida, em nome de uma lógica caritativa, também para o SNS: pagam os que podem, para que o serviço público em questão possa ser gratuito para os que não podem. Por isso, a actualização (ou mesmo o aumento) do valor das propinas não seria inconstitucional se o estado assegurasse a isenção do pagamento de propinas (ou bolsas de estudo que incluíssem o valor delas) para aqueles que não pudessem pagá-las.

Só que este *programa político* assente na lógica da caridade não é, manifestamente, o *programa político* inscrito na CRP.

acto de *dar conhecimento* disso mesmo ao órgão legislativo competente (art. 283º, nº 2 CRP), não havendo lugar a qualquer *condenação* do órgão legislativo em falta, nem a qualquer convite ou sugestão para que o órgão em falta cumpra o seu dever de legislar e, é claro, não se põe a questão de o TC ‘legislar’ para suprir a inconstitucionalidade por omissão. É, pois, claramente afastada qualquer ideia de judicialização da política ou do exercício pelos tribunais de qualquer outro poder do estado para além do poder judicial e da função jurisdicional.

Apesar desta alteração – justificável porque o CR não era um tribunal, mas um órgão do poder político legitimado pela legitimidade revolucionária - as competências do TC relativas às situações de inconstitucionalidade por omissão poderiam ser uma outra via de este Tribunal decidir em matérias com implicações na esfera das políticas públicas.

Deve dizer-se, porém, que o próprio Tribunal entende que esta é uma área de competência especialmente melindrosa, por se inserir *na fronteira da separação dos poderes*. Talvez por isso, a intervenção do TC só pode ser requerida, para este efeito, pelo Presidente da República e pelo Provedor de Justiça. E a doutrina acompanha o comedimento do TC no exercício desta competência.

A verdade é que poucas vezes o TC foi chamado a decidir sobre situações deste tipo e mais raramente ainda o fez em áreas que impliquem a definição de políticas públicas. O caso mais próximo destas áreas é o analisado no Acórdão nº 474/02, de 19-11-2002.¹⁷

No caso concreto, foi o Provedor de Justiça que requereu ao TC a apreciação e verificação de inconstitucionalidade por omissão resultante da falta das medidas legislativas necessárias para conferir plena exequibilidade, relativamente aos trabalhadores da função pública, ao direito à assistência material, quando involuntariamente se encontrarem em situação de desemprego (art. 59º, nº 1, al. e) CRP).

O TC começou por salientar que a invocação da inconstitucionalidade por omissão tem de ser suficientemente precisa e concreta para que o Tribunal possa determinar, com segurança, quais as medidas jurídicas necessárias para lhe conferir exequibilidade, *sem ter de se pronunciar sobre opções políticas eventualmente diversas*. Por outras palavras: para que o TC possa declarar a verificação de inconstitucionalidade

¹⁷ Em *Acórdãos...*, Vol. 54º.

por omissão, é necessário que exista uma situação específica de violação da Constituição, caracterizada pelo facto de o legislador ordinário não ter atempadamente conferido exequibilidade a uma norma constitucional suficientemente densificada (e não exequível por si mesma).

Se estes pressupostos não se verificarem (v. g. por serem praticamente ilimitadas as possibilidades deixadas pela Constituição ao legislador ordinário), o TC sustenta não ser viável a declaração da inconstitucionalidade por omissão, porque a verificação jurisdicional da inconstitucionalidade por omissão *não pode assentar em um juízo político*: ao determinar o incumprimento do dever de legislar, o TC só poderá socorrer-se de *critérios estritamente jurídicos*.

Perante este pedido concreto, o TC entendeu que a assistência material a que se refere a norma do art. 59º CRP atrás referida tem de assumir necessariamente a forma de uma prestação específica, directamente conexas com a situação de desemprego involuntário, prestação que deve obrigatoriamente ser integrada no âmbito da segurança social, não podendo ser estabelecida sem intervenção prévia de uma medida legislativa.

Tanto o TC como a generalidade da doutrina portuguesa entendem que a inconstitucionalidade por omissão só pode ser declarada quando *uma concreta norma constitucional* impuser ao legislador ordinário o *dever constitucional de concretizar uma imposição constitucional concreta*, não podendo declarar-se a este tipo de inconstitucionalidade por incumprimento do conjunto de princípios e imposições constitucionais. Pretende-se, deste modo, evitar que o TC possa ser colocado em condições de ter de decidir *em função de critérios extra-jurídicos*.

No caso em apreço, o TC admitiu a existência de uma específica e concreta imposição constitucional de o legislador ordinário estabelecer uma prestação que corresponda a assistência material aos trabalhadores – incluindo os da Administração Pública – que se encontrem em situação de desemprego involuntário. E entendeu que o legislador tinha cumprido o seu dever de legislar no sentido de assegurar o direito à assistência material a *alguns trabalhadores* em situação de desemprego involuntário, mas tinha deixado de fora a generalidade dos trabalhadores da Administração Pública. O TC concluiu pela existência de *omissão parcial* do *dever constitucional de emanar normas* destinadas a garantir aos trabalhadores em situação de desemprego involuntário o direito a assistência material. E considerou que essa omissão parcial era bastante para declarar a existência de inconstitucionalidade por omissão, por ser mais do que suficiente, para tanto, o lapso de tempo decorrido desde a entrada em vigor da CRP.

8. – É muito diferente o entendimento corrente no Brasil relativamente à problemática em análise. Deixarei um breve apontamento sobre este ponto, não tanto como especialista em Direito Constitucional (porque não o sou), mas – diria - como jurista-cidadão.

Como é sabido, o STF tem defendido a tese de que cabe nas competências do Poder Judiciário evitar que as omissões do poder político (nomeadamente do Executivo) façam perecer os direitos fundamentais previstos na Constituição, assumindo que, “quando a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impõe-se ao Judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária”.

Sensível às aspirações e às exigências da população, o STF tem procurado resolver alguns problemas delicados que o Congresso não estaria disponível para resolver, ajudando talvez a aliviar tensões, ao mesmo tempo que faz ver aos demais poderes do Estado que não podem continuar a ‘ignorar’ a vontade difusa dos cidadãos no sentido de encontrar soluções para problemas que se arrastam há anos.

Esta sensibilidade às realidades da vida terá levado o STF a resolver, pela via judicial, questões que ganhariam em ser resolvidas pelo legislador ordinário, o qual se mostrou incapaz de o fazer. Estou a pensar, por exemplo, no caso do regime aplicável às greves dos servidores públicos, no caso da fidelidade partidária e no caso da proibição da exibição em público de pessoas algemadas.

Creio que o STF andou bem nas decisões que tomou nestes casos.¹⁸

¹⁸ O mesmo poderei dizer relativamente a uma deliberação recente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) no sentido de aprovar medidas moralizadoras com vista às próximas eleições, nomeadamente no que se refere à transparência em matéria de financiamento das campanhas eleitorais (cfr. *O Estado de S. Paulo*, 4.3.2010).

Parecem-me acertadas as medidas tomadas em matéria de financiamento das campanhas eleitorais. Mas a questão que se coloca é esta: tanto os indivíduos que se apresentam a sufrágio como os partidos são pessoas jurídicas com os direitos e os deveres que resultam de lei geral prévia. Se as medidas agora ‘impostas’ pelo TSE não constam de lei prévia, como pode uma decisão judicial torná-las obrigatórias para os candidatos, para os partidos e para os financiadores?

Tenho, porém, muitas dúvidas quanto à constitucionalidade das medidas que terão sido adoptadas pelo TSE no que toca às chamadas “fichas sujas”, com o objectivo de proporcionar aos eleitores esclarecimento prévio dos eleitores quanto à idoneidade dos candidatos que se apresentam a sufrágio. O TSE vem exigir dos candidatos informações pormenorizadas quanto aos processos que contra eles corram e quanto às condenações que tenham sofrido, mesmo que não transitadas em julgado. Com o propósito de bem informar os eleitores, o TSE promete colocar na internet as informações relativas a estas condenações e aos processos em curso contra os candidatos. Onde fica o princípio da inocência até condenação transitada em julgado? Os fins não podem justificar os meios... Talvez a consciência deste problema tenha levado o Congresso a legislar sobre esta matéria, que por lá andava perdida há anos.

Mas esta não é uma prática normal por parte do Poder Judiciário na Europa (onde alguns destes problemas nem sequer se colocam, por se encontrarem resolvidos a nível legislativo). Acresce que, no Brasil, o instituto das súmulas vinculantes permite ao STF transformar as suas decisões em verdadeiras ‘normas constitucionais’, que devem ser cumpridas por todos os juízes brasileiros enquanto o STF as não revogar.

É, realmente, um enorme poder o que assim é assumido pelo Poder Judiciário, ocupando o espaço deixado livre pela inação dos restantes Poderes, nomeadamente o Legislativo. Em termos da organização do estado democrático, não posso concordar com esta lógica, por mais que – diria, *humanamente* – possa compreender a tentação dos Tribunais para actuarem deste modo, perante a incapacidade crónica dos demais Poderes, ocupados por interesses que muitas vezes não coincidem com os dos cidadãos eleitores.¹⁹

9. – No âmbito do direito à saúde, são em grande número as decisões de Tribunais de Justiça reconhecendo o dever do Estado de fornecer gratuitamente medicamentos ou tratamento a pessoas doentes e condenando o Estado ao pagamento de multa diária por não cumprimento deste dever.²⁰

¹⁹ Aflora aqui um outro problema dos estados democráticos, o das debilidades e deficiências da *democracia representativa*, que se tornaram evidentes na Europa por ocasião da invasão do Iraque e dos referendos sobre a chamada Constituição Europeia. No primeiro caso, todos os estudos de opinião apontavam no sentido de que mais de 80% dos cidadãos britânicos e espanhóis eram contra a invasão do Iraque. Conhecendo a vontade dos seus povos, os governos do Reino Unido e da Espanha, com o aval dos respectivos Parlamentos, resolveram apoiar política e militarmente a Administração Bush nessa guerra declarada à margem do Direito Internacional. No segundo caso, os Parlamentos da França e da Holanda aprovaram por larguíssimas maiorias a dita Constituição Europeia. Em ambos os países, os partidos no governo e o maior partido da oposição fizeram campanha juntos a favor do SIM à Constituição Europeia. Mas a verdade é que, nos referendos realizados, uma confortável maioria dos franceses e dos holandeses votou NÃO.

Há dias (6.3.2010), mais de 93% dos islandeses votaram em referendo contra um leonino acordo de saneamento financeiro imposto pelo RU e pela Holanda e aprovado pelo Parlamento da Islândia.

É preocupante que, em casos tão significativos como estes, os representantes eleitos actuem tão claramente contra a vontade dos seus representados.

²⁰ TJRS – Agravo de instrumento nº 595037557, julgado em 14.06.1995; REsp 852.084/RS, julgado em 17.08. 2006, DJ 31.08.2006, 312.

Também no âmbito dos direitos dos jovens e adolescentes, alguns Tribunais de Justiça do Brasil decidiram que, à luz do disposto na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o Estado é obrigado a criar, instalar e manter os programas e mecanismos necessários para que os adolescentes infractores em cumprimento de medidas sócio-educativas de internamento possam efectivamente beneficiar de um processo de ressocialização que permita reinseri-los na família, na sociedade e no estado. Nesta matéria, o TJ/RS (Ap. Cível nº 5979097906, julgado em 22.94.1998) defendeu expressamente que “a discricionariedade, bem como o juízo de conveniência e oportunidade submetem-se à regra da prioridade absoluta insculpida no art. 4º do ECA e no art. 227 da CFB”.

Invocando este mesmo argumento da “prioridade absoluta” conferida aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227º da Constituição Federal) o Juiz de primeira instância atrás referido produz, na sentença, estes comentários: “Alegar falta de recursos públicos é uma falácia, para não se utilizar um termo mais pejorativo, pois se a Constituição Federal prevê uma prioridade e em sendo esta absoluta, *não*

Em 2006, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que “é lícito ao magistrado determinar o **bloqueio de valores em contas públicas** para garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde. Nessas situações, a norma contida no art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil deve ser interpretada de acordo com esses princípios e normas constitucionais, sendo permitida, inclusive, a mitigação da impenhorabilidade dos bens públicos”.²¹

Um outro aresto do STJ sustenta igualmente que o legislador deixou ao prudente arbítrio do magistrado a escolha das medidas que melhor se adequem às peculiaridades de cada caso, incluindo o recurso à medida coercitiva de **bloqueio em conta do Estado**.²²

deveria haver investimentos em outros setores de uma Administração Pública, antes de se atender a estes ditames. (...) Se aquilo que a nossa Carta Magna reputa como prioridade absoluta o Estado desobedece, o que se dirá das demais legislações e determinações judiciais, que tiram suas competências e eficácias da Constituição Federal, porém com hierarquia inferior a esta. Será isto estado Democrático de Direito? Evidentemente, não”. [eu é que sublinho. AN]

Um outro Juiz de uma Vara de Infância e Juventude de Maceió é ainda mais audaz no programa político que defende (Ação Civil Pública, Processo nº 090.08.500162-7, 27.10.2009): “enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, alimentação, transporte adequado, atividades culturais e esportivas, infantes e jovens afastados da prostituição e do trabalho degradante, enfim, condições dignas de vida para crianças e adolescentes, não se deveria asfaltar ruas, construir praças, viadutos, monumentos artísticos, embelezar avenidas, etc., pois a vida, a saúde e o bem estar desses seres em desenvolvimento, são mais importantes que as obras de concreto, que ficam apenas para demonstrar o poder do governante, enquanto a maioria da população sobrevive na mais absoluta miséria, fazendo-nos lembrar à época dos Faraós, suas construções (pirâmides, etc...) e escravidão”. Este é o ‘programa político’ deste juiz. Mas quem lhe conferiu mandato para o impor aos cidadãos e aos órgãos de governo politicamente legitimados? No caso concreto, será que este juiz ouviu o povo soberano para saber a sua opinião?

²¹ REsp 832.317/RS, julgado em 19.09.2006, DJ 08.11.2006, 178.

²² AgRg 750.966/RS, julgado em 09.05.2006, DJ 19.05.2006, 203.

Invocando a jurisprudência do STJ, um Juiz de Direito de Maceió (sentença de 6.Dez.2006) sustentou que, “estando cabal e plenamente comprovado o descaso com que o Estado vem tratando as Unidades de Internação da capital, não resta outro direcionamento ao Poder Judiciário, a não ser compelir, através do bloqueio de numerário, o gestor público a cumprir com as obrigações aqui sentenciadas, todas com fundamento na prioridade absoluta constitucional e na proteção integral com as questões afetas aos adolescentes e jovens internos”.

Este Juiz definiu um extenso e pormenorizado programa de ação, condenou o Estado a cumpri-lo no prazo de noventa dias e ordenou o bloqueio de um milhão de reais da conta única do Estado – inclusive da sua reserva de contingência, se necessário – e o seu depósito em conta aberta na Caixa Econômica Federal, cometendo à Secretária Estadual de Cidadania e Direitos Humanos a competência para gerir esta conta, afecta ao cumprimento do programa de ação imposto pelo Juiz.

No âmbito da liminar concedida em devido tempo, o Estado cumpriu alguns dos pontos do programa de ação definido pelo Juiz. Na decisão da questão de fundo, o Juiz condenou o Estado a cumprir, no prazo de noventa dias, os pontos seguintes, ainda não executados: “satisfação, manutenção e higienização do preparo dos alimentos; assegurar, em cada uma das Unidades, locais adequados e específicos para que os adolescentes possam guardar seus objetos pessoais; elaborar e iniciar projeto de assistência religiosa; solução do problema do abastecimento de água nas Unidades, inclusive com a substituição dos equipamentos danificados; formação de equipe e elaboração de projeto para assegurar aos internos atendimento médico, deontológico, psicológico e de assistência social, inclusive com a

Em uma acção julgada em 21.08.2008, o STJ decidiu com esta amplitude: "Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjectivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado de Direito Democrático como o nosso, que reserva especial protecção à dignidade da pessoa humana, **há de superar quaisquer espécies de restrições legais**".²³ [eu é que sublinho, porque se trata, a meu ver, de uma formulação muito extrema. AN]

A jurisprudência do STJ tem sido sempre, aliás, no sentido de reconhecer o dever do Estado de fornecer gratuitamente os medicamentos de comprovada necessidade **às pessoas que não podem arcar com tal ónus** [sublinhado meu. AN].²⁴

10. – Em alguns dos casos submetidos a tribunal, o Executivo tem invocado a *falta de recursos públicos* para atender a pretensão de quem interpôs acção contra o Estado, trazendo à colação a *teoria da reserva do possível* e o direito do Poder Executivo a decidir sobre a *conveniência* e a *oportunidade* de concretizar determinadas políticas (ou seja, a problemática da separação dos poderes).

Mas o STJ já decidiu que "o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e

construção de estrutura física adequada; aquisição e manutenção de medicamentos indispensáveis aos atendimentos médicos básicos; retorno imediato das atividades curativas de odontologia, com a construção de consultório odontológico; separação dos internos, de acordo com as idades, compleição física e gravidade do ato praticado, em todas as Unidades; separação por estabelecimentos das internas privadas de liberdade e em cumprimento de medida provisoriamente; capacitação dos profissionais das Unidades, com cronograma atual de atividades; elaboração e execução de programa para participação e visita dos pais e familiares e atendimento às famílias dos internos; aquisição de um veículo utilitário adequado e de uma ambulância para as Unidades; regularização e regulamentação do processo de escolarização, integral, com todas as peculiaridades e obedecendo ao grau de alfabetização dos internos; crie e mantenha equipe e local adequados, dentro das Unidades de Internação, para atendimento aos jovens internos que necessitem de tratamentos para dependentes de substâncias toxicómanas; bem como mantenha em funcionamento aqueles deferidos e adimplidos, quais sejam, a manutenção da escola dentro da Unidade; o plano de atendimento individual; as aulas de informática para todos os internos das Unidades; as atividades culturais, esportivas e de lazer, com acompanhamento psico-pedagógico e profissional; o fornecimento de bens indispensáveis à higiene, vestuário e ao uso pessoal dos internos; a manutenção das oficinas de reciclagem de papel, do laboratório de música e do circo; a manutenção das oficinas produtivas; a implantação de programa para controle da documentação de todos os internos, a designação de profissionais nas áreas médicas de clínica geral, pediatria e psiquiatria, nutrição e odontólogos, para atendimento diário das Unidades". (Acção Civil Pública, Proc. nº 2.293/04, 1ª vara de infância e juventude Maceió, sentença de 06.12.2006)

²³ AgRg no REsp 1002335/RS, publicado em 22.09.2008.

²⁴ Ver Recurso Ordinário em Mandato de Segurança 2008/0264294-1, julgado em 02.06.2009, DJ 17.06.2009.

A meu ver, há aqui um enviesamento relativamente à filosofia do serviço público de saúde, tal como o encara a Constituição portuguesa e também, se não erro na interpretação, a Constituição Federal brasileira de 1988: o serviço público de saúde deve ser universal, geral e *gratuito para todos* (quando passar a ser gratuito só para os pobres, passará a ser uma *obra de caridade*... e perderá rapidamente qualidade).

oportunidade do administrador”, reconhecendo a legitimidade do Ministério Público para exigir ao Executivo “a execução de política específica, (...) incluindo a tutela específica para que seja *incluída verba no próximo orçamento*, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas”.²⁵

O próprio STF tem sustentado a tese de que cabe ao Poder Judiciário a missão de garantir o cumprimento das leis vigentes e *a efetivação do direito à saúde e à vida dos cidadãos*, extraindo daqui – como que silogisticamente - a conclusão de que estes direitos devem prevalecer sobre qualquer outra norma do ordenamento jurídico, inclusive *acima dos critérios de conveniência e de oportunidade da Administração Pública*.

A decisão que fez ‘escola’²⁶ relaciona-se com o recurso apresentado pelo Estado de Santa Catarina da decisão de um Juiz de primeira instância do interior do Estado, confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado, condenando o Executivo a colocar à disposição do requerente, dentro de 48 horas, 63 mil US dólares, para que ele pudesse tratar-se numa clínica dos EUA, determinando depois, perante o recurso do Estado junto do Tribunal de Justiça, o ‘confisco’ dessa verba e ordenando ao Banco do Estado de Santa Catarina (que administra a receita do Estado) a entrega imediata do dinheiro ao requerente.

Estes os termos da decisão do STF, mediante despacho do seu Presidente em exercício: “Quando em conflito a obrigação estatal de tornar efetivas as prestações de saúde em favor de cidadãos considerados individualmente e o dever-poder do Estado de gerenciar os escassos recursos disponíveis, tornando efetivas as políticas previstas nas contas públicas, tem decidido este Supremo Tribunal Federal que «entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um **interesse financeiro e secundário do Estado** [sublinhado meu. AN], entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de

²⁵ Recurso Especial 2002/0169619-5, julgado em 11.11.2003, DJ 15.03.2004 [Eu é que sublinho. AN]. Outras decisões do STF (e de vários Tribunais de Justiça) vão no mesmo sentido, especialmente para compelir os municípios (ou o Estado, em geral) a *inscrever no respectivo orçamento verba necessária* para assegurar o funcionamento de programas de tratamento de menores dependentes de álcool e toxicómanos (REsp 493.811-SP, julgado em 11.11.2003; Medida Cautelar 2003/0091 138-3, julgado em 16.09.2003, DJ 20/10/2003).

²⁶ Pode ver-se todo o processo em Ag. Reg. Pet. 1.246-1/SC, em www.stf.gov.br.

ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida»²⁷.

O art. 196º da Constituição Federal de 1988 dispõe: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e económicas 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.” A meu ver, o que esta norma constitucional determina é que o direito à saúde é um *direito colectivo*, um *direito de todos* ao acesso *universal e igualitário* às prestações dos serviços de saúde; um direito que o estado deve garantir através de **políticas públicas sociais e económicas**, e não apenas através do tratamento na doença e da entrega de medicamentos, mas antes, prioritariamente, através de medidas que visam a redução do risco de doença. Fazendo tábua rasa deste predeito constitucional, o STF parece concebê-lo, porém, como um *direito individual*, cujo cumprimento pode ser exigido directamente através de uma acção judicial. Na expressão de Fernando Scaff, “aprisiona-se o interesse social e

²⁷ Invocando a obrigação do Estado de socorrer *doentes pobres*, o TJRS proclama, com absoluto à vontade, que “em matéria tão relevante como a saúde descabem disputas **menores** sobre a legislação, **muito menos sobre verbas**, questão de prioridade” (MS 592140180, em *Biblioteca dos Direitos da Criança* ABMP, Vol. 01/97). Veremos à frente que não se trata de questões menores, mas de questões essenciais. [sublinhado meu. AN]

Levando até ao limite a *absoluta prioridade* conferida na Constituição Federal e no ECA aos direitos das crianças e dos adolescentes, o Poder Judiciário é mais incisivo ainda quando se trata do atendimento e do tratamento especializado de crianças e adolescentes dependentes de entorpecentes e drogas. No aresto referido na nota 30, o Juiz determina que o Município em causa, *no prazo de trinta dias, crie e mantenha permanentemente em funcionamento* um programa com o objectivo expresso no período anterior, condenando ao pagamento de multa o Município (R\$ 3.000,00), o Prefeito (R\$ 300,00) e o Secretário Municipal de Saúde (R\$ 200,00), por cada dia de atraso no cumprimento de um programa levado a grande pormenor.

Este o programa estipulado na sentença: ”1 – Capacitação especializada e permanente para todos os profissionais que trabalhem na reabilitação de crianças e adolescentes dependentes de substâncias entorpecentes e drogas afins; 2 – Central de Triagem composta por 01 (um) médico clínico, 01 (um) psiquiatra, 01 (um) psicólogo e 01 (uma) assistente social, para juntos analisarem o tratamento adequado a ser ofertado, bem como disponibilização de auxílio financeiro para o menor e seu responsável, de forma a garantir a continuidade do tratamento; 3 – Atendimento ambulatorio adequado, podendo ser realizado através da rede básica de saúde ou pelo CAPS, desde que executado por profissionais especializados no tratamento de pessoas dependentes de entorpecentes e drogas afins; 4 – Oferecer atendimento de qualidade na marcação de consultas e retornos, objetivando o sucesso do tratamento; 5 – Supervisão intensa no atendimento ambulatorial, que poderá ser realizado pelo CAPSAD, que deverão ser devidamente aparelhados, com número adequado de viaturas e profissionais, de modo que permita conhecer a realidade social do paciente e os primeiros sinais de desistência do tratamento; 6 – Internação domiciliar, com criação de programa próprio do Município, com equipe do PSF específica para acompanhantes de tais casos; 7 – Abertura de leitos em hospitais, inclusive UTI, em número adequado para atender às necessidades desta Capital; e 8 – Criação de centros de tratamento com características de clínica médica (e não de comunidade terapêutica), que podem ser os CAUD (Centro de Atendimento ao Usuário de Drogas), com arbitramento, já em implementação em vários Estados, com apoio financeiro do Governo Federal”.

concede-se realce ao direito individual”.²⁸ Na verdade, o contraste entre o *direito individual* (o *interesse individual*) e o *direito colectivo* (o *interesse colectivo*) não é um “falso dilema”, como alguns querem fazer crer.

12. - O STF tem igualmente decidido no sentido de não considerar ingerência do Judiciário na esfera da administração a imposição judicial ao Executivo de que este satisfaça, nos termos de terminados pelo tribunal, um direito social previsto na Constituição, a requerimento de um qualquer cidadão: “Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea. (...) Quando a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, **impõe-se ao Judiciário torná-lo realidade**, ainda que para isso resulte **obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária**. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu”. [sublinhado meu. AN]

É verdade: o estado democrático é um estado vinculado à Constituição e à lei. Mas esta vinculação abrange também o Poder Judiciário, que não pode exercer funções e tomar decisões que não cabem nas suas competências constitucionais. A este propósito, importa, aliás, salientar que, sendo o orçamento aprovado por uma *lei do orçamento* do Poder Legislativo, carece de legitimidade o acto de um juiz que se proponha alterar essa *lei*, modificando a afectação das receitas constante da *lei do orçamento*, ou que cometa ao Executivo o *dever* de a alterar para poder cumprir a sentença do juiz. Nem o Poder Judiciário nem o Poder Executivo podem usurpar competência reservada do Poder Legislativo. Aceitar o contrário seria abrir um caminho perigoso do ponto de vista da estrutura do estado democrático.

12. – O Acórdão do STF referido *supra* (nota 25) classifica como **interesse financeiro e secundário do estado** a invocação pelo Executivo da **escassez de recursos** para atender os pretensos direitos subjectivos (de todos e de cada um) a obter os tratamentos ou os medicamentos que poderiam ajudar a recuperar a saúde. Sendo um

²⁸ Cfr. F. SCAFF, “Sentenças Aditivas, Direitos Sociais e Reserva do Possível”, em *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 51 (2007), 92.

interesse secundário e menor (talvez até desprezível, porque se trata de dinheiro...), ele não merece ser atendido quando está em causa o direito à saúde, o direito à dignidade humana e o direito à vida, porque a saúde, a dignidade humana e a vida não têm preço, como costuma dizer-se. Este poderá ser um belo discurso moralista (demagógico?), poderá aliviar a nossa (má?) consciência, mas creio que não poderá ser levado a sério.

Porque não podemos fugir a certas verdades estruturantes da vida e do direito.

É verdade que nunca será absolutamente impossível encontrar os recursos necessários para satisfazer uma certa prestação de medicamento ou de tratamento. Mas não é isto que está em causa quando se invoca a escassez de recursos em oposição às decisões de tribunais como as referidas.

O que é verdade e é relevante é que não há – em nenhum país do mundo!- recursos financeiros bastantes para atender, sem limites, *todas* as exigências de *todos* quanto à satisfação plena dos direitos sociais, económicos e culturais. E – é bom lembrar - também quanto à efectiva realização dos clássicos direitos, liberdades e garantias.

Porque a satisfação destes direitos de liberdade também exige do estado a realização de despesas, porventura mais avultadas do que as feitas nas prestações positivas a que obriga a satisfação dos direitos económicos, sociais e culturais. Nas sociedades capitalistas, a defesa do direito de propriedade (dos direitos dos proprietários) exige segurança (dos bens, dos negócios, dos contratos). Esse é o papel do direito, dos tribunais, das polícias e de todos os aparelhos de defesa e segurança. E, em muitos países, o estado gasta muito mais dinheiro em defesa e segurança do que na saúde, na educação, na habitação...

E como os recursos financeiros ao dispor do estado são sempre escassos para satisfazer plenamente *todos os direitos de todos*, é necessário *escolher* qual a parte desses recursos que se destina a cobrir as despesas decorrentes da satisfação dos direitos, liberdades e garantias e qual a parte que vai cobrir as despesas com as prestações do estado para tornar efectivos os direitos económicos, sociais e culturais. E esta é uma **escolha política**. A questão em aberto é, pois, uma questão essencial das sociedades democráticas e do estado democrático, e não uma questão menor. E as escolhas que ela implica não podem ser os tribunais a fazê-las. Elas só podem ser feitas pelos órgãos previstos na Constituição e democraticamente legitimados para tanto pelo sufrágio popular.

Também é verdade que os recursos financeiros afectados à satisfação dos direitos económicos, sociais e culturais não-de ser distribuídos de modo a atender a cada um destes vários direitos (saúde, educação, trabalho, habitação...). A necessidade de fazer esta distribuição coloca-nos de novo no terreno das **escolhas políticas**, que não cabem na competência dos tribunais.

Se tomarmos apenas o direito à saúde e se aceitarmos que ele só pode efectivarse através de **políticas públicas adequadas**, facilmente concluiremos que estas políticas não podem reduzir-se – ao contrário do que parece ser o ponto de vista dos tribunais brasileiros – à prestação de serviços médicos e ao fornecimento de meios de diagnóstico, intervenções cirúrgicas e medicamentos, segundo os interesses de cada pessoa que se encontre doente.²⁹

Os factores que condicionam a saúde das comunidades humanas são factores económicos, sociais e culturais muito complexos, pelo que as políticas de saúde, que devem atender a todos eles, não-de ser necessariamente políticas complexas, que passam pela habitação, pela alimentação, pelo fornecimento de água potável, pelo saneamento básico, pela educação, pelo lazer, pela organização de serviços de cuidados primários de saúde, pela vacinação em massa, e que incluem também o funcionamento de hospitais onde se tratam os doentes com recurso aos meios de diagnóstico disponíveis e aos conhecimentos médicos, e a equipamentos tecnologicamente avançados e a medicamentos sofisticados.

Enunciada esta equação, já se vê que também aqui é necessário fazer **escolhas políticas**, porque em nenhum país o estado (a sociedade) dispõe de recursos financeiros bastantes para satisfazer *todas as necessidades de saúde de todas as pessoas*. E não é uma **questão secundária** (relativa ao vil metal...) a questão de saber – especialmente em países pouco desenvolvidos, como é o caso de Portugal e do Brasil – se deve dar-se prioridade às despesas com a *saúde comunitária* (chamemos-lhe assim), no quadro de políticas estruturadas, programadas e geridas com critérios de eficiência e ética, ou se devem privilegiar-se as despesas com meios de diagnóstico, tratamentos e medicamentos que satisfaçam as *necessidades individuais* de determinados doentes (ainda por cima se estes forem apenas a escassa minoria que tem condições para ir a tribunal exigir a sua satisfação).

²⁹ São quase sempre deste tipo, porém, segundo as informações que consegui recolher, os milhares de casos que vêm inundando os tribunais brasileiros, muitos deles subindo até ao STF.

Mais uma vez, estamos na **esfera da política**: a questão enunciada é uma **questão política**, que exige uma **resposta política**, resposta que não podemos pedir aos tribunais nem estes podem pretender dar, porque tal não cabe nas suas competências enquanto órgãos de soberania. É-me, por isso, muito difícil aceitar a tese da jurisprudência brasileira segundo a qual o Poder Judiciário tem toda a legitimidade para intervir nesta matéria, sempre que o Executivo não dê cumprimento às normas constitucionais a este respeito. Na minha opinião, não cabe ao Poder Judiciário controlar o cumprimento dos programas de governo apresentados pelo Executivo: esta é uma competência do Parlamento. Se o Executivo adopta políticas erradas ou insuficientes, ou se não adopta quaisquer políticas, o juízo sobre o seu comportamento é um **juízo político**, que só pode caber ao Parlamento e ao povo soberano.

13. - À luz do que acabo de dizer, entendo, aliás, que não será fácil, em regra, apurar se estamos ou não perante *incumprimento da Constituição* quando algum doente não encontra nos serviços públicos de saúde o meio de diagnóstico, o tratamento, os equipamentos ou os medicamentos que podem proporcionar-lhe esperança de cura.

Talvez tenhamos de admitir que a própria definição do conteúdo do direito à saúde (e o conteúdo dos direitos sociais em geral) está sempre dependente da equação financeira que consta do orçamento do estado (em sentido amplo), pois é nele que se encontram plasmadas as *opções e as decisões políticas* sobre a afectação dos recursos públicos à prossecução dos diversos fins do estado através de políticas públicas que se traduzem em prestações específicas. E, sendo assim, não se vê como aceitar que os tribunais possam caracterizar como *incumprimento da Constituição* a atitude do Executivo quando este, à luz da lei do orçamento aprovada pelo Poder Legislativo, alega *não dispor de recursos públicos* para atender a pretensão de quem recorre ao tribunal invocando o seu *direito individual à saúde* para pedir a condenação do Executivo (do estado) a satisfazê-lo.

Suponhamos que alguém só pode ter esperança de cura se beneficiar de um transplante (de coração, de fígado, de rim...). Neste, como em outros domínios, a capacidade dos serviços públicos de saúde é limitada. Por isso há listas de espera. Pode um tribunal decidir que o doente que veio perante ele pleitear pela satisfação do seu direito à saúde (e à vida) deve ser atendido com prioridade relativamente aos outros cuja

situação o Juiz não conhece?³⁰ E será justo admitir que, perante dificuldades de resposta do sistema público de saúde, os tribunais possam condenar o estado a pagar as despesas com a deslocação ao estrangeiro, o internamento hospitalar, a cirurgia, o tratamento e os medicamentos em outro país?

Se os problemas (da vida e do direito) se resolvessem através de silogismos, a resposta teria de ser positiva: o direito à saúde, à dignidade e à vida são direitos fundamentais indiscutíveis; as questões de dinheiro são questões menores; logo, pague o estado aquilo que for necessário para recuperar a saúde de alguém que provou em tribunal precisar dessa ajuda. Mas a vida não cabe em silogismos, nem o raciocínio jurídico e a justiça se esgotam neles.

E se um doente (que pode ser sujeito a transplante no seu país) invocar e provar em tribunal que as técnicas utilizadas no transplante são, nesse país, técnicas ultrapassadas à luz do que se faz em outro(s) país(es), requerendo ao juiz, em nome do seu *direito subjectivo* à saúde e do seu direito à vida, que condene o estado a pagar-lhe todas as despesas de tratamento em país estrangeiro onde terá maior probabilidade de cura e de sobrevivência? Poderá o tribunal recorrer ao discurso formal de que os direitos à vida e à saúde são direitos fundamentais *indiscutíveis (absolutos?)* garantidos pela Constituição, de que é obrigação do Judiciário torná-los realidade, de que a questão do dinheiro é uma questão menor, para concluir que este doente tem todo o direito a ser tratado num país estrangeiro à custa de dinheiros públicos?

Eu entendo que não. De outro modo, em nome do *princípio da igualdade*, o estado deveria obrigar-se a saber quais os cidadãos que estão nas mesmas condições que este, proporcionando-lhes os mesmos meios para recuperar a sua saúde e salvar a sua vida. Como todos compreenderemos, este tipo de soluções poderia esgotar rapidamente os recursos destinados à protecção e à promoção da saúde de todos, pondo em causa o direito à saúde e o direito à vida de outras (muitas) pessoas, da grande maioria dos mais pobres e indefesos. Antes disso, o serviço público de saúde seria muito seriamente afectado na sua organização, na sua eficiência, na sua racionalidade.

³⁰ O doente já terá todo o direito de ir a tribunal pedir reparação se puder provar que algum outro doente foi (ou está para ser) beneficiado passando á sua frente, só porque é amigo do administrador do hospital, ou é do partido do Governo, ou é amigo do Prefeito... Mas estas são outras questões.

Vamos admitir uma outra situação, porventura mais atendível. Suponhamos que os habitantes de uma certa localidade fazem prova em tribunal de que se justifica – à luz dos melhores critérios técnicos e de justiça social – a criação nessa localidade de um hospital ou que se justifica o apetrechamento do hospital já existente com o equipamento que permita o diagnóstico ou o tratamento de certas doenças e com pessoal médico e outro, ou com a ampliação e melhoria das instalações. O que faz o tribunal? Pode ordenar a construção do hospital ou a ampliação das instalações, ou a compra de novo equipamento, ou a contratação de mais pessoal?

É inequívoco que está aqui em causa o direito à saúde da comunidade que habita naquela localidade. Mas pode o tribunal decidir que se verifica, no caso em apreço, *incumprimento da Constituição* pelo Executivo e deferir o pedido daquela comunidade? Eu entendo que não.

Os tribunais não podem alterar os orçamentos aprovados pelo Legislativo, pelo que também não podem capturar verbas do orçamento da União, de um Estado ou de uma Prefeitura, mandar depositá-las no Banco do Brasil e cometer a uma entidade pública (o próprio Executivo ou outra) o encargo de gastar aquela verba no cumprimento da decisão do tribunal.³¹

³¹ Invocando expressamente a autoridade da jurisprudência do STF, um Juiz de Maceió (Ação Civil Pública, Processo nº 090.08.500162-7, 27.10.2009) decidiu favoravelmente um pedido do Ministério Público, condenando o Município a cumprir integralmente o extenso e complexo programa definido na sentença com o objectivo de retirar de condições de miséria material e moral crianças das zonas lagunares de Maceió. E como a liminar antes concedida não tinha sido integralmente cumprida, o Juiz determinou o **bloqueio de um milhão e quinhentos mil reais da rubrica de contingência do Município, mandou depositar essa importância em conta corrente no Banco do Brasil ou na Caixa Económica Federal e confiou a movimentação dessa conta ao Ministério Público Estadual e do Trabalho**. Em caso de incumprimento, o Juiz condenou ainda ao pagamento de multa diária o Município (R\$ 10.000,00), o Prefeito (R\$ 300,00) e o Secretário Municipal de Ação Social (R\$ 200,00). Caberá nas competências do Ministério Público a gestão de dinheiros públicos retirados do orçamento de um Município?

Vale a pena ler o programa definido pelo Juiz, que, ao elaborá-lo, se substituiu, a meu ver, não só aos órgãos do Executivo, mas até a profissionais de outras áreas (técnicos de saúde, de serviço social, de segurança, etc.):

” **1** – Formar uma comissão multidisciplinar de profissionais do Município, a serem acompanhados pelos autores [o Ministério Público] ou profissionais por eles indicados ou ainda pelo respetivo Conselho Tutelar da região, não componentes da estrutura deste juízo, para realizar um perfil sócio-económico das crianças e adolescentes da comunidade da Orla Lagunar, no prazo de 90 (noventa) dias, identificando cada criança e adolescente pelo nome, idade, endereço, nome dos pais se possuem registro de nascimento ou qualquer outro documento de identificação, como sobrevivem, se passam fome, se já sofreram violência doméstica, se são vítimas de violência sexual, se estão na escola, se saíram da escola e por quê, se trabalham, se passam o dia na rua, se usam drogas, se seus pais são dependentes químicos, entre outras necessárias à identificação exata da situação de risco em que se encontram; **2** – Oferecer condições adequadas, no prazo de 60 (sessenta) dias, para o funcionamento do Conselho Tutelar das Regiões I e II, dentre as quais: segurança, combustível em quantidade suficiente, computadores em perfeito estado, verba de custeio, pessoal de apoio e número telefónico gratuito (0800) para recebimento de denúncias de abuso, exploração e violência contra crianças e adolescentes, em carácter ininterrupto (24

Os tribunais não podem também impor ao Executivo a inscrição nos orçamentos de anos vindouros das verbas afectas à prossecução dos objectivos políticos que eles julgam prioritários. Os tribunais não podem fazer **opções políticas**. Como órgãos de soberania, não é esta a sua função. O respeito pelo *princípio da separação de poderes* não autoriza outra solução. Vamos admitir que o Executivo – até para evitar a condenação dos seus titulares pelo crime de desobediência qualificada, ameaça a que os tribunais recorrem sistematicamente – propõe a inscrição dessa verba no orçamento. Mas o legislativo - ao qual cabe a competência para aprovar o – não concorda com a proposta e retira do orçamento aprovado a respectiva rubrica, atribuindo a importância em causa a outra finalidade. Numa situação destas, o que faz o tribunal? Aplica multas aos membros do Legislativo que votaram no sentido acima referido? Condena-os por crime de desobediência qualificada? Ou substitui-se ao Legislativo e manda inscrever no orçamento a rubrica que os deputados recusaram por ser outra a sua opção política?

Vejamos um outro exemplo ainda no âmbito da saúde pública. Suponhamos uma cidade atravessada por um curso de água onde são despejados esgotos e lixos vários,

horas), para que o referido Conselho possa exercer adequadamente suas atividades de proteção das crianças e adolescentes das regiões em que atuam, inclusive na comunidade da Orla Lagunar; **3** – Apresentar um cronograma, em 30 (trinta) dias, para que seja ampliada a rede municipal de proteção à criança e ao adolescente, com a abertura de ABRIGOS para crianças e adolescentes, de ambos os sexos, em situação de risco, com ATÉ 18 ANOS INCOMPLETOS, com capacidade de atendimento das situações emergenciais identificadas no diagnóstico requerido no item 1 e deferido, a funcionar no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias a partir do diagnóstico; **4** – Ofertar creche em horário integral e educação infantil, em quantidade suficiente a atender à população de 0 a 6 anos da referida comunidade, apresentando o Município cronograma de abertura das unidades necessárias e critérios para preenchimento das vagas à medida da abertura, em até 30 (trinta) dias a com prazo estipulado para funcionamento em no máximo 180 (cento e oitenta) dias; **5** – Assegurar as matrículas de todas as crianças e adolescentes em idade escolar de ensino fundamental, que não estejam matriculadas, imediatamente, a partir do levantamento inicial; **6** – Apresentar propostas de políticas públicas a serem implementadas pelo Município com abrangência suficiente e ofertando soluções de curto, médio e longo prazo para a referida população, no prazo de 90 (noventa) dias após o resultado do perfil apresentado; **7** – Incluir no Projeto de Lei Orçamentária de 2008 as verbas necessárias para implementação das políticas públicas a serem executadas no ano, bem como nos anos seguintes, observando-se a s reais necessidades da população infanto-juvenil; **8** - Utilizar a reserva de contingência do Município, caso este não apresente rubrica orçamentária diversa para fazer face às despesas com o cumprimento das medidas liminares ora concedidas; **9** - Implementar ações visando à expedição de registros de nascimento das crianças, adolescentes e pais residentes na região para incluí-los em Programas Sociais e transformá-los em Cidadãos; **10** - Promover campanha permanente de conscientização, por intermédio dos mais diversos meios de comunicação, acerca da proibição do trabalho infantil, inclusive o doméstico, da prostituição infantil e males à saúde causados por drogas e, ainda, a importância do papel da sociedade na denúncia destes temas ao Conselho Tutelar da Região, explicitando que o Conselho Tutelar para cumprir mo seu papel deve encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança e do adolescente, dentre outros, assim considerado o trabalho infantil, nos moldes do art. 136, inciso IV do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90)".

que poluem aquele curso de água, com grave perigo para a saúde pública. Se o MP ou outra entidade com legitimidade processual para tanto requerer em tribunal a condenação da Prefeitura, do Estado e da União a fazer as obras de saneamento básico e todas as demais necessárias à cabal despoluição do ribeiro que atravessa a cidade, o que faz o tribunal?

Está em causa a saúde pública, um direito fundamental que o estado é obrigado a respeitar e a tornar efectivo. E não se diga que são obras muito caras e complexas, que levam tempo a planear e a executar, alongando-se por alguns anos. A situação é mais complicada do que quando se trata de satisfazer uma pessoa que reivindica o direito a obter do estado, gratuitamente, um determinado remédio ou tratamento médico. Mas a mesma lógica silogística impõe, por maioria de razão, a solução de condenar o estado a fazer as obras. Nem que para tanto seja necessário congelar verbas do orçamento da Prefeitura ou do Estado ou transferir dinheiro do orçamento da União, sendo que – vamos admitir – nenhum destes orçamentos prevê qualquer verba com aquele destino. Creio que não será legítimo invocar, neste como em outros casos facilmente imagináveis, que as questões orçamentais só são questões menores quando se trata de (relativamente) pouco dinheiro. Porque o que verdadeiramente está em causa – repito – é a questão de saber se os tribunais podem alterar as *leis do orçamento* aprovadas pelo Poder Legislativo por proposta do Poder Executivo (ambos **responsáveis politicamente** pelas **opções políticas** que esses orçamentos traduzem). E também a questão de saber se podem os tribunais mandar inscrever em orçamentos de anos subsequentes verbas para prosseguir determinados objectivos políticos, quando estas competências estão constitucionalmente reservadas ao Poder Legislativo.

Em termos gerais, penso que estes não são os caminhos que podem garantir uma **política pública de saúde** ao serviço das populações. Esses caminhos acabarão por desorganizar e descapitalizar qualquer política pública de saúde. O desvio de fundos para tratamentos ou medicamentos por medida (muitas vezes caríssimos) vai necessariamente retirar fundos a outras valências de uma política séria de saúde, que por certo beneficiarão um número de pessoas muito maior e com menores rendimentos. Esses caminhos não conduzirão a maior igualdade no acesso aos cuidados de saúde,

nem à melhoria da qualidade dos serviços públicos de saúde, nem a maior justiça social. Antes pelo contrário.³²

Dir-se-á que esta não é uma argumentação em termos jurídicos. Talvez não o seja inteiramente. Mas talvez faça sentido perguntar: este tipo de actuação ajudará a cumprir a Constituição ou a desrespeitá-la? Eu inclino-me para esta segunda alternativa: ela traduz-se, em boa verdade, na utilização de dinheiros públicos para satisfazer verdadeiros planos de saúde privados.³³

14. – Foi votado em 17 de Março de 2010 um importante Acórdão do STF sobre as matérias de que aqui me venho ocupando. Trata-se de um extenso e bem elaborado aresto (de que foi relator o Ministro Presidente Gilmar Mendes), que justifica atenção especial, ainda que menos profunda do que ele merece.

A propósito da resolução da matéria directamente em causa no recurso de agravo interposto pela União, o STF abordou a caracterização do direito à saúde como direito fundamental social à luz do art. 196º da Constituição Federal, analisou a questão das políticas públicas no âmbito da separação dos poderes e o problema da *judicialização da política*, procurando definir parâmetros dentro dos quais devem os tribunais resolver os casos concretos que envolvem o direito à saúde.

³² Vale a pena ter em conta a reflexão e a informação colhidas em F. SCAFF, “Sentenças Aditivas, Direitos Sociais e Reserva do Possível”, *cit.*, 94: “Há no Brasil uma avalanche de decisões de todas as instâncias implementando diretamente o *direito à saúde* previsto no art. 196 da Constituição, através de um sistema de Justiça Constitucional difusa. Confundem-se *direitos individuais* com *direitos sociais*. Faz-se de forma individual o que deveria ser implementado através de políticas públicas - o que pressupõe o alcance de uma coletividade de indivíduos através de um conjunto de normas emitidas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo.

Com estas decisões, os programas e as políticas públicas de saúde têm sido bastante abaladas financeiramente, e comprometida sua capacidade de implementação. Em alguns Estados, como o do Rio Grande do Sul, notícias da imprensa dão conta que já existem mais de 20 mil ações envolvendo medicamentos e ordens judiciais e o valor passou de US\$ 5 milhões em 2005 para US\$ 13 milhões em 2006 (o que já corresponde a 25% do orçamento total da Secretaria de Saúde daquele Estado), sendo que desse total cerca de US\$ 10 milhões já tramitam através de bloqueio direto de dinheiro na conta corrente do Estado. A notícia informa também alguns tipos de fraudes que vêm ocorrendo neste processo, tal como a obtenção do dinheiro para compra de automóveis, ao invés dos alegados medicamentos”.

Numa reunião com os Governadores do Sul do País e do Mato Grosso do Sul, realizada em Curitiba (18.10.2007), o próprio Ministro da Saúde chegou a afirmar que “na verdade, agora o Judiciário está prescrevendo, tirando o lugar do médico, e isso está criando um peso enorme de financiamento do sistema [público de saúde]”. Segundo o Ministro, os Estados-membros desembolsam cerca de US\$ 250 milhões por ano com decisões judiciais ordenando gastos com medicamentos e tratamentos de saúde não previstos nas normas jurídicas brasileiras. A União, por sua vez, desembolsou, só nos primeiros nove meses de 2007, cerca de US\$ 13 milhões no que ele chamou de “judicialização da saúde”. (Informação colhida em F. SCAFF, “Os Direitos Sociais na Constituição Brasileira”, em F. SCAFF, R. ROMBOLI e M. REVENGA (Coord.), *A Eficácia dos Direitos Sociais*, Quartier Latin, São Paulo, 37).

³³ Cfr. Fernando SCAFF, “Os Direitos Sociais...”, *cit.*, 38.

É talvez na esfera do direito à saúde que mais facilmente poderão encontrar-se justificações para a intervenção do Poder Judiciário na tentativa de tornar efectivo um direito social. Ao fim e ao cabo, trata-se de saber se um tribunal pode ou não condenar o estado a fornecer gratuitamente a um dado doente um certo medicamento ou meio de diagnóstico ou determinado tratamento, o que, em termos mais gerais, obriga a responder à questão de saber se, como e em que medida o direito à saúde se traduz num direito subjectivo público a prestações positivas do estado, passível de garantia pela via judicial.

O Acórdão dá conta das principais questões teóricas que se levantam a este propósito, e da sua análise resulta, na minha leitura, que, mesmo para o STF, a intervenção dos tribunais nestas questões sempre decorrerá, do ponto de vista da separação dos poderes, numa linha de fronteira muito difícil de definir, mesmo com os limites que o próprio Acórdão estabelece.

Nos termos da Constituição Federal, **o direito à saúde é garantido mediante políticas públicas, sociais e económicas**. No Brasil está definida e vem sendo executada uma política pública de saúde. Se tal não acontecesse, por não ter sido promulgada a legislação indispensável ou por não ter sido ela levada à prática, o que poderiam fazer os tribunais, nomeadamente o STF? Poderia declarar uma situação de inconstitucionalidade por omissão, mas é claro que não poderia legislar em substituição do Poder Legislativo. Mas poderia **obrigar** os órgãos do estado competentes a legislar, ou a criar e a pôr efectivamente em funcionamento os necessários serviços públicos de saúde? E, havendo legislação, mas não funcionando os serviços (podem nem sequer existir), poderia o STF pô-los a funcionar ou condenar o Executivo a fazê-lo?

Parece claro que uma resposta positiva a estas perguntas implicaria aceitar que os tribunais podem definir e executar políticas públicas. E o STF não vai tão longe. No entanto, só nesta sede, a meu ver, pode actuar-se com êxito no sentido de tornar efectivo este direito social enquanto direito de todos a aceder, em igualdade de condições, aos serviços públicos de saúde. Não há outro caminho, para quem entenda que a garantia deste direito só pode residir na definição e execução de políticas públicas adequadas à obtenção dos objectivos tidos em vista, nomeadamente os definidos na Constituição.

O STF reconhece “a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil”, e parece aceitar que o Poder Judiciário não pode interferir “na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde”. Nem tal é necessário, porque essas políticas e os serviços para as executarem existem. Aquilo que

está em causa é a legitimidade de “determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas”, legitimidade que o STF proclama, por entender que, nestes limites, “não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas”.

O Acórdão do STF a que me reporto define ainda certos parâmetros que devem balizar a capacidade de intervenção judicial para garantir o direito à saúde, em decisões tomadas caso a caso, por meio do fornecimento de medicamento ou de tratamento imprescindível para o aumento da sobrevida e a melhoria da qualidade de vida do paciente. Não analisarei aqui, por escassez de tempo e de espaço, estas especificações. Mas o que me parece essencial consta do enunciado no parágrafo anterior.

Uma das limitações que o STF vem agora introduzir à possibilidade de intervenção dos tribunais nas matérias em análise pode sintetizar-se nestes termos. Não é possível obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer acção ou prestação de saúde existente, pelo que deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo Sistema Único da Saúde (SUS) em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente. Mas esta regra não valerá como limitação à intervenção dos tribunais se for *comprovada em juízo a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente*.

Não posso acompanhar o STF. Serão os tribunais a sede própria para se avaliar da eficácia ou adequação da política de saúde? Terão os tribunais capacidade técnica para fazer esta avaliação? Poderão os tribunais decidir se uma dada política de saúde é ou não a mais eficaz e a mais adequada, tendo em conta os meios financeiros (e outros) que os poderes públicos competentes afectaram à política de saúde (nomeadamente através dos recursos financeiros que lhe são afectados nos orçamentos votados pelos órgãos competentes)? Se o tribunal entender que pode analisar estas questões e concluir que a política adoptada não é a mais eficaz ou a mais adequada, é ele que vai decidir qual é a mais eficaz e mais adequada? Para além dos seus aspectos técnicos (que um tribunal não sabe equacionar nem resolver), não será esta uma **decisão política**, vedada aos tribunais? Ou será correcto decidir o tribunal que a política mais eficaz e mais adequada é aquela que a parte interessada fizer passar em juízo como a melhor? É claro que os Protocolos Clínicos e as Diretrizes terapêuticas do SUS não são inquestionáveis, como afirma o Alto Tribunal (nada nem ninguém é inquestionável!). Mas daí a concluir

– como faz o STF - que, por esta razão, *é possível a sua contestação judicial* vai uma grande distância, que eu não consigo percorrer.³⁴

Outro dos parâmetros definidos pelo STF para a intervenção dos tribunais no sentido de concederem *prestações individuais de saúde* na sequência de acção interposta com este objectivo por um qualquer interessado reside no facto de a decisão favorável do tribunal não comprometer o funcionamento do SUS. Mas logo acrescenta que cabe ao Executivo o ónus de provar e fundamentar de forma clara, em cada caso concreto, que a eventual decisão do tribunal concedendo prestações individuais de saúde compromete o funcionamento do SUS.

É uma exigência muito forte, para a qual não vejo qualquer fundamento. Em coerência com o que digo atrás, qualquer decisão de um tribunal que conceda prestações individuais compromete o funcionamento do SUS. Uma política pública estruturada e racionalmente executada não pode estar sujeita a intromissões frequentes (que podem ser muitas e só não serão milhares se o *princípio da igualdade* for abertamente desrespeitado). A doutrina defendida pelo STF inverte a lógica inerente à natureza das coisas: quem pretende intervir de fora na gestão do SUS, pondo de lado as suas regras de funcionamento e impondo uma outra afectação de recursos, é que deve provar que esta invasão pelos tribunais da esfera própria do Executivo não compromete o funcionamento dos serviços que o Executivo deve criar, organizar e dirigir. E eu penso que esta prova é impossível.

Depois, cabem aqui todos os argumentos contrários já aduzidos, decorrentes da *separação de poderes* e da impossibilidade de os tribunais alterarem as leis do orçamento aprovadas pelo Legislativo, porque os orçamentos reflectem **opções políticas** que os tribunais não podem formular nem julgar (o **juízo político** cabe, em última instância, ao povo soberano).

³⁴ Não domino suficientemente essas matérias, mas, como cidadão preocupado com a vida da cidade, vejo com frequência os especialistas em economia da saúde falarem do grande peso que os medicamentos e os meios sofisticados de diagnóstico e de tratamento têm nos orçamentos da saúde, mais ou menos em todos os países. E muitas as vezes, perante a tendência destes para aumentarem ainda mais o seu peso nas despesas globais com a política de saúde, não falta quem associe esta evolução à pressão das poderosíssimas multinacionais farmacêuticas, interessadíssimas em vender na maior quantidade possível os medicamentos e os equipamentos que produzem. Recentemente, teve bastante eco na Europa a denúncia feita por um deputado alemão ao Parlamento Europeu (médico especialista em epidemiologia e perito em gestão da saúde) dos expedientes (que ele considerou fraudulentos) utilizados pela indústria farmacêutica (com a cumplicidade da OMS) para vender milhões de vacinas contra a gripe H1N1 (que custaram muitos milhares de milhões de euros a vários países da Europa), apesar de não ser séria nem cientificamente fundamentada a previsão de pandemia que assustou o mundo e provocou o desperdício de rios de dinheiro sem vantagem visível.

E cabem aqui também todas as dificuldades resultantes da consideração da *reserva do possível* ou da *escassez de recursos*. Creio não errar na afirmação de que a garantia de efectivação dos direitos sociais - enquanto direitos dos cidadãos a exigir do estado prestações positivas que têm sempre um custo financeiro directo - está sempre como que *naturalmente* (pela *natureza das coisas*) condicionada à *reserva do possível*.

Por outras palavras: a concretização destes direitos está sempre dependente das **escolhas políticas** quanto à afectação dos recursos financeiros ao dispor do estado, recursos que, como já se disse, são sempre escassos. E como essas **escolhas políticas** têm tradução nos **orçamentos** propostos pelo Poder Executivo e aprovados pelo Poder Legislativo, não se vê como podem os tribunais averiguar se há ou não *incumprimento da Constituição*, com base no qual o STF pretende legitimar a intervenção do Poder Judiciário, que se proclama responsável por tornar realidade (todos) os direitos fundamentais consagrados na Constituição.

Na minha óptica, não cabe na competência dos tribunais averiguar se há recursos disponíveis para condenar o Executivo a uma certa prestação de saúde. Sempre haverá, desde que se alterem os orçamentos, i.é, desde que se modifiquem as **prioridades políticas** reflectidas nos orçamentos. Mas esta alteração não pode ser imposta pelos tribunais aos outros Poderes do estado, porque não é aceitável que as **opções políticas** do Legislativo possam ser substituídas pelas **opções políticas de cada Juiz**.

É sempre a barreira imposta pela *separação dos poderes*.

15. - Para confortar a tese que fez vencimento no STF (por voto unânime dos Ministros presentes na sessão), invoca-se a certa altura a lição de Victor ABRAMOVICH e Christian COURTS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2004, 251: “ (...) o Poder judicial não tem a incumbência de definir políticas públicas, mas a de confrontar o desenho de políticas assumidas com os padrões jurídicos aplicáveis e – no caso de encontrar divergências – **reenviar** a questão aos poderes competentes para que eles reajam ajustando conseqüentemente a sua actividade. Quando as normas constitucionais ou legais fixem pautas para a definição de políticas públicas e os poderes respectivos não tiverem adoptado nenhuma medida, caberá ao Poder Judicial **reprovar** essa omissão e **reenviar** a questão aos poderes competentes para que eles elaborem alguma medida. Esta dimensão da actuação judicial pode ser conceptualizada como a participação em um ‘diálogo’ entre os diferentes Poderes do

estado para a concretização do programa jurídico-político estabelecido pela Constituição ou pelos Acordos sobre direitos humanos” [os sublinhados são meus. AN].

Com o devido respeito, parece-me um texto bastante ‘moralista’, sem grande conteúdo e consistência jurídico-política. O que é isso de o Poder Judicial **reprovar** os outros Poderes do Estado? Alguma Constituição confere aos tribunais esse papel de *autoridade moral*? Podem os tribunais arvorar-se ou ser arvorados em uma espécie de *consciência moral* representativa da sociedade? Se o Poder Legislativo ou o Poder Executivo não publicaram as leis necessárias para se poderem efectivar certas normas da Constituição, o Poder Judicial poderá, se a figura estiver prevista na Constituição, declarar a existência de *inconstitucionalidade por omissão*. Mas considero perigoso colocar o Poder Judicial no papel de **reprovar** os outros Poderes do Estado. Seria empurrar os tribunais para o terreno do debate político e da luta política, o que me parece de evitar em absoluto. De todo o modo, os autores referidos colocam a actuação dos tribunais num plano de **diálogo** com os demais Poderes do Estado. Mas este ‘diálogo’ que conteúdo e significado tem? Tem base constitucional? Ou é, mais uma vez, a tentativa de trazer os tribunais para o terreno da luta ideológica e da luta política?

16. – As questões que venho levantando a propósito do direito à saúde colocam-se em termos idênticos (talvez até mais impressivamente) quando se consideram outros direitos sociais.

Tomemos o direito ao trabalho, que é um direito fundamental estreitamente ligado ao respeito da *dignidade da pessoa humana*, porque só ele garante que o homem-trabalhador ganhe dignamente a sua vida e se realize como pessoa. Um trabalhador desempregado de longa duração, que já perdeu o direito a receber subsídio de desemprego, pode ir a tribunal requerer ao juiz que condene o estado a proporcionar-lhe um **posto de trabalho** que lhe permita uma **vida digna**? Não vejo como poderá o tribunal deferir este pedido, sendo que o *direito ao trabalho* não é respeitado e concretizado através da atribuição de um subsídio de desemprego ou de um qualquer subsídio destinado a garantir o mínimo de subsistência. A satisfação do direito ao trabalho exige que o trabalhador possa exercer a sua profissão e assim ganhar a sua vida. Se um trabalhador está desempregado contra a sua vontade, há um direito fundamental de uma pessoa que não está a ser garantido. Poderá o tribunal entender que se verifica *incumprimento da Constituição* e condenar o estado adoptar as medidas necessárias para que ela seja cumprida relativamente àquele desempregado? Não sei

bem como. E se uma confederação sindical instaurasse uma acção do mesmo tipo, em nome de todos os trabalhadores que se encontrem naquela situação (e que podem ser milhões)? O que faria o tribunal?

Dificuldades do mesmo tipo podem verificar-se se tomarmos, por exemplo, o direito à educação. O que faria um tribunal se uma associação de pais (ou outra entidade com legitimidade processual para tanto) viesse pedir que o juiz condenasse o estado a adoptar **todas as medidas necessárias** para que o serviço público de educação deixe de ser de má (ou até péssima) qualidade e atinja os níveis das escolas privadas frequentadas apenas por aqueles que podem pagar o elevado preço da sua frequência, os mesmos que, em fase posterior, ganham o direito de preencher as vagas oferecidas pelo ensino superior público, inteiramente gratuito, e cuja qualidade é, em regra, muito superior à dos estabelecimentos privados?

Não há dúvida de que oferecer um ensino público de má qualidade é uma forma de *incumprimento* (ou de *imperfeito cumprimento*) da *Constituição* no que concerne à garantia de um direito fundamental. Se o juiz entendesse que o correcto – ao menos para ser coerente com a jurisprudência adoptada em matéria de medicamentos – era deferir o pedido, saberia ele quais as medidas necessárias? E onde iria ele buscar o dinheiro para melhorar milhares de escolas, para as equipar melhor, para pagar melhor aos professores (a fim de atrair para a profissão gente de qualidade), para fornecer aos alunos refeições e livros gratuitos, etc.? E quem iria executar essas medidas?

No recente sismo no Haiti milhares de pessoas morreram porque viviam em barracas, em condições degradantes, em claro desprezo pela dignidade humana dessas pessoas. Se a tragédia tivesse ocorrido no Brasil, os tribunais brasileiros condenariam o estado a pagar indemnizações por danos morais e materiais às famílias daqueles que viram negado o seu direito à vida porque o estado **não cumpriu a Constituição** ou **não deu efectivo cumprimento à política pública de habitação**, que por certo há-de visar garantir o preceito constitucional que consagra o direito das pessoas a uma habitação condigna? E se, antes de morrerem, estas pessoas tivessem vindo requerer ao tribunal que condenasse o estado a entregar-lhes uma casa bem construída, que respeitasse a sua dignidade de pessoas humanas e os direitos dos seus filhos e prevenisse o risco da própria vida? Poderia o tribunal garantir uma casa condigna a cada uma dessas pessoas? E, perante o que agora aconteceu, será correcto pretender que o MP requeira ao tribunal

a condenação do estado a entregar imediatamente uma casa condigna aos milhares de pessoas que ficaram sem nada e aos muitos milhares que continuam a viver nas mesmas condições infra-humanas que tanta gente vitimaram por ocasião do sismo?

Um caso extremo, para ilustrar as minhas perplexidades. O que faria um juiz se todos os habitantes de todas as favelas do Rio de Janeiro, invocando o seu direito à habitação, o respeito devido à dignidade humana e os direitos de todas as crianças e adolescentes ‘condenadas’ a viver em condições infra-humanas (direitos cuja satisfação goza de *prioridade absoluta*), se apresentassem a requerer que fosse entregue a cada família uma habitação condigna? Tenho para mim que a direito à habitação é dos que mais ligação tem com o respeito pela dignidade humana, para além de ser indispensável para garantir o direito à saúde e todos os direitos das crianças a condições de vida que as salvem do analfabetismo, da fome, da mendicidade, da prostituição, da criminalidade, da degradação enquanto pessoas. Assim sendo, mandaria o juiz bloquear o orçamento do Estado do RJ e da Prefeitura do RJ para mandar construir as habitações necessárias? E confiaria a gestão desse dinheiro e a gestão do projecto de construção civil ao Ministério Público?

17. - As dificuldades e as dúvidas que quero exprimir através destes exemplos colocam-se também, a meu ver, quando se trata de garantir a efectividade de *direitos, liberdades e garantias*, porque também estes, como é sabido, implicam a realização de despesas pelo estado.

Vejamos. O estado deve garantir a segurança de pessoas e bens e esta garantia corresponde à realização de um direito fundamental. Pergunta-se: o que poderá fazer um tribunal se os habitantes de um edifício de muitos pisos, de uma determinada rua ou de um certo bairro, vítimas de acções frequentes de violência (assaltos a habitações, furto de automóveis, violações, assassinatos...), provarem em juízo que tal acontece por falta de policiamento adequado e requererem ao Juiz que mande instalar (ou reforçar em efectivos e equipamentos) uma esquadra de polícia ou mande destacar uma força policial permanente para o local?

O raciocínio que ‘legitima’ um tribunal a ordenar a entrega do medicamento gratuito deveria levar o tribunal a deferir o requerido neste caso. Suspeito, porém, que será mais difícil encontrar defensores para esta solução. Na minha óptica, a resposta

deve ser a mesma, mas diferente da que vem sendo dada pela jurisprudência brasileira para os casos de pedidos de medicamentos ou tratamento médico: esses direitos só podem ser garantidos através de **políticas públicas adequadas** e não cabe aos tribunais defini-las nem executá-las, nem sequer fazer **juízos políticos** sobre a bondade ou o grau de cumprimento delas.

Um outro exemplo. Dada a morosidade da justiça (ao menos em Portugal), o que faria um tribunal se um cidadão lhe viesse requerer a condenação do estado a criar mais uma (ou duas, ou três...) comarcas numa grande cidade, ou a nomeação de mais oficiais de justiça, ou a construção de tribunais mais modernos, melhor equipados e mais funcionais? Certos tribunais já têm condenado estados por prejuízos causados a este ou àquele cidadão em virtude da morosidade da justiça. Mas esta é uma questão diferente.

Tomemos a garantia constitucional da liberdade de imprensa. E suponhamos um país em que todos os meios de comunicação social pertencem a um monopólio privado ou são todos públicos e são geridos de modo a não garantir aquele direito fundamental. O que fará um juiz perante acção intentada pelo sindicato dos jornalistas ou por um partido político pedindo ao tribunal que desmantele o monopólio privado (não havendo lei que o permita expressamente), obrigue o estado a vender parte dos seus jornais, estações de rádio e TV, ou obrigue o monopólio privado e/ou o estado a praticar e respeitar o pluralismo e a liberdade de imprensa?

Creio que a resposta não seria tão fácil como nos casos em que um doente vem pedir a entrega de um medicamento. E, no entanto, em ambas as situações estão em causa direitos fundamentais. E talvez uma resposta positiva a este pedido nem implicasse a obrigação de o estado fazer mais despesas ou despesas não previstas no orçamento. Esta questão – dir-se-á – é uma *questão política* e os tribunais não têm competência nem meios para intervir na esfera da política. Pois não. Mas então deveriam admitir o mesmo quando está em causa o direito à saúde, que, nos termos da Constituição, é **garantido pelo Estado mediante políticas económicas e sociais**, e não mediante decisões avulsas dos tribunais.

18. - As perguntas que formulei e as dúvidas que levantei servem apenas para traduzir a minha enorme dificuldade em acompanhar soluções como as enunciadas atrás, por maior que seja o respeito humano que me merecem aqueles que as tomam.

Como cidadão e como jurista-cidadão, entendo que os direitos sociais, económicos e culturais são *direitos colectivos*, pelo que a sua efectiva satisfação não pode conseguir-se correctamente através de *medidas avulsas* de juízes que decidem, *caso a caso*, se este ou aquele doente tem direito a este remédio ou a esta intervenção cirúrgica (eventualmente no estrangeiro se não puder realizar-se no país), se esta ou aquela pessoa tem direito a uma habitação condigna, condenando o estado a prestar os serviços ou a disponibilizar o dinheiro necessário para tanto. Este tipo de actuação dos tribunais não pode substituir a definição e execução das políticas públicas indispensáveis para garantir e concretizar os direitos envolvidos, nomeadamente os direitos económicos, sociais e culturais. E, em vez de conferir maior eficiência e maior equidade às políticas públicas definidas pelo Executivo, esta actuação dos tribunais só contribui para desorganizar os serviços públicos existentes e para acentuar as desigualdades no acesso a eles.

E sempre fica de pé a questão do acesso à justiça. A grande maioria dos mais necessitados não tem acesso a um tribunal. Neste contexto, o recurso aos tribunais para fazer valer *direitos individuais* (o direito à saúde ou qualquer outro direito social) não só não tornará esses direitos efectivos para *todos*, como acentuará as desigualdades e as injustiças resultantes de variadíssimos factores.

Tomando como exemplo o direito à protecção da saúde, a Constituição portuguesa torna claro que ele é realizado pela *criação de um serviço nacional de saúde universal, geral e (tendencialmente) gratuito*. E creio que é este também o sentido do art. 196º da Constituição Federal brasileira. Como *direito colectivo*, só deste modo pode realizar-se correctamente, *em benefício de todos e nas mesmas condições para todos*. Os tribunais (nomeadamente aqueles que devem garantir o respeito pela Constituição) devem velar para que nenhum diploma legal venha destruir ou pôr em causa esse *serviço nacional* ou as suas características de *universalidade, generalidade e gratuidade*. A luta para que este e outros direitos constitucionais sejam levados a sério pelos governos deve inserir-se na esfera da acção cívica, sindical e política.

A verdade – creio eu - é que, para muitos direitos fundamentais, não basta a sua consagração nos textos constitucionais. É necessário que se verifiquem determinadas situações através do jogo das forças políticas e sociais que garanta a efectivação desses direitos.

O reconhecimento da força normativa das constituições foi um avanço importante do Direito Constitucional contemporâneo. E eu não quero pôr em causa ou

minimizar a **força normativa** dos preceitos que consagram os direitos económicos, sociais e culturais.

Mas gostaria que não se transformassem as constituições numa espécie de deuses que, pelo simples facto de existirem, nos garantem todas as bem-aventuranças, bastando, nos casos-limite, recorrer aos tribunais para que estes, em nome desse *deus-constituição*, nos garantam os frutos que não caíram da árvore do paraíso por si mesmos, tornando efectivos, por simples decisão do Poder Judiciário, todos os direitos fundamentais de todas as pessoas.

Creio que um exemplo bastante realista poderá ajudar-nos a deitar por terra a lógica dos que pretendem tornar efectivo o direito à saúde através de decisões judiciais avulsas.³⁵ Suponhamos duas doenças que afectam 1,9 milhões de brasileiros (cerca de 1% da população do Brasil): a hepatite viral crónica C e a artrite reumatóide. Segundos os cálculos dos AA, se todos estes doentes exigissem e ganhassem em tribunal o direito a receber do estado os dois medicamentos mais recentes para tratar cada uma destas duas doenças, o cumprimento dessas decisões judiciais exigiria um esforço financeiro de 99,5 bilhões de reais, verba superior ao orçamento disponível (87,5 bilhões de reais) para todas as acções e serviços públicos de saúde (diagnósticos, tratamentos, internamentos, cirurgias, acções de educação em saúde, vigilância sanitária e epidemiológica, entre outras).

Com inteira razão, concluem os Autores: “Uma interpretação do direito à saúde como direito ilimitado ao consumo de tecnologias em saúde, por ser faticamente impossível, pode ser alcançado apenas ao custo da *universalidade* e, conseqüentemente, da *equidade* de todo o sistema de saúde. Como não se pode dar *tudo a todos*, dá-se *tudo a alguns* e, necessariamente, *menos*, ou *nada*, a outros”.³⁶

É sempre bom ter presente, aliás, que nenhum dos direitos fundamentais que as modernas constituições consagram pode ser visto como *direito absoluto*, como direito sem condições ou sem limites. Não creio que seja bastante invocar-se que as pessoas têm esses direitos porque a Constituição os confere a todas e a cada uma das pessoas. É que as Constituições não substituem a vida, nem resolvem os problemas colectivos dos povos, e muito menos fazem revoluções. Só os povos podem fazer a história, só o povo

³⁵ Este exemplo é retirado de um interessantíssimo artigo que me chegou às mãos já depois de elaborado este texto. Trata-se de um trabalho de Octávio Luiz MOTTA FERRAZ e Fabiola SÚLPINO VIEIRA: “Direito à saúde, Recursos Escassos e Equidade: Os Riscos da Interpretação Judicial Dominante”, em *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, RJ, Vol. 52, nº 1/2009, 223-251.

³⁶ Cfr. MOTTA FERRAZ/SÚLPINO VIEIRA, *ob. cit.*, 243.

soberano pode fazer as escolhas políticas que quer ver levadas à prática. Mas esse é o papel da política, não é o papel dos tribunais. Seria ingenuidade pensar que é com decisões como as que procurei analisar que se resolvem os problemas que elas pretendem resolver. Nem os tribunais nem as Constituições podem ocupar o lugar que pertence à esfera da luta política, à luta dos povos pelos seus direitos, luta que é, em certa perspectiva, a luta de classes.

19. – Antes de concluir, deixem-me partilhar convosco algumas reflexões sobre uma decisão do STF de que tive conhecimento já aqui, em Porto Alegre. São reflexões escritas a quente, pouco antes de apresentar a minha comunicação neste Congresso. Refiro-me ao processo em que o Município de Giruá (RS) foi condenado a gerir o seu hospital integrado no SUS não segundo os princípios de organização e as regras de gestão estabelecidas para os serviços do SUS pelas entidades do Executivo competentes para tanto, mas de acordo com os critérios definidos pelo Poder Judiciário, na sequência do recurso extraordinário interposto para o STF (decisão de 18.12.2009, mandada executar pelo Juiz de Santo Ângelo em 13 de Maio de 2010).

Os tribunais envolvidos neste processo aceitaram o Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul (CREMERS) como parte legítima para interpor acção em que se pedia:

a) que o Município de Giruá fosse condenado a admitir o internamento de doentes no seu hospital/SUS em quarto individual, pagando o doente a “diferença de classe”;

b) que o hospital do Município de Giruá fosse obrigado a aceitar o internamento directo de doentes por decisão do seu médico particular, sem terem de se submeter às regras de funcionamento do SUS, nomeadamente o exame prévio do doente em um posto de saúde;

c) que o hospital fosse obrigado a permitir que o médico particular de um doente internado possa acompanhá-lo durante o seu internamento no hospital/SUS, desde que seja o doente a pagar os honorários do médico por si escolhido.

Como disse atrás, é meu entendimento que a intervenção dos tribunais em matéria de direito à saúde, nos termos em que ela se tem configurado, não ajuda a consolidar e a melhorar os serviços prestados pelo SUS e, em geral, todos os serviços públicos de prevenção da saúde e de promoção da saúde das populações. Ao invés, esse ‘voluntarismo justiceiro’ da generalidade dos juízes só contribui para desorganizar e

descapitalizar o SUS, baixando a qualidade dos seus serviços e afectando negativamente a racionalidade e a eficiência da sua gestão, tudo em prejuízo dos mais pobres.

Mas o aresto de que falo agora representa um salto qualitativo preocupante: ele é, a todas as luzes, um ataque frontal ao SUS, aos seus objectivos no âmbito da política pública de saúde e aos seus princípios organizativos.

A meu ver, a questão deveria ter morrido logo à nascença. Porque o CREMERS não tem legitimidade processual para intentar a acção. Os Conselhos de Medicina (tal como a Ordem dos Médicos em Portugal) são organismos que, por delegação do estado e em nome do estado, regulam o exercício da profissão médica enquanto profissão liberal.

Não têm, por isso, qualquer legitimidade para se arrogar a representação dos doentes em geral ou dos utentes dos serviços públicos de saúde em particular. Aos Conselhos de Medicina cabe definir e fazer cumprir por todos os que exercem a profissão médica as regras deontológicas inerentes ao exercício desta profissão. Cabe-lhes também velar por que os actos médicos só possam ser praticados por médicos, bem como garantir que os médicos exercem a sua profissão (ao nível do diagnóstico e da terapêutica) em condições de liberdade e de responsabilidade plenas. Se fizerem bem o seu trabalho, protegem os interesses dos doentes. Mas só neste âmbito o interesse dos doentes é assunto de que devam ocupar-se os Conselhos de Medicina.

Estes Conselhos não são organizações sindicais, pelo que, para além do que acabo de dizer, não é da sua competência a defesa dos interesses dos médicos enquanto trabalhadores da saúde, nomeadamente em matéria de salários, horários de trabalho e, em geral, em matéria de interesses económicos dos médicos.

Estas são razões suficientes para justificar que a petição inicial tivesse logo sido rejeitada, por inepta.

20. - Mas a acção judicial foi admitida e julgada. Vejamos o alcance do que foi decidido.

Em primeiro lugar, o STF reconheceu que qualquer doente tem o direito de ser internado num hospital/SUS em condições especiais (com direito a um quarto individual com banheiro privativo, por exemplo), desde que pague a **diferença de classe**, designação expressiva, porque diz abertamente que se trata de um instrumento de *diferenciação de classes*, deixando claro, provocatoriamente, que os ricos têm direito,

no espaço público do SUS, a um *tratamento privilegiado*, que não está ao alcance dos pobres, pela simples razão de que não têm dinheiro para tais luxos.

Ora o SUS é um serviço público que deve assegurar a *todos*, em *igualdade* de condições, o acesso aos serviços de promoção, protecção e recuperação da saúde. Está, por isso, impedido de cobrar quaisquer taxas aos utentes dos seus serviços, o que significa que não pode cobrar quaisquer verbas decorrentes da chamada *diferença de classe*. Se este é o estatuto do SUS, tal como resulta das leis e regulamentos pelos quais se rege, não se vê como podem os tribunais (incluindo o STF) alterar este estatuto, substituindo-se ao Executivo e ao Legislativo (que aprovou, segundo creio, a lei orgânica do SUS). A responsabilidade pela gestão dos serviços públicos cabe por inteiro ao Executivo, não ao Judiciário.

Acresce que a decisão judicial agora em pauta não corrige qualquer inconstitucionalidade do estatuto do SUS. Ao contrário: ela viola grosseiramente o *princípio constitucional da igualdade*, aceitando que, se todos são iguais, uns são mais iguais do que outros, permitindo aos ‘mais iguais’ um tratamento privilegiado em estabelecimentos públicos.

Se a regra do SUS é a de organizar o espaço hospitalar em quartos para três doentes, é claro que se todos os quartos forem ocupados por um só doente – pertencente à *classe privilegiada*, por ter dinheiro para pagar a *diferença de classe* – isso significa que perdem a possibilidade de serem internados dois doentes por cada quarto, não porque precisem menos de cuidados médicos do que os privilegiados, mas apenas porque pertencem a uma *classe inferior*, que não tem dinheiro para pagar a *diferença de classe*. Numa das peças deste processo afirma-se que “o sistema [público] de saúde no Brasil é uma vergonha”. Talvez por isso se queira impedir os pobres de a ele aceder, reservando-os para os ricos, que podem pagar a *diferença de classe*... Estamos, a meu ver, perante uma grave violação das normas constitucionais que regulam o direito à saúde enquanto direito de todos a um igual acesso e tratamento nos serviços públicos de saúde.

Em segundo lugar, a decisão do STF impõe ao hospital/SUS de Giruá a aceitação de doentes mandados internar por prescrição do seu médico particular, sem necessidade de prévia observação num posto de saúde.

Como é óbvio, o SUS tem de funcionar segundo determinadas regras, como acontece em qualquer país onde exista um Serviço Nacional de Saúde. E é perfeitamente compreensível que, salvo os casos de urgência atendidos no respectivo

serviço hospitalar, uma pessoa só possa ser internada num hospital mediante prescrição do médico que a acompanha no serviço de proximidade (posto de saúde).

Esta questão, como a anterior, é matéria de gestão, é da responsabilidade do Executivo aos vários níveis. Como pode conceber-se que caiba na competência dos tribunais alterar os regulamentos de gestão dos hospitais públicos? É claro que os tribunais poderiam intervir se, por hipótese, no regulamento do SUS ou de um hospital em concreto se dissesse que os negros não têm direito ao internamento em dado hospital ou que, havendo necessidade de escolher, será dada prioridade aos cidadãos brancos. Nestes casos, perante a violação da Constituição, os tribunais poderão declarar nulas aquelas regras, obrigar o SUS ou o hospital em causa a retirá-las do seu regulamento e obrigar o SUS a eliminar qualquer discriminação com base na cor da pele ou qualquer outra discriminação. Mas não cabe aos tribunais fazer um outro regulamento, que substitua aquele. Os tribunais não podem, porém, intervir quando se trata de definir regras técnicas de organização e de funcionamento dos serviços.

Numa das peças do processo diz-se que a triagem prévia nos postos de saúde é uma “sistemática cruel”, que deve ser abolida porque “a saúde não pode esperar”. É muita demagogia (utilizada certamente por quem nunca recorreu aos serviços do SUS) para tentar justificar a intervenção do Judiciário em matérias para as quais, a meu ver, lhe falta competência, à luz da Constituição.

O próprio STF vem defender que “o direito à saúde, como está assegurado no artigo 196 da Constituição, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele”. Não me parece curial que um Alto Tribunal com a responsabilidade do STF se refira com tal sobrançeria ao Executivo, chamando-lhe, depreciativamente, *autoridades administrativas* e qualificando como *embaraços* os regulamentos essenciais ao funcionamento de um serviço público tão complexo como o SUS, que são, evidentemente, da responsabilidade do Executivo.

As autoridades administrativas que gerem o hospital/SUS de Giruá cumprem, certamente, o que dispõe a lei orgânica do SUS (aprovada, segundo creio, por lei do Congresso) e cumprem também os regulamentos emitidos pelo Executivo aos seus vários níveis (a União, o Estado, o Município), no exercício das suas competências constitucionais. Para que os serviços do SUS possam funcionar bem, possam ser bem geridos e possam proporcionar aos seus utentes serviços de qualidade, é imperioso que os seus responsáveis ao nível do Executivo elaborem e façam cumprir princípios de

organização e regras de funcionamento, sem os quais seria o caos. Estes princípios e estas regras não podem, pois, ser tratados como coisa menor de autoridades administrativas que só causam embaraços. O que causas embaraços – e muito sérios embaraços! – ao bom funcionamento dos serviços públicos de saúde é a permanente intervenção dos tribunais, prescrevendo medicação, alterando os protocolos estabelecidos, subvertendo os orçamentos aprovados para a saúde.

Não me parece, por outro lado, que caiba nas competências dos tribunais (nomeadamente do STF) o poder de alterar o estatuto legal e as normas regulamentares por que se pauta a actuação dos responsáveis por um qualquer hospital/SUS. Os tribunais não têm competência para impor os seus critérios de gestão, substituindo por estes os definidos pelo Executivo, pois é competência do Executivo a definição e a execução das políticas públicas, quer no que toca à saúde quer no que concerne a outras áreas de intervenção das políticas públicas.

O que reduz ou dificulta o acesso aos serviços públicos de saúde não são os regulamentos aprovados pelo Executivo, mas as decisões judiciais como a que venho analisando. Elas provocam a sua desarticulação e preparam a sua destruição, retirando o direito à saúde aos que não têm dinheiro para pagar seguros privados de saúde e não têm condições para recorrer aos tribunais a solicitar o medicamento, ou o internamento ou a cirurgia de que carecem (e estes são a grande maioria dos brasileiros). Esta decisão, em concreto, entrega o hospital público de Giruá aos médicos que exercem medicina privada, permitindo-lhes internar nele os doentes que atendem nos seus consultórios, sem terem de respeitar as regras de funcionamento impostas pelo SUS; permitindo-lhes, apesar de não terem nenhum vínculo com o hospital, acompanhar os seus doentes lá internados e prescrever os tratamentos que muito bem entenderem, à margem dos protocolos em vigor nos hospitais/SUS e pagos com dinheiros públicos; permitindo-lhes continuar a cobrar dos doentes internados os honorários acordados com eles, sem ao menos entregar ao hospital uma parte desses honorários.

Em boa verdade, trata-se de uma **autêntica privatização** disfarçada. As seguradoras que exploram os seguros de saúde vão certamente pressionar os médicos que trabalham para elas no sentido de internarem os seus segurados no hospital/SUS de Giruá, onde, mediante o pagamento da *diferença de classe* para que possam estar comodamente instalados, tudo o resto é pago pelos dinheiros públicos destinados a garantir a todos o acesso aos cuidados e saúde. Calculo que, pagando elas a *diferença de*

classe, as seguradoras ainda ganharão muito dinheiro. Longe de cumprir a Constituição, esta decisão é um atentado contra a Constituição.

Outra questão que vale a pena abordar é a que se prende com o direito agora conferido aos médicos privados (sem qualquer vínculo com o SUS) de fazerem internar os doentes que tratam nos seus consultórios em hospitais integrados no SUS.

Da leitura das peças do processo parece resultar a ideia de que esta possibilidade decorre do *direito dos médicos ao livre exercício da sua profissão*. Ora este direito (que está longe de ser um direito fundamental constitucionalmente garantido) reporta-se à liberdade dos médicos em matéria de diagnóstico e de tratamento, tanto para os que trabalham em hospitais públicos como para os que exercem medicina privada (nos seus consultórios ou em hospitais privados). Ninguém de boa fé poderá defender que o livre exercício da profissão médica implica o direito dos médicos privados a internar os seus doentes, por prescrição sua, nos hospitais públicos.

É claro, por outro lado, que qualquer pessoa tem o direito de escolher o seu médico. Se não quer os médicos que prestam serviço nos hospitais públicos, vai a um consultório particular ou a uma clínica privada. Mas o *direito à saúde*, tal como o consagra a Constituição de 1988, enquanto *direito de todos os brasileiros*, é garantido mediante políticas públicas sociais e económicas que tornem os serviços públicos de saúde *acessíveis a todos*, em *condições de igualdade*. Enquanto direito social constitucionalmente garantido, não inclui o direito do doente a escolher um médico e a levá-lo consigo para um hospital público onde quer ser internado, ainda que seja o doente a pagar os honorários ao médico escolhido.

A imposição feita agora ao hospital/SUS de Giruá não tem, a meu ver, nenhum suporte constitucional, constitui uma violação ostensiva do princípio da separação dos poderes e uma ameaça séria ao funcionamento deste hospital/SUS. Será praticamente impossível garantir um mínimo de coerência e de racionalidade na gestão de um hospital quando médicos que não têm qualquer vínculo laboral com ele (e não estão sujeitos às regras de funcionamento impostas pela Administração do hospital nem ao seu regulamento disciplinar) são autorizados a internar nesse hospital os doentes da sua clínica privada (passarão à frente dos que só utilizam os serviços do SUS?), com a prerrogativa de os tratar segundo os seus critérios, prescrevendo remédios, exames, análises clínicas e cirurgias sem ter em conta os protocolos em vigor a este respeito nos hospitais/SUS, e obrigando o hospital a suportar tudo isso com dinheiros públicos.

Não se trata, aqui, de garantir o direito à saúde tal como a Constituição o consagra, nem de garantir aos médicos o livre exercício da sua profissão. Do que se trata, em verdade, é da **privatização** deste hospital público, que vai ficar às ordens dos membros das *classes privilegiadas* que podem pagar a *diferença de classe* e dos médicos que os acompanham nos seus consultórios.

Quem quer gozar os benefícios de ser rico pode, é claro, escolher os melhores médicos do mundo e os hospitais privados mais luxuosos. Paga tudo do seu bolso e ponto final. Os ricos podem também, se for essa a sua vontade, ser tratados e internados nos serviços e nos hospitais integrados no SUS. Mas, neste caso, têm de utilizar os serviços que estão à disposição de todos gratuitamente e têm de integrar-se, em condições de igualdade com todos os utentes do SUS, nas regras de funcionamento do serviço público de saúde.

A decisão do STF relativa ao hospital de Giruá faz-me lembrar um golpe de estado (um *golpe de estado palaciano*, claro...): o Tribunal substitui-se ao Executivo, assumindo a capacidade para modificar os regulamentos dos serviços públicos, ao arrepio do princípio da separação dos poderes e dos preceitos constitucionais que consagram o direito à saúde.

21. – É tempo de terminar esta conversa solta, que outra coisa não é este texto sem pretensões teóricas.

Não quero pôr em causa nem um pouco das desgraças que estão por detrás de muitos dos casos submetidos aos tribunais brasileiros. Muito menos quero pôr em causa o saber, a consciência moral e o elevado sentido de cidadania que inspirou estas sentenças judiciais. Como todos os intervenientes nestes casos dramáticos, repudio a exploração que caracteriza as nossas sociedades capitalistas, condenando à *exclusão social* (este mal do nosso tempo que o cineasta brasileiro Walter Salles classificou como a *nadificação do outro*) milhões e milhões de seres humanos. Como os magistrados que intervieram nos casos relatados – aos quais manifesto a minha inteira solidariedade humana –, posso reconhecer que estas acções judiciais e estas decisões dos tribunais só são explicáveis porque os restantes poderes do estado (o Legislativo e o Executivo) são muitas vezes insensíveis às realidades da vida, à vida dos homens de carne e osso.

Mas não posso subscrever a tese defendida pelo Poder Judiciário brasileiro de que não há, nestes casos, uma invasão da esfera do Executivo por parte dos tribunais. Ao contrário: entendo que se trata de situações claras de *jurisdicionalização da política*,

de invasão pelo Poder Judiciário das áreas de competência do Legislativo e do Executivo.

A questão que se coloca é a de saber se este tipo de actuação dos tribunais pode considerar-se juridicamente (constitucionalmente) legítima e, em última instância, a questão de saber se o mundo ganhará em ser ‘governado pelos juízes’ (que são, é evidente, tão bons e tão maus como qualquer de nós). E a esta questão só posso responder que não.

Não vou discutir aqui – nem para tanto me reconheço competência – todas as implicações do princípio da separação dos poderes. Dir-se-á que se trata de uma invenção do estado burguês. Talvez seja. Mas então só por uma ruptura revolucionária poderão ultrapassar-se as suas eventuais limitações. E ninguém que queira subverter o estado de classe da ordem burguesa-capitalista confiará tal tarefa aos juízes. Eles não constituem a classe revolucionária.

Aliás, em alguns dos arestos que referi, o juiz substituiu não só o Executivo mas também o povo – que não foi consultado - na definição das prioridades das políticas públicas. E a verdade é que o povo elege (bem ou mal) os titulares dos cargos políticos, mas não elege os juízes; pode pedir contas e ‘ajustar contas’ com os eleitos, mas não pode responsabilizar politicamente os juízes (e ainda bem que não pode).

Dito isto, quero igualmente deixar claro que não ponho minimamente em causa a *legitimidade democrática dos Juízes* para o exercício da sua função, nem a *legitimidade democrática dos Tribunais* enquanto *órgãos de soberania* aos quais cabe, constitucionalmente, a *administração da justiça em nome do povo*.

E é claro que sou um defensor intransigente da *independência* dos juízes. E um defensor da plena capacidade de intervenção dos juízes na defesa da Constituição, porque advogo a possibilidade de apreciação difusa da constitucionalidade das leis, reconhecendo a cada juiz, da mais pequena comarca, o direito de se recusar a aplicar as leis que considerar inconstitucionais.

E defendo também que, enquanto intérpretes e aplicadores da lei, os juízes devem ser verdadeiros *criadores de direito* e não meros exegetas e aplicadores mecânicos da letra da lei. Nem poderia pensar de outro modo quem, na sua primeira tese universitária, procurou mostrar ser possível uma solução que um artigo do Código Civil vedava expressamente, encorajado pela jurisprudência francesa, que trilhara o mesmo caminho perante uma norma idêntica do *Code Napoléon*.

Mas quero também, com toda a humildade, deixar claro que, na minha opinião, aos tribunais não cabe fazer política, substituindo-se aos demais órgãos do estado aos quais cabe essa função. Porque estes são órgãos legitimados pelo sufrágio, respondem politicamente perante os cidadãos eleitores e estão sujeitos ao controlo político por parte do povo soberano. À política o que é da política, aos tribunais o que é dos tribunais. Um estado democrático precisa de um Poder Judiciário independente, não de um Poder Judiciário que, em certo sentido, se substitua ao *estado democrático*, assumindo-se como uma espécie de *estado tecnocrático*, ‘governado’ por pessoas que, invocando a sua competência técnica e o facto de serem titulares de um órgão de soberania (os tribunais), entendem que podem conhecer e decidir sobre todas as questões que dizem respeito à *vida da cidade*.

Nas sociedades de classes, o estado é um estado de classe. E os tribunais fazem parte deste estado de classe. É perigoso admitir que os tribunais possam substituir o estado democrático, constituindo-se numa espécie de *estado acima das classes*, decidindo sobre as políticas públicas e fazendo justiça em todas as questões da vida. Todas as formas de estado tecnocrático carregam consigo, a meu ver, o perigo de, um dia, quererem acabar com a política, isto é, acabar com as classes e com a luta de classes. O mundo já conheceu uma experiência deste tipo. E creio que não quereremos regressar a ela, nem a nada de parecido com ela.

Coimbra, Maio de 2010

ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES

*Professor Catedrático Jubilado da
Faculdade de Direito de Coimbra*