

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

O PODER JUDICIÁRIO, A CONSTITUIÇÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

António José Avelãs Nunes²
fd_antunes@fd.uc.pt

RESUMO

A presente conferência analisa os avanços do constitucionalismo português em reação aos direitos fundamentais, sobretudo as estratégias para a efetividade do direito à saúde. A questão que se coloca é a de saber se este tipo de atuação dos tribunais pode considerar-se *juridicamente (constitucionalmente) legítima* e, em última instância, a questão de saber se o mundo ganhará em ser 'governado pelos juizes'.

Palavras-chaves: Direito à saúde. Proibição do retrocesso social. Constitucionalização da saúde. Judicialização da política.

ABSTRACT

This conference examines the progress of the Portuguese constitutionalism in response to fundamental rights, especially strategies for effectiveness of the right to health. The question that arises is whether this type of action of the courts can be considered legally (constitutionally) legitimate and, ultimately, the question of whether the world will get to be 'governed by the judges'.

Keywords: Right to health. Prohibition of social regression. Health Constitutionalisation. Legalization of politics.

●. – Antes de começar a falar sobre o tema da minha conferência neste *XXXVIII Congresso Nacional dos Procuradores de Estado*, peço-vos um minuto suplementar, para agradecer à Direção da Associação dos Procuradores do Estado do Paraná o convite para participar neste Congresso. É para mim uma honra e um privilégio poder estar aqui convosco, partilhando as reflexões que alinhei sobre o tema que me foi proposto pela Dr^a Cristina Queirós quando, pessoalmente, há cerca de um ano, me convidou para proferir a Conferência Inaugural deste Congresso.

Na pessoa da Dr^a Isabela Martins Ramos, Presidente da APEP, que preside a esta Sessão, cumprimento todos os membros da Mesa. Ao saudar com amizade o Dr. Bernardo Cabral, ilustre português e ilustre brasileiro, relator da Constituição de 1988, saúdo todos os presentes nesta sala e todos os congressistas.

¹ Conferência Inaugural do *XXXVIII Congresso Nacional dos Procuradores de Estado*, Foz do Iguaçu, 16.10.2012. Na elaboração deste texto utilizei um trabalho meu anterior, publicado, juntamente com outro do Prof. Fernando Scaff, num livro editado em 2011 pela Livraria do Advogado Editora, *Os Tribunais e o Direito à Saúde*.

² Doutor em Direito. Professor aposentado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, instituição da qual foi reitor.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

Jurista de formação, fui professor de Economia Política na Faculdade de Direito de Coimbra durante mais de quarenta anos. Já vêem que, após décadas de afastamento do estudo do Direito, só posso ser um fraco jurista. Falarei, por isso, talvez mais como cidadão do que como jurista. Digamos que falarei como *jurista-cidadão*.

Dar-vos-ei conta das minhas reflexões sobre o tema com toda a humildade, mas também com a lealdade e com a frontalidade que devo ao povo brasileiro, sangue do meu sangue, ao qual me sinto profundamente ligado, e que devo ao Brasil, este grande País, que, na minha qualidade de português, não me canso de considerar a vaidade das vaidades da nossa vaidade de sermos portugueses. Vejam como é grande a nossa vaidade...

1. - Em Portugal, o Tribunal Constitucional (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 objeto 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* (para além do Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo e os Tribunais), como “um outro dos ‘poderes’ do Estado”.³

Em última instância, cabe ao TC assegurar que os órgãos do estado atua em conformidade com os *procedimentos* exigidos, com os *princípios* e com os *objetivos* consagrados no *programa político* plasmado na CRP, respeitando os normativos constitucionais no processo de formação e determinação da *vontade política* e de adoção de *decisões políticas*.

O TC é 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, nº 1 CRP). Isto significa que o TC só pode controlar o processo político através da *declaração de inconstitucionalidade das decisões políticas* “que se concretizam e exprimem em *normas jurídicas*”.⁴

O TC não pode apreciar a constitucionalidade das ‘normas privadas’ (v.g. as convenções coletivas de trabalho), nem dos ‘atos políticos’, nem dos atos administrativos, nem, em

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

⁴ Cfr. J. M. CARDOSO DA COSTA, *ob. cit.*, 98-103.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

regra, das decisões judiciais. Nem pode proteger os direitos fundamentais através de uma *ação direta* interposta por um qualquer interessado junto do próprio TC. E também não cabe na competência do TC *sancionar* os titulares dos órgãos de soberania pela violação da Constituição.

2. - Além do *controlo abstrato* (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*.

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*.

3. - No que concerne à intervenção do TC em matérias que podem interferir na definição e concretização de políticas públicas, creio poder afirmar que a intervenção do TC que mais influenciou a sorte do modelo de sociedade e do programa político inscrito na CRP de 1976 (saída da *Revolução dos Cravos*, 25 de Abril de 1974), e mais determinou a evolução da Constituição económica e das políticas públicas com ela relacionadas ocorreu 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. Essencialmente, porque ela era uma Constituição com um *programa político de rotura com o capitalismo*. 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

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

interesses e da ideologia veiculados pelos partidos que, apoiados por maiorias eleitorais confortáveis, procuraram, por todos os meios, *meter o socialismo na gaveta*, como confessou um dos Primeiros-Ministros dessa época, o Dr. Mário Soares.

Ao serviço deste objetivo, nem faltou mesmo quem tivesse invocado o argumento de que o *princípio democrático* (o respeito pelo projeto político dos partidos mais votados) se sobrepunha ao *princípio socialista* inscrito na CRP, o que, em última instância, significaria que cada maioria resultante de eleições poderia ‘fazer’ a sua própria constituição, na medida em que ficava autorizada a substituir o *programa político constitucional* pelo seu próprio programa político. Em vez de ser a Constituição a enquadrar e a limitar a atuação dos órgãos do estado (enquanto estado de direito constitucionalmente vinculado), seriam os órgãos do estado a conformar (a ‘reescrever’) a Constituição, em função das opções ideológicas das maiorias conjunturais resultantes das eleições.

Nesse período, segundo a minha leitura dos acontecimentos, o TC, longe de ser um embaraço para o poder político, forçando-o a respeitar o programa constitucional, atuou ele próprio como um *órgão político*, como uma espécie de *poder legitimador* dos órgãos diretamente ligados ao exercício do poder político (a AR e o Governo), oferecendo-lhes uma interpretação da CRP ‘amiga do capitalismo’ e legitimadora de todas as iniciativas tendentes a impedir a concretização dos objetivos 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”.⁵ Uma leitura tão ‘aberta’ que creio não respeitar o programa constitucional tal como ele constava da CRP antes das profundas alterações introduzidas em 1989 (por isso elas foram introduzidas).

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

- permitiram o acesso da iniciativa privada a determinados setores de atividade económica (nomeadamente a banca e os seguros)⁶, setores 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 de capital privado no respetivo capital social, desde que o estado mantivesse a titularidade da maioria do capital dessas sociedades anónimas;⁷

⁵ 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.

⁶ Cfr. Acórdãos nºs 25/85 e 186/88, publicados nos Volumes 5º e 12º de *Acórdãos do Tribunal Constitucional*.

⁷ 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 efetuadas após a *Revolução dos Cravos*

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

- 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);⁸

- vieram permitir medidas várias de ‘flexibilização’ das relações de trabalho e de ‘liberalização’ do contrato individual de trabalho;⁹

- 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;¹⁰

- subiram o montante das propinas (taxas) pagas pelos estudantes das Universidades públicas (cujo valor, fixado desde 1941, fora expressamente mantido pelo legislador em 1973).¹¹

5. - 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.¹² Não vou regressar a esta problemática.

Comentarei apenas os Acórdãos do TC referidos nas notas 9 e 10, o primeiro relativo ao Serviço Nacional de Saúde (SNS), o segundo sobre propinas (taxas pagas pelos estudantes) no ensino superior público.

5.1. - O TC ocupou-se por duas vezes, com relevância, do SNS.

Em 1984, o Acórdão nº 39/84¹³ considerou inconstitucional um diploma legal que revogava a lei que criou o SNS, além do mais instituindo *vários serviços regionais de saúde* não integrados num *serviço nacional*. Entendeu o TC que o direito à saúde é um verdadeiro e

(consideradas pela CRP “conquistas irreversíveis das classes trabalhadoras”), a impossibilidade de regresso à titularidade e ao controlo do capital privado das empresas que operam nesses *setores 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 objetivo confesso de iniciar um processo de abertura ao setor privado do capital de empresas públicas a operar em *setores básicos da economia*, que a CRP, por assim os considerar, expressamente vedava à atividade 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).

⁸ Cfr. Acórdão nº 187/88, em *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, Vol. 12º.

⁹ 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 objetivas* resultantes da evolução tecnológica; Acórdão nº 306/03 (em *Acórdãos...*, Vol. 56º), dando cobertura a um novo Código do Trabalho que, entre outras ‘modernidades’, veio permitir aos patrões organizar, de um dia para o outro, o horário de trabalho dos trabalhadores das suas empresas em termos tais que estes podem ser obrigados a trabalhar, em horário normal, doze horas por dia e sessenta horas por semana.

¹⁰ Cfr. Acórdão nº 330/88, em *Acórdãos...*, Vol. 13º, Tomo I.

¹¹ Cfr. Acórdão nº 148/94, em *Acórdãos...*, Vol. 27º.

¹² Cfr. *A garantia das nacionalizações e a delimitação dos setores público e privado no contexto da constituição económica portuguesa*, separata do *Boletim de Ciências Económicas*, Vol. LXI, 1985.

¹³ Em *Acórdãos...*, Vol. 3º.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

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 e geral*), 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 proteção direta da Constituição, não sendo lícito ao estado retroceder no caminho percorrido, ou seja, 'descumprir' o que já cumpriu.

5.2. - 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 9, *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 gratuidade 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.

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 *efetivamente 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 desses serviços para defesa da sua saúde.

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 gratuidade do SNS, invocando, entre outros argumentos, o de que *a gratuidade 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)).

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

Confortado com estes 'progressos', um Governo (do PS), 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!

O perigo desta política que o TC 'legitimou' reside em que ela poderá conduzir a que se mantenha o SNS gratuito para os pobres, mas fazendo pagar os que podem. O resultado é conhecido: 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*, 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...

6. - No meu citado estudo de 1985 defendi que o TC autorizou o legislador ordinário a *regredir, a andar para trás* no objetivo de construir o socialismo, apesar de a CRP definir como objetivos constitucionais a transição para o socialismo, a transformação da sociedade portuguesa numa sociedade sem classes, apostada em abolir a exploração do homem pelo homem, com base no princípio da apropriação coletiva dos principais meios de produção, solos e recursos naturais.

Sendo a *transição para o socialismo* um *processo*, parecia claro que cada passo dado neste sentido passava a integrar-se como valor do estado de direito democrático, o que permitia a conclusão de que qualquer passo atrás no caminho já percorrido configurava uma violação do princípio constitucional da democracia económica e social (tal como o consagrava a CRP) e também uma violação do princípio do estado de direito democrático.

No Acórdão de 1994 a que me reporto agora, o TC legitima de novo 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 gratuidade 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 gratuidade de todos os graus de ensino", configura uma *cláusula específica de proibição do retrocesso* no que respeita à gratuidade do ensino: o legislador ordinário pode e deve dar passos em frente no sentido da gratuidade 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 projeto. Mas legislou, quase vinte anos após a

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

Revolução de 1974, 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 gratuidade efetiva).

No que toca aos direitos a prestações materiais do estado colocadas sob a *reserva do possível*, o TC defendeu que *a Constituição não pode determinar o conteúdo exato de cada uma das prestações, e não pode também definir as condições ou pressupostos que devem enquadrar o processamento da respetiva atribuição*. E acrescentou 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*. Como se diz, com toda a clareza, na declaração de voto de um dos juízes do TC: “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”.

7. - Ainda que possa concordar-se com este enunciado, fica de pé a ideia de que, neste como em outros casos, o TC atuou como *tribunal político*, decidindo 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*.

E fazendo-o, como no caso em análise, 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 gratuidade 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 atualização 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 atualização das propinas face ao crescimento geral dos preços – invoca o Acórdão – configura uma *percentagem de atualização constitucionalmente admissível*, representando o *limite razoável* dentro do qual se poderá falar da lógica constitucional da *possível gratuidade* [a expressão constitucional é *progressiva gratuidade...*] do ensino superior e não a lógica do pagamento parcial dos custos do ensino superior pelos respectivos utentes.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

Ora, a meu ver, o que estava em causa não era saber se uma dada percentagem de atualização das propinas era *constitucionalmente admissível por ser razoável*: a CRP nunca fala de qualquer *limite razoável*, e ninguém sabe o que isso é. O que estava – e está – em causa é a questão de saber se a CRP admite uma qualquer atualização, ao arrepio do princípio da *progressiva gratuidade* do ensino superior, que impede o estado de retroceder no caminho já percorrido neste sentido.

Em síntese: embora proclamando que os juízes não podem ‘legislar’ no sentido de proporcionar efetivamente aos cidadãos os direitos sociais a prestações, o TC mostrou-se disponível para permitir ele próprio, enquanto intérprete e aplicador da Constituição, que o legislador ordinário *legisla* no sentido de tornar mais distante a efetivação daqueles direitos.¹⁴

8. – Mais recentemente, já no âmbito da ‘crise’ que o capital financeiro especulador ofereceu ao mundo, o TC foi chamado a apreciar a inconstitucionalidade de leis (nomeadamente leis que aprovam o orçamento de estado) que diminuíram os salários e as pensões dos trabalhadores do estado e os privaram dos subsídios de férias e de natal.¹⁵

E o TC (ver, por exemplo, o citado Acórdão 396/2011), invocando *argumentos de facto* (não de direito, sendo que dos factos não podem extrair-se normas...) como *a gravidade da situação financeira do país e o que se passa em outros países* (‘factos’ estes que carregam consigo uma interpretação da realidade que não é unívoca, quando às causas e à

¹⁴ Num aresto posterior (Acórdão nº 509/02, em *Acórdãos...*, Vol. 54^o), o TC levou mais a sério este *princípio da proibição do retrocesso social* (por vezes designado também na doutrina por *princípio da proibição da contra-revolução social* ou *princípio da proibição da evolução reacionária*), ao considerar inconstitucional um diploma legal que vinha retirar o direito (concedido por lei anterior) ao rendimento mínimo garantido (ou rendimento social de inserção) aos jovens compreendidos entre os 18 e os 25 anos de idade que dele precisassem para garantir o seu direito a um mínimo de existência condigna. O TC não seguiu a tese segundo a qual a obrigatoriedade de o legislador ordinário manter integralmente o nível de realização e os direitos por ele criados em matérias tão vastas como as abrangidas pelos direitos sociais eliminaria, na prática, a liberdade constitutiva e a auto-revisibilidade que (ainda que limitadas) constituem elementos típicos e essenciais da função legislativa. Antes parece ter dado preferência à tese segundo a qual a obtenção de um certo nível de realização dos direitos económicos e sociais significa a constituição de uma garantia institucional e de um direito subjetivo, que, por sua vez, devem ser entendidos como um limite jurídico à liberdade de intervenção do legislador ordinário. Daqui extrai o TC a conclusão de que o princípio da proibição de retrocesso social obriga a considerar limitada a liberdade de conformação do legislador ordinário (e a auto-reversibilidade que lhe é inerente) na medida em que este não pode andar para trás relativamente ao núcleo essencial dos direitos económicos e sociais já realizados e concretizados através de medidas legislativas, núcleo que deve considerar-se constitucionalmente garantido.

O TC atribui, no entanto, importância relevante (talvez demasiada) ao chamado *princípio democrático* (i.é, o respeito pelos projetos políticos que saem vencedores pela vontade popular expressa em eleições livres), de modo a garantir a possibilidade de escolhas e de opções que dêem tradução ao pluralismo e à alternância democrática. Em nome desta ideia, defende o TC que o legislador ordinário pode escolher e alterar os instrumentos adequados a garantir o direito a um mínimo de existência condigna, desde que os instrumentos criados em alternativa aos que se substituem garantam, com um mínimo de eficácia jurídica, o direito a um mínimo de existência condigna. A decisão do TC no caso em apreço resulta da convicção do Tribunal de que esta última exigência não se verificava *in casu*.

¹⁵ Podem ver-se, a este respeito, os seguintes acórdãos: Acórdão 3/2010, de 6.1.2010 (em http://www.dgaep.gov.pt/upload/Legis/2010_acordao_3_02_02.pdf); Acórdão 251/2011, de 17.5.2011 (em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110251.html>); Acórdão 396/2011, de 21.9.2011 (em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html>); Acórdão 613/2011, de 13.12.2011 (em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110613.html>).

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

natureza da crise e quanto ao conteúdo e aos objetivos das medidas adotadas para a enfrentar), tem aceitado a suspensão, a anulação provisória [quem define o que é provisório? Quando acaba a suspensão? A *ofensa provisória* de um direito social fundamental deixa de ser inadmissível por ser provisória? A tortura é admissível, a título provisório, em tempo de crise?] dos direitos dos trabalhadores do estado ao salário ou à pensão de aposentação (apesar de a CRP proclamar – art. 59º, nº 3 – que os salários gozam de *garantias especiais*), o que traduz um verdadeiro *confisco*, porque não se fala de reposição do que agora não é pago aos trabalhadores, nem se fala de indemnização destes pela ‘expropriação’ efetuada.

Devo dizer, em abono da verdade, que o TC está em sintonia com a opinião de alguns ilustres constitucionalistas portugueses que, perante a crise, vêm defendendo uma espécie de *suspensão da democracia*. Quando está em causa “a saúde pública [a ‘saúde’ da economia do país, segundo penso], a necessidade pública, a felicidade pública” – sustenta Gomes Canotilho¹⁶ – perante a necessidade de “tomar decisões” nestas matérias, “não podemos olhar a grandes rigores normativos e a rigores constitucionais”, porque “a felicidade pública é a lei superior”.

Também Jorge Miranda aceita que, perante a ‘emergência’ [não diz o que é, nem quem a declara...], alguns direitos sociais podem ser afastados [quais? Quem os escolhe? Com que critério? E porque não alguns direitos, liberdades e garantias?], formulando o voto piedoso de que sejam apenas *suspensos*, não *definitivamente perdidos*. [Quem garante que assim seja? Ou ficamos dependentes da vontade dos ‘deuses’ que declaram a *situação de emergência*, que ninguém sabe o que é, nem a CRP de lhe refere?]¹⁷

Perante a hipótese de o Tribunal Constitucional vir a declarar inconstitucional a *lei do orçamento*, Gomes Canotilho entende (entrevista referida) que seria “tapar o vento com as mãos” e Marcelo Rebelo de Sousa¹⁸ diz que *isso não passa pela cabeça de ninguém*, sugerindo que o TC está ‘condenado’ a ficar calado, a não ver razões de inconstitucionalidade, ainda que elas existam, porque, *em caso de necessidade* [Quem a define? Quando começa? Quando acaba?], o poder político (Governo, AR, PR) pode fazer tudo, para ‘salvar a pátria’, mesmo que à margem da Constituição e da lei [e que tal ‘suspender’ o funcionamento do TC, por inútil, enquanto durar o estado de necessidade? Sempre se poupava um dinheirito...].

Invoca-se a referida *principiologia* como quem invoca os poderes misteriosos de um deus oculto para ‘legitimar’ a substituição do *estado de direito democrático* (o *estado de direito constitucional*) por uma espécie de *estado de exceção*, não por decisão do povo soberano, não em conformidade com qualquer procedimento previsto na Constituição, mas por decisão, segundo *puros critérios de oportunidade*, de um governo que goza, conjunturalmente, de apoio maioritário no Parlamento. Como se não soubéssemos que o recurso aos *critérios de oportunidade* (definidos pelos ditadores em consonância com os interesses que servem e os objetivos que prosseguem) integrou sempre o arsenal das armas utilizadas pelas ditaduras.

¹⁶ Entrevista à Antena 1, em 19.10.2011 (<http://rtp.pt/antena1/index.php?t=Entrevista-a-GomesCanotilho.rtp&article=4171&visual=11&tm=16&headline=13>).

¹⁷ *Correio da Manhã*, 14.4.2012.

¹⁸ *Apud* A. M. HESPANHA, *ob. cit.*

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

É aceitar que pode haver democracia sem Constituição, i.é, sem a subordinação dos órgãos de soberania ao normativo constitucional. É converter a *exceção* em *regra de vida*. É admitir que a 'razão de estado' (a *politique d'abord*) prevalece sobre o direito, 'legitimando' o *estado de não-direito*. É legitimar a barbárie como 'lei' ditada, inexoravelmente, pela *necessidade*, porque, segundo o velho brocardo (a constituição das constituições!), *a necessidade dita a lei*. Se a necessidade for muito forte, poderá mesmo ter de se aceitar o estado fascista, porque, *perante emergências (=factos), não há argumentos...*

Esta postura (e a *principiologia* que a informa) está presente mesmo no Acórdão do Tribunal Constitucional nº 353/2012, de 5 de julho, que veio declarar inconstitucionais os artigos da lei que aprovou o orçamento de estado para 2012 que determinaram o não pagamento do subsídio de férias e do subsídio de natal aos trabalhadores do estado e aos pensionistas da Segurança Social. A razão invocada (porque a medida abrangia apenas os trabalhadores do estado) é a violação do *princípio da igualdade* (art. 13º CRP), esquecendo o TC que, antes desse princípio, em nome de compromissos assumidos pelo governo, através de 'contratos' de natureza financeira celebrados com um *grupo financeiro* constituído pelo FMI, o BCE e alguns estados-membros da UE, foram sacrificados *direitos dos trabalhadores* consagrados na CRP como *direitos fundamentais* (direito ao trabalho e à segurança no emprego, direito à segurança social, direito à retribuição do trabalho). Os preceitos constitucionais que consagram estes direitos fundamentais foram violados antes mesmo de ser violado o princípio da igualdade.

9. - Ao abrigo da versão originária da CRP (1976), cabia ao Conselho da Revolução (CR) 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.

Atualmente (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 ato 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 assente na 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

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

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, proferido na sequência de um requerimento do Provedor de Justiça pedindo 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).¹⁹

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 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 o pedido concreto acima referido, 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, diretamente 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*. Quer dizer: não pode declarar-se inconstitucionalidade por omissão em razão de 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*, entrando no campo dos *juízos políticos* e das *escolhas políticas*.

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

¹⁹ Em *Acórdãos...*, Vol. 54º.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

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. Assim sendo, 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.

10. – A realidade brasileira é, como se verá, muito diferente do que se passa em Portugal.

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 deveriam ter sido resolvidas pelo legislador ordinário. Estou a pensar, por exemplo, 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.

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.

Reconheço que, muitas vezes, o Judiciário se limita a ocupar o espaço deixado livre pela inação, pela incapacidade (ou irresponsabilidade), do Legislativo e do Executivo, ocupados por interesses que muitas vezes não coincidem com os dos cidadãos eleitores.

Mas a consciência disto mesmo não me permite aceitar que tal atuação não configura, em regra, violação clara (às vezes grosseira) do princípio da separação dos poderes. As deficiências do Poder Legislativo (e também do Poder Executivo) em termos de representatividade e de legitimidade não se resolvem pelos caminhos da *judicialização da política*, porque esta arrasta consigo a *politização da justiça*, uma e outra indesejáveis e nocivas ao desenvolvimento da democracia. A solução passa por uma reforma do sistema político (que não pode ser feita pelos tribunais), uma reforma que ponha termo ao estado de *ancien régime* (do tipo daquele que Adam Smith tinha perante si quando defendeu o *estado mínimo*), ocupado por uma elite que o utiliza como se fosse coisa sua, para se atribuir privilégios e para manter o seu estatuto privilegiado.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

11. – No que concerne ao direito à saúde, começarei por dizer que não conheço nenhum caso de um cidadão português (creio que o mesmo se passa nos outros países da Europa) que tenha ido a tribunal pedir a condenação do Executivo a adotar as medidas adequadas à efetivação do direito (individual) à saúde do requerente (fornecimento de medicamentos, recurso a meios de diagnóstico, realização de cirurgia ou outro tipo de tratamento).

No Brasil, 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”.

O meu interesse pela problemática relativa às competências dos tribunais na efetivação do direito à saúde surgiu em 2009, no dia em que o correio electrónico trouxe à minha mesa de trabalho uma sentença de um juiz alagoano que concedeu liminar, a requerimento do Ministério Público, no sentido de determinar a *contratação de educadores sociais suficientes* para garantir as atividades de ressocialização de adolescentes detidos em Unidades de Internação.²⁰

Invocando a jurisprudência do STJ, este juiz 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”.

Concedida a liminar, o Executivo cumpriu algumas das tarefas que lhe tinham sido cometidas pelo juiz. Na decisão da questão de fundo, o mesmo juiz definiu um extenso e pormenorizado *programa de ação* (com os pontos ainda não executados), 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 Económica Federal, cometendo à Secretária Estadual de Cidadania e Direitos Humanos a competência para gerir esta conta, afeta, por decisão do juiz, ao cumprimento do programa de ação por ele próprio definido.²¹

²⁰ Ação Civil Pública, Proc. nº 2.293/04, 1ª Vara de Infância e Juventude de Maceió, sentença de 06.12.2006.

²¹ É este o núcleo central do *programa de ação* definido pelo juiz: “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 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

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

Como se vê pela leitura do trecho transcrito da sentença, ela contém um verdadeiro *programa de política pública* que o juiz *definiu*, talvez sem se dar conta de que não tem competência constitucional para tanto. Como não tem competência para decidir qual o destino das verbas consignadas no orçamento: elas só podem ser afetadas aos fins públicos previstos na *lei do orçamento*, que os tribunais não podem alterar.

A fundamentação da decisão deste juiz assenta no argumento da “prioridade absoluta” conferida aos direitos das crianças e dos adolescentes no art. 27 da Constituição Federal e no art. 4 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).²² Com esta base, o juiz entende que “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 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]

Pode acontecer que os direitos das crianças e dos adolescentes, aos quais é conferida *prioridade absoluta* (conceito que não me parece fácil de definir e de tornar operacional) não estejam a ser devidamente acautelados pelas políticas levadas a cabo pelo Executivo. Mas a censura deste cabe ao Parlamento e aos cidadãos eleitores. E daquela *prioridade absoluta* não pode deduzir-se a competência do Poder Judiciário para *definir políticas públicas*. Se os tribunais enveredam por este caminho estão eles próprios a violar gravemente a Constituição e a negar o estado democrático de direito.

12. – Mas a verdade é que, neste âmbito dos direitos das crianças e adolescentes, os tribunais brasileiros têm extraído da referida “prioridade absoluta” consequências particularmente incisivas quando do atendimento e do tratamento especializado de crianças e adolescentes dependentes de entorpecentes e de drogas.

Alguns Tribunais de Justiça decidiram que, à luz do disposto na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei nº 8.069/90), o estado é obrigado a criar, instalar e manter os programas e mecanismos necessários para que os adolescentes

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 toxicômanas; 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”.

Aqui está um juiz que não se inibe de *definir políticas públicas*. Saberá ele alguma coisa destas matérias? Como Juiz, não sabe nem é necessário que saiba. Mais importante: alguém o mandatou para tal função? É claro que não.

²² Art. 227º da Constituição de 1988: “É dever da família, da sociedade e do estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão”.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

infratores em cumprimento de medidas sócio-educativas de internamento possam efetivamente beneficiar de um processo de ressocialização que permita reinseri-los na família, na sociedade e no estado. Nesta matéria, o TJ/RS 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”.²³

Em outubro de 2009²⁴, o juiz de uma Vara de Infância e Juventude de Maceió, a requerimento do Ministério Público e invocando expressamente a autoridade da jurisprudência do STF sobre a matéria, concedeu liminar em que cominava que, *no prazo de trinta dias*, o Município deveria *criar e manter permanentemente em funcionamento* um programa com o objetivo 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 do *programa de ação* que o próprio juiz definiu com grande cópia de pormenores.²⁵

As exigências da liminar foram apenas parcialmente cumpridas, pelo que, na decisão final, o mesmo juiz condenou o Município a cumprir integralmente o extenso e complexo programa definido na sentença com o objetivo de retirar de condições de miséria material e moral crianças das zonas lagunares de Maceió.²⁶ A sentença determina igualmente o

²³ TJ-RS, Ap. Cível nº 5979097906, julgado em 22.04.1998.

²⁴ Ação Civil Pública, Processo nº 090.08.500162-7, 27.10.2009. Admito que as condições sociais da cidade e da região de Maceió sejam particularmente duras, justificando por certo toda a *compreensão humana* para com o comportamento do MP e dos tribunais. Mas não é de ‘boas intenções’ que estou a tratar aqui. Esforço-me por fazer um *juízo jurídico-constitucional* sobre os arestos analisados e não um *juízo moral* sobre o comportamento das pessoas envolvidas no processo decisório jurisdicional.

²⁵ 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 ambulatorial 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”.

²⁶ Este o programa imposto pelo Juiz ao Município: “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-econômico 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 telefônico gratuito (0800) para recebimento de denúncias de abuso, exploração e violência contra crianças e adolescentes, em caráter ininterrupto (24 horas),

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

bloqueio de um milhão e quinhentos mil reais da rubrica de contingência do Município e o depósito dessa importância em conta corrente no Banco do Brasil ou na Caixa Econômica Federal, *confiando 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).

É claro, a meu ver, que não cabe na competência do Ministério Público administrar verbas do orçamento de um município. Esta sentença configura, por isso, uma insustentável usurpação dos poderes do Executivo.

Mas este juiz vai mais longe, não se coibindo de formular estes princípios de filosofia política: “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”.

É todo um ‘programa político’, por certo cheio de boas intenções, que não me custa subscrever. Mas o problema é outro: quem conferiu mandato a esse juiz para impor o ‘seu’ programa 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?

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 as 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 no 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)”.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

Em coerência com estes pontos de vista, este juiz deve considerar inadmissível que se vão gastar muitos milhões de reais nas obras indispensáveis para acolher a Copa do Mundo/2014 e os Jogos Olímpicos/2016, quando há tantas crianças a passar fome e miséria. Pode até dar-se o caso de ele ter razão. Mas, se fosse ouvido em referendo, o que diria o povo? Daria razão ao juiz? De qualquer modo, nenhum juiz (e nenhum tribunal) não pode arvorar-se em 'intérprete' da vontade do povo e muito menos pode querer impor as suas *escolhas políticas* como se fossem as escolhas do povo. Para fazer as *escolhas políticas* em *representação* dos cidadãos eleitores se elegem os parlamentos e estes aprovam os programas dos governos e a legislação que estes devem cumprir na definição e execução das políticas públicas.

13. – A leitura destes arestos estimulou-me a procurar informação complementar, que tive de limitar àquele domínio dos direitos sociais em que parece ser mais frequente a intervenção dos tribunais. Refiro-me ao direito à saúde, relativamente ao qual 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.

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*”.²⁷

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.²⁸

Em uma ação julgada em 21.08.2008, o STJ decidiu com esta amplitude: “Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado de Direito Democrático como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, *há-de superar quaisquer espécies de restrições legais*”.²⁹ [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]³⁰, deixando antever, nesta formulação, um enviesamento relativamente à filosofia do serviço público de saúde, tal como o encara a Constituição Federal 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...*, perderá rapidamente qualidade e ficará fora do normativo constitucional.

²⁷ REsp 832.317/RS, julgado em 19.09.2006, DJ 08.11.2006, 178.

²⁸ AgRg 750.966/RS, julgado em 09.05.2006, DJ 19.05.2006, 203.

²⁹ AgRg no REsp 1002335/RS, publicado em 22.09.2008.

³⁰ Ver Recurso Ordinário em Mandato de Segurança 2008/0264294-1, julgado em 02.06.2009, DJ 17.06.2009.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

14. – Em alguns dos casos submetidos a tribunal, o Executivo tem invocado a *falta de recursos públicos* para atender a pretensão de quem interpôs ação contra o estado, trazendo à colação a *teoria da reserva do possível* e tem argumentado também que, *no quadro da separação dos poderes*, é competência do Legislativo fazer as *escolhas políticas* sobre a prioridade a atribuir a cada uma das várias políticas públicas e tomar as *decisões políticas* sobre os recursos financeiros (e outros) a afetar a cada uma delas, cabendo ao Executivo, segundo critérios de *conveniência* e de *oportunidade*, o poder-dever de gerir os recursos previstos no orçamento do estado, com vista à concretização do Programa do Governo aprovado pelo Legislativo, ao qual cabe também o dever de fiscalizar a sua aplicação e de censurar o Governo, se for caso disso.

O STJ tem defendido, no entanto, que “o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador”, reconhecendo a legitimidade do Ministério Público para exigir 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”.³¹

Partindo do princípio 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*, os tribunais brasileiros (incluindo o STJ e o STF) extraem dele, 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’ é uma decisão do STF negando provimento a um recurso do Estado de Santa Catarina de um aresto do TJ do Estado que confirmava a decisão de um Juiz de primeira instância que condenara o Executivo a colocar 63 mil US dólares à disposição do requerente, dentro de 48 horas, para que ele pudesse tratar-se numa clínica dos EUA, determinando depois, perante o recurso do Estado junto do TJ, 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, sob pena de condenação pelo crime de desobediência qualificada.³²

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

³¹ 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 respetivo 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).

³² O processo (AgRegPet 1246-1-5C) está disponível disponível em www.stf.gov.br

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida»³³.

15. - Receio que se tenha ido longe demais. Não consigo entender a sobranceria que leva os tribunais a sustentar que os argumentos invocados pelo Executivo traduzem *meros interesses financeiros e secundários do Estado*, não sendo admissíveis, nestas matérias, *disputas menores* sobre a legislação, muito menos sobre *verbas*.

Esta sobranceria (que roça a demagogia) tem marcado com frequência a atuação dos tribunais nesta matéria, incluindo o próprio STF. Recordarei apenas um aresto de 2008, em que, por maioria de votos, foi negado provimento a um recurso apresentado pela União, inconformada com uma decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, contrariando a decisão do Juiz de 1ª instância, condenou a União a pagar a deslocação e o tratamento em Cuba a um grupo de pessoas que neste país pretendiam tratar-se de uma doença do foro oftalmológico, que o Conselho Brasileiro de Oftalmologia, em parecer junto aos autos, considerava não ter tratamento específico, nem no Brasil nem em qualquer outro país.

No STF, alguns ministros votaram o provimento do Recurso Extraordinário interposto pela União (RE 368564), argumentando que a deslocação a Cuba, paga com dinheiros públicos, seria inócua e alegando também que o Judiciário, em especial o STF (enquanto guardião dos valores constitucionais), não pode “definir de maneira pontual e individualizada como a Administração deve distribuir os recursos públicos destinados à saúde”.

Pessoalmente, considero muito acertada esta última observação e a conclusão dela extraída. Mas a maioria votou o não provimento do recurso, condenando a União a pagar a deslocação daqueles doentes a Cuba.

Um dos ministros começou por alegar: “Eu não posso compreender que se articule a inexistência de lastro econômico-financeiro para se negar um tratamento à saúde a um cidadão”. Apetece dizer: Que bom seria se o estado tivesse dinheiro para satisfazer todos os direitos sociais de todos os cidadãos! E justificou assim o seu voto: “*Pelo que leio nos veículos de comunicação*, o tratamento dessa doença, com êxito, está realmente em Cuba” [eu é que sublinho. AN]. Quer dizer: os jornais é que sabem de oftalmologia, o parecer do Conselho Brasileiro de Oftalmologia não é para levar a sério...

Outro dos ministros justificou o seu voto deste modo: “Eu sou muito determinado nessa questão da *esperança*. Nunca *acreditei* [eu é que sublinho, para sinalizar que esta não é matéria de fé...AN] na versão de que o tratamento em Cuba da retinose pigmentar não tinha cura, pelo contrário, eu entendo que *se eles são especialistas nisso, deve haver uma esperança com relação a essa cura*”. Em nome da fé (ou da credence) e da esperança, condena-se a União a pagar, sem ao menos se pedir um outro parecer que pudesse infirmar o do CBO. Com todo o respeito, acho que o que está em causa é demasiado importante para ser decidido com tanta ligeireza.

³³ 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]

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

O art. 196º da Constituição Federal de 1988 dispõe: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” A meu ver, o que esta norma constitucional determina, com toda a clareza, é que o direito à saúde é um *direito coletivo*, 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 econômicas, e não apenas através do tratamento na doença e da entrega de medicamentos, mas antes, prioritariamente, através de medidas que visam a promoção da saúde e a prevenção e redução do risco de doença.

Fazendo tábua rasa deste preceito constitucional, o STF parece concebê-lo, porém, como um *direito individual*, cujo cumprimento pode ser exigido diretamente através de uma ação judicial, como se os problemas relacionados com o direito à saúde fossem problemas de *justiça cumulativa* (dos quais devem ocupar-se os tribunais) e não problemas de *justiça distributiva* (cuja ponderação e solução só podem caber a órgãos políticos legitimados pelo sufrágio universal).³⁴

Os Tribunais entendem que podem dispor de dinheiros públicos (mesmo que não inscritos no orçamento da saúde) para financiar *planos individuais de saúde* (em regra de indivíduos bem colocados na vida), pouco lhes importando que, deste modo, impeçam ou dificultem o financiamento público de direitos sociais de milhares de cidadãos, de entre os mais pobres, os mais vulneráveis e os mais desprotegidos. Na síntese de Fernando Scaff, “aprisiona-se o interesse social e concede-se realce ao direito individual”.³⁵

Se as pessoas com estatuto social e com rendimento acima da média pretendem utilizar os recursos do SUS devem fazê-lo como toda a gente: vão aos centros de saúde e aos hospitais, cumprem as regras estabelecidas e esperam a sua vez de ser atendidas. Os tribunais não podem servir como porta de acesso privilegiado a uns quantos privilegiados, em prejuízo dos mais pobres, violando grosseiramente o princípio constitucional da igualdade e ofendendo a dignidade e o direito à vida e à saúde dos mais pobres, a pretexto de garantir o direito à vida e à saúde dos mais ricos.

A meu ver, o contraste entre o *direito individual* (o *interesse individual*) e o *direito coletivo* (o *interesse coletivo*) não é um “falso dilema”, como alguns querem fazer crer. Invocar o ‘sagrado nome’ da Constituição para justificar o financiamento público de planos de saúde individuais, sacrificando o direito de todos à saúde, mediante adequadas políticas sociais e econômicas, é, guardadas as distâncias, um verdadeiro sacrilégio.

16. – O STF tem igualmente decidido no sentido de não considerar ingerência do Judiciário na esfera do Executivo a imposição judicial de que o Executivo satisfaça, nos termos determinados 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

³⁴ Cfr. A. MAUÉS, “Problemas da Judicialização do Direito à Saúde no Brasil”, em *A Eficácia dos Direitos Sociais* (Org: F. SCAFF, M. REVENGA e R. ROMBOLI), São Paulo, Quartier Latin, 2010, 257-273.

³⁵ Cfr. F. SCAFF, “Direito à saúde e os tribunais”, em A. J. AVELÃS NUNES e F. F. SCAFF, *Os Tribunais e o Direito à Saúde*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2011, 109/110.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

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 de direito democrático é um estado vinculado à Constituição e à lei. Mas o STF parece querer colocar-se *acima dos poderes*, ignorando que 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 ato de um juiz que se proponha *alterar essa lei*, modificando a afetação 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 de direito democrático.

17. – O Acórdão do STF referido *supra* (nota 31) classifica como *interesse financeiro e secundário do estado* a invocação pelo Executivo da *escassez de recursos* para atender os pretensos direitos subjetivos (de todos e de cada um) a obter os tratamentos ou os medicamentos que poderiam ajudar a recuperar a saúde do demandante. E, partindo do pressuposto de que ele é um *interesse secundário e menor* (talvez até *desprezível*, por se tratar de dinheiro...), conclui o STF que ele não merece ser atendido quando está em causa o direito à saúde, o direito à dignidade humana e o direito à vida, talvez porque, como costuma dizer-se, a saúde, a dignidade humana e a vida *não têm preço*. Este poderá ser um belo discurso moralista (demagógico?), poderá aliviar a nossa (má?) consciência, mas creio que não poderá ser levado a sério, nem do ponto de vista jurídico nem mesmo do ponto de vista político.

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

Talvez possa dizer-se que nunca será *absolutamente impossível* encontrar os recursos necessários para satisfazer uma certa prestação de medicamento ou de tratamento. Mas não é isto o 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 efetiva 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

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

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, em primeiro lugar, *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 efetivos 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 políticas* que ela implica não podem ser os tribunais a fazê-las, porque *não têm, para isso, qualquer legitimidade democrática*. Tais escolhas só podem ser feitas pelos órgãos previstos na Constituição, democraticamente legitimados pelo sufrágio popular.

E é necessário, em segundo lugar, distribuir os recursos financeiros afetados à satisfação dos direitos económicos, sociais e culturais de modo a atender a cada um destes vários direitos (saúde, educação, trabalho, habitação...). E esta distribuição exige de novo *escolhas políticas*, que não cabem na competência dos tribunais.

Se tomarmos apenas o direito à saúde e se aceitarmos que ele só pode efetivar-se 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 (ou segundo os interesses das multinacionais farmacêuticas que se servem dos doentes para fazer negócio).

Os fatores que condicionam a saúde das comunidades humanas são fatores económicos, sociais e culturais muito complexos, pelo que as políticas de saúde – que devem atender a todos eles – hão-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, que a comunidade possa oferecer a *todos* os cidadãos em *igualdade de condições*.

É claro que os tribunais não têm *capacidade técnica* para equacionar e decidir estas questões. Como é claro que, nestas matérias, 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

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

forem apenas a escassa minoria que tem condições para pagar a um advogado e ir a tribunal exigir a sua satisfação).

Mais uma vez, estamos na esfera da política: a questão enunciada é uma *questão política*, que exige uma *resposta política*. E esta não pode ser pedida aos tribunais, porque tal não cabe nas suas competências enquanto órgãos de soberania. Não posso, por isso, 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 adota políticas erradas ou insuficientes, ou se não adota quaisquer políticas, o juízo sobre o seu comportamento é um *juízo político*, que só pode caber ao Parlamento e, em última instância, ao povo soberano. Esta é também a opinião de Gomes Canotilho: “O poder judiciário faz política quando se proclama como o poder de defesa dos direitos dos cidadãos contra as orientações das instituições político-representativas e quando se assume como o poder de revelação dos valores fundamentais da comunidade.”³⁶

18. – 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 ou alívio na doença.

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 afetação 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, perante a *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 (pretenso) *direito individual à saúde* para pedir a condenação do Executivo (do estado) a satisfazê-lo.

19. – 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*

³⁶ Texto de 2009 distribuído aos alunos de um seminário de doutoramento na Faculdade de Direito de Coimbra, citado por Jussara Maria Pordeus e SILVA, “Ativismo Judicial e o Papel do Ministério Público Brasileiro na Efetivação das Políticas Públicas: o caso do Amazonas”, em Umberto Machado de OLIVEIRA e Leonardo Fernandes dos ANJOS (Coords.), *Ativismo Judicial*, Curitiba, Juruá Editora, 2010, 281.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

*subjetivo à saúde (e do seu direito à vida) deve ser atendido com prioridade relativamente aos outros cuja situação o Juiz não conhece?*³⁷

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? 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?

Neste caso, por respeito ao *princípio da igualdade*, o tribunal deveria averiguar quais os doentes em lista de espera para um transplante e garantir a todos (com prioridade para os que esperam há mais tempo) o tratamento no estrangeiro. E, então, as coisas complicavam-se. Como todos compreenderemos, este tipo de soluções esgotaria rapidamente os recursos destinados à proteção e à promoção da saúde de todos e atingiria mortalmente a organização, a eficiência, e a racionalidade do serviço público de saúde, pondo em causa o *direito à saúde* e o *direito à vida* da grande maioria da população, em especial os mais pobres e indefesos.

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.

20. – Consideremos uma outra situação. 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 deferir o pedido daquela comunidade, invocando o *incumprimento da Constituição* por parte do Executivo?

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

³⁷ 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.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

entidade pública (o próprio Executivo ou outra) o encargo de gastar aquela verba no cumprimento da decisão do tribunal.

Muito menos podem os tribunais *impor ao Executivo a inscrição nos orçamentos de anos vindouros* das verbas afetas à prossecução dos objetivos políticos que eles julgam prioritários. Era o que faltava! Compete *exclusivamente* ao Poder Executivo apresentar ao Parlamento a proposta de lei do orçamento, e é *competência reservada* do Poder Legislativo a aprovação da *lei do orçamento*. Porque o orçamento traduz *opções políticas* que só os órgãos políticos do estado podem fazer, estando elas vedadas aos tribunais. Em todos os países é assim. A única competência que cabe aos tribunais (especialmente àqueles que exercem a função de tribunais constitucionais) é a de, nos termos da Constituição e da lei, declararem, se for caso disso, a inconstitucionalidade de determinadas normas da lei do orçamento.

Vamos admitir que uma decisão judicial consagra a obrigação de uma Prefeitura, um Estado ou a União inscreverem no(s) orçamento(s) de ano(s) vindouro(s) determinada verba destinadas à prossecução de objetivos que o tribunal, em seu juízo, considera prioritários. E vamos admitir também 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 orçamento – não concorda com a proposta e retira do orçamento aprovado a respetiva 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, no uso das suas competências constitucionais, os deputados recusaram por ser outra a sua *opção política*?

21. – 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, 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/ou 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 o direito à saúde e o direito à proteção do ambiente, direitos que o estado é obrigado a respeitar e a tornar efetivos. 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 pretense *direito individual* a obter do estado, gratuitamente, um determinado remédio ou tratamento médico. Mas a mesma lógica silogística em que assentam as decisões dos tribunais quando se trata de conceder, individualmente, tratamentos ou medicamentos gratuitos impõe – por maioria de razão, porque está em causa *o direito de toda uma comunidade* – 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.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

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 subseqüentes verbas para prosseguir determinados objetivos políticos.

Na minha opinião, os tribunais não podem fazer nada disto! Estas competências estão constitucionalmente reservadas ao Poder Legislativo!

22. – Em 18.10.2007, disse o Ministro da Saúde numa sessão pública: “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 da União desembolsavam 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, tinha desembolsado, só nos primeiros nove meses de 2007, cerca de US \$13 milhões no que ele chamou de “judicialização da saúde”.³⁸ Como o ‘negócio’ não parou de crescer, em 2011 a União foi demandada em 7.200 ações, que terminaram com a condenação do Governo Federal a despendar 243 milhões de reais na cobertura destes *planos individuais de saúde* oferecidos pelo Judiciário a um punhado de privilegiados.³⁹

Mas este é um ‘negócio’ ainda mais florescente ao nível dos estados e dos municípios, porque os advogados se deram conta de que é mais fácil ganhar as ações quando as entidades públicas demandadas pertencem aos escalões mais baixos.

Em alguns Estados, como o do Rio Grande do Sul, a comunicação social fala de milhares de ações envolvendo medicamentos, que comprometeram US \$13 milhões em 2006 (25% do orçamento total da Secretaria de Saúde daquele Estado), sendo que, desse total, cerca de US \$10 milhões tramitam através de bloqueio direto de dinheiro na conta corrente do Estado. E as notícias informam também que “alguns tipos de fraudes vêm ocorrendo neste processo, tal como a obtenção do dinheiro para compra de automóveis, ao invés dos alegados medicamentos”.⁴⁰

No Estado de São Paulo, os tribunais impuseram em 2010 despesas com planos de saúde individuais no montante de 700 milhões de reais, para atender cerca de 25.000 pacientes, subtraindo ao SUS quase metade dos recursos financeiros orçamentados para distribuição regular de medicamentos a toda a população paulista.

No interior de SP, há casos de pequenos municípios de 15 mil habitantes em que o pagamento de uma só cirurgia imposta pelo tribunal absorveu cerca de 17% do orçamento

³⁸ 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.

³⁹ Informações colhidas em Cristiane SEGATTO, “O paciente de R \$800 mil”, em revista *Época*, 24.3.2012.

⁴⁰ Cfr. F. SCAFF, “Sentenças Aditivas...”, *cit.*, 94.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

municipal para a saúde, mais de metade do qual foi destinado a cumprir decisões dos tribunais.

No Ceará, o Estado foi condenado a fornecer a quatro pacientes um medicamento caríssimo ainda não comercializado no Brasil, absorvendo esta prescrição dos tribunais 67% do orçamento do Estado para a compra de medicamentos básicos destinados a responder a necessidades de todos os habitantes do município de Fortaleza.

“De médico e de louco todos temos um pouco”, diz-se na minha terra. Receio que os tribunais brasileiros estejam a ser particularmente atingidos por uma espécie perigosa de ‘loucura’, a de atuar como se fossem médicos. Na verdade, em 2011, os tribunais paulistas condenaram o Estado a despende 80 milhões de reais em produtos “indispensáveis à saúde”, como: sabão de coco em pó, escova de dente, antisséptico bucal, xampu anticaspa, pilhas, copos descartáveis, chupetas, papel toalha, creme fixador de dentaduras, filtros de água, óleo de soja, creme de leite, amido de milho, farinha láctea. Parece mentira, mas é verdade, se fizermos fé na jornalista Cristiane Segatto, atrás citada.

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. Estas ‘receitas’ judiciais são receitas infalíveis para matar o SUS.

É imperioso perguntar: este tipo de atuação dos tribunais brasileiros ajuda a cumprir a Constituição ou acentua o desrespeito dela? Respondo com palavras do Prof. Fernando Scaff: “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. (...) Com estas decisões, os programas e as políticas públicas de saúde têm sido bastante abaladas financeiramente, e comprometida sua capacidade de implementação.”⁴¹

Em boa verdade, a jurisprudência corrente dos tribunais brasileiros nesta matéria traduz-se na *utilização de dinheiros públicos para satisfazer verdadeiros planos de saúde privados*. Trata-se, a meu ver, de uma *verdadeira subversão da Constituição*.

23. – A vida ajuda-nos a compreender que não é através dos tribunais que se pode melhorar o nível de realização efetiva do direito à saúde, numa lógica de *inclusão social*.

Um exemplo.

⁴¹ “Sentenças Aditivas..., *cit.*, 94.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

Um laboratório americano lançou há poucos anos no mercado um medicamento que alivia as consequências de um determinado tipo de anemia. O medicamento (que não está à venda no Brasil) não cura a doença e o tratamento de um só doente implica uma despesa mensal de 70 mil reais (840 mil reais por ano).

A cura da doença só pode conseguir-se através do transplante de medula, que custa no SUS 50 mil reais. Como é sabido, o transplante implica riscos e não garante a cura de todos os pacientes. Mas o medicamento em causa, além de não curar a doença, comporta igualmente riscos para os pacientes.

A verdade é que se tornou conhecido no Brasil um médico de um hospital de elite que receita o referido medicamento e inclui na receita a indicação de um advogado que tem ganho em juízo todas as ações interpostas para obter em juízo a condenação do estado a pagar, com dinheiros públicos, o tratamento destes doentes, que nem sequer se dão ao trabalho de procurar solução junto do SUS.

Acontece que aquele médico é pago pelo laboratório que produz o medicamento para fazer palestras sobre a doença e o tratamento. E o advogado indicado pelo médico é remunerado por uma ONG que recebe apoio financeiro do mesmo laboratório. “Isto virou uma grande indústria”, comentou o Secretário de Saúde de SP, estado que, só em 2011, foi condenado a fornecer o dito medicamento a 34 pacientes. Façamos as contas para saber quanto custa este *privilégio* garantido pelos tribunais a uns quantos privilegiados: *28 milhões e quinhentos e sessenta mil reais por ano*. Este é o montante do subsídio concedido pelos tribunais de SP, só em 2011, a tão *mafiosa indústria*. Com efeito, mais do que os pacientes beneficiados, quem mais ganha com esta ‘justiça justiceira’ são as grandes multinacionais farmacêuticas.

O escândalo é ainda maior se soubermos que um só frasco do medicamento em causa custa 35 mil reais, tanto como milhares de doses de medicamentos para combater a hipertensão, que poderiam salvar a vida a milhares de cidadãos brasileiros.⁴²

Outro exemplo, talvez ainda mais concludente para deitar por terra a lógica dos que pretendem tornar efetivo o direito à saúde através de decisões judiciais avulsas.⁴³ Suponhamos duas doenças que afetam 1,9 milhões de brasileiros (cerca de 1% da população): a hepatite viral crónica C e a artrite reumatóide. Feitas as contas, 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 ações e serviços públicos de saúde (diagnósticos, tratamentos, internamentos, cirurgias, ações de educação em saúde, vigilância sanitária e epidemiológica, entre outras).

⁴² Sobre este caso, ver Cristiane SEGATTO, *ob. cit.*

⁴³ Este exemplo é retirado 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.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

Com inteira razão, concluem os Autores do estudo em que me apoio:⁴⁴ “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”, sendo estes os mais pobres, assim esbulhados do seu *direito à saúde* e privados da sua *cidadania* e da sua *dignidade*.

Não posso evitar esta conclusão: a interpretação seguida pelos tribunais brasileiros faz da Constituição um instrumento de *exclusão social*, contrariando abertamente o objetivo de *inclusão social* que presidiu à consagração constitucional dos direitos econômicos e sociais como direitos fundamentais.⁴⁵

24. – 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.

24.1. - 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*. Tendo em consideração 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, pode um trabalhador desempregado de longa duração ir a tribunal requerer ao juiz que condene o estado a proporcionar-lhe um *posto de trabalho* que lhe permita uma *vida digna*?

Se um trabalhador está desempregado contra a sua vontade, o seu direito fundamental ao trabalho, garantido pela Constituição, não está a ser garantido. Poderá o tribunal entender que se verifica *incumprimento da Constituição* e condenar o estado a adotar as medidas necessárias para que aquele direito fundamental se torne realidade? Não sei bem como.

E se uma confederação sindical instaurasse uma ação do mesmo tipo, em nome de todos os trabalhadores que se encontrem naquela situação (e que podem ser milhões)? O que faria o tribunal? Mandava o estado criar postos de trabalho para todos os desempregados? Mobilizava recursos orçamentais para fazer executar a sua decisão? Aplicava multas ou condenava por desobediência qualificada os membros do Executivo que não proporcionassem um posto de trabalho a todos os desempregados? Provavelmente, o tribunal declarava-se incompetente. E faria bem, a meu ver. Na mesma ótica, essa deveria ser a atitude dos tribunais perante ações como aquelas que venho analisando.

⁴⁴ Cfr. MOTTA FERRAZ/SULPINO VIEIRA, *ob. cit.*, 243.

⁴⁵ “Os serviços públicos caracterizadores dos direitos sociais não foram formulados para ser desfrutados isoladamente. Foram formulados para ser desfrutados por toda a coletividade, não pela lógica da *exclusão*, mas pela lógica da *inclusão*” (cito um interessante artigo de Liana Cirne LINS, “Judicialização da Saúde e Tutela Individual: uma Crítica Processual sobre a Concretização Excludente dos Direitos Sociais”, em *Revista de Direito do Estado*, Ano 5, nºs 19/20 (jul-dez/2010), 273-292.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

24.2. - 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 adotar todas as medidas necessárias para que o serviço público de educação deixe de ser de má (ou até de 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?

Poderá dizer-se 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 – para ser coerente com a jurisprudência adotada em matéria de medicamentos – entendesse que o correto 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?

É claro que os tribunais são incompetentes para garantir a efetivação do direito à educação enquanto direito social.

24.3. – Vamos à vida buscar mais um exemplo. No último grande sismo no Haiti milhares de pessoas morreram porque viviam em barracas, em condições degradantes, em claro desprezo pela dignidade humana dessas pessoas. Vamos admitir que a tragédia tinha ocorrido no Brasil.

O MP proporia aos tribunais a condenação do estado a pagar indenizações por danos morais e materiais às famílias daqueles que viram negado o seu direito à vida porque o estado não cumpriu a *Constituição*, na medida em que não proporcionou àquelas famílias 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 correto pretender que o MP requeira ao tribunal a condenação do estado a entregar uma casa condigna aos milhares de pessoas que ficaram sem nada e aos muitos milhares que continuam a viver nas mesmas condições infra-humanas?

24.4. - Um caso extremo, para ilustrar as minhas perplexidades.

Suponhamos que todos os habitantes de todas as favelas e todos os sem abrigo 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* que nelas vivem (direitos, estes últimos, cuja satisfação goza, nos termos da lei, de *prioridade absoluta*), intentavam uma ação judicial requerendo a entrega de uma habitação condigna a cada família. Tenho para mim que a *direito à habitação* é dos que mais ligação tem com o respeito pela dignidade humana,

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

para além de ser indispensável para garantir o direito à saúde e todos os direitos das crianças a condições de vida que as salvem da fome, do analfabetismo, da mendicidade, da prostituição, da criminalidade, da degradação enquanto pessoas.

Assim sendo, o que faria o juiz? Mandaria 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 projeto de construção civil ao Ministério Público? Creio que não. Provavelmente, declarava-se incompetente. E os comentadores que aplaudem as decisões dos tribunais que concedem medicamentos gratuitos ou tratamentos no estrangeiro diriam, certamente, que os autores da ação estavam loucos ou estavam a fazer uma provocação ao estado democrático...

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

25.1. - 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 ações 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 efetivos 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 muito mais difícil encontrar defensores para esta solução. Na minha ótica, 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: estes 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. Disto se devem ocupar os Parlamentos e o povo soberano.

25.2. - Um outro exemplo. Descontentes com a morosidade da justiça, um grupo de cidadãos lhe vem requerer em tribunal 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. Perante ela, o que faria o juiz? 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. 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*.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

26. – Em 17.3.2010 o STF votou um importante acórdão sobre as matérias de que aqui me venho ocupando, cujo relator foi o então Ministro-Presidente Gilmar Mendes. Sobre ele deixarei uma breve reflexão, menos profunda do que ele merece.

26.1. - A propósito da resolução da matéria diretamente 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. 196 CF, 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 os tribunais devem resolver os casos concretos que envolvem o direito à saúde.

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 configura um *direito subjetivo público a prestações positivas do estado*, passível de garantia pela via judicial.

Na minha leitura, este aresto pode significar, até pelo particular cuidado posto na sua elaboração, uma primeira tomada de consciência, por parte do STF, de que se foi longe demais na afirmação do Poder Judiciário como ‘representante’ dos cidadãos que estão “contra as orientações das instituições político-representativas” do estado e como titular de uma espécie de “poder de revelação dos valores fundamentais da comunidade”. Oxalá não me engane neste diagnóstico. Porque tenho para mim que só a própria comunidade (ou os seus representantes eleitos) tem o direito de revelar e manifestar os seus valores fundamentais. Só o Poder Legislativo tem legitimidade democrática para formular as orientações fundamentais (as opções políticas) do estado. Só o Poder Executivo tem competência para executar as políticas públicas definidas pelo Poder Legislativo ou por ele próprio.

26.2. - O acórdão dá conta das principais questões teóricas que se levantam a este propósito, e da sua análise resulta, na minha leitura, que, na ótica do 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 CF, *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 está-lhe vedado legislar em substituição do Poder Legislativo.

Mas poderia *obrigar* os órgãos do estado competentes a legislar, ou a criar e a pôr efetivamente 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?

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

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 atuar-se com êxito no sentido de tornar efetivo 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 objetivos 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 executar já existem. Aquilo que está em causa, segundo o STF, é a legitimidade de “determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas”, legitimidade que o STF reclama, 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”.

26.3. - 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 que possa contribuir para o aumento da sobrevivência e/ou para 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 ação 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.

Muito bem. Só que o STF entende que 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*. Voltámos à estaca zero: ao contrário do que defende em tese geral, o STF acaba por aceitar que *os tribunais podem definir e executar políticas públicas*, se for *comprovada em juízo a ineficácia ou a impropriedade das políticas existentes* (políticas de saúde ou outras).

Não posso acompanhar o STF. Os tribunais não são a sede própria para se avaliar a *eficácia* ou *adequação* da política de saúde existente. Os tribunais não têm *capacidade técnica* para fazer esta avaliação. Não cabe aos tribunais decidir se uma dada política de saúde *é ou não a mais eficaz e a mais adequada*, tendo em conta os recursos que os poderes públicos competentes afetaram à política de saúde (nomeadamente através das verbas inscritas nos orçamentos votados pelos órgãos competentes). Se o tribunal entender que pode analisar estas questões e concluir que a política adotada não é a mais eficaz ou a mais adequada, *é ele que vai decidir qual é a mais eficaz e mais adequada?* Em que ficamos? Os tribunais podem ou não *definir políticas públicas*? É claro que não podem, em nenhuma circunstância.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

Para além dos seus aspetos técnicos (que um tribunal não sabe equacionar nem resolver), parece-me evidente que esta é uma *decisão política*, vedada aos tribunais. Qual o critério do juiz para decidir qual *a política mais eficaz e mais adequada*? O critério invocado pela parte interessada para justificar em juízo que a melhor política é a que satisfaz os seus *interesses individuais*? Ou o critério do próprio juiz, i.é, as suas próprias *opções políticas*, que se sobreporiam às dos órgãos do *poder político, eleitos* para o efeito e *politicamente responsáveis* pelas escolhas que fizerem e pelas decisões que tomarem?

Enquanto *órgãos de soberania*, os tribunais, num estado de direito democrático-constitucional, só têm as competências que lhes são atribuídas pela Constituição. Não podem arrogar para si próprios um qualquer “poder de revelação dos valores fundamentais da comunidade”. Não podem substituir o povo soberano, nem sequer os seus representantes eleitos democraticamente.

26.4. - Defende o STF que os Protocolos Clínicos e as Diretrizes terapêuticas do SUS não são inquestionáveis. É claro que não. 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.⁴⁶ A contestação das *decisões políticas* tem de fazer-se no terreno político. E esse papel cabe aos partidos políticos, aos sindicatos e outras organizações, cabe, constitucionalmente, ao parlamento, e cabe, por direito próprio, ao povo soberano.

No meu País, perante os ataques das políticas neoliberais, é cada vez mais frequente o povo sair à rua para contestar o encerramento de uma maternidade ou de um centro de saúde, para protestar contra a falta de um médico de família ou contra o encerramento do posto de saúde durante a noite, ou para exigir transporte gratuito dos doentes para os hospitais, ou para protestar contra a demora na obtenção de uma consulta ou de uma intervenção cirúrgica. Os partidos e os sindicatos fazem ouvir a sua voz. Os deputados intervêm no Parlamento. Mas ninguém se lembra de ir junto dos tribunais para defender

⁴⁶ Como sublinha R. A. DIAS SILVA (citado por L. C. LINS, *ob. cit.*, 285), “não é raro estabelecer-se uma situação paradoxal no contexto probatório, na hipótese, por exemplo, de um determinado medicamento, indicado por um único médico, ser capaz de derrubar todo o sistema oficial de Protocolos Clínicos, estipulado por uma equipe médica especializada e submetido à consulta pública”.

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 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, interessadas em vender na maior quantidade possível os medicamentos e os equipamentos que produzem. Há uns anos atrás, os expedientes (que ele considerou fraudulentos) desenvolvidos a propósito do combate à gripe H1N1 chamaram a atenção de um médico alemão, especialista em epidemiologia, perito em gestão da saúde, e Presidente da Comissão de Saúde da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa. Preocupado com a questão de saber se terá havido pressões da indústria farmacêutica sobre a OMS no sentido de empolar o risco de pandemia de Gripe H1N1, com o objetivo de levar os Governos a comprar doses maciças de vacinas, requereu um inquérito para apuramento da verdade, afirmando que “a falsa pandemia da gripe criada pela OMS e outros institutos em favor da indústria farmacêutica é o maior escândalo do século na Medicina”. Os jornais fizeram-se eco de que vários países europeus compraram milhões de doses que não foram utilizadas, representando o desperdício de muitos milhares de milhões de euros (na Alemanha, na França, na Holanda, na Suíça, e em vários outros países, entre os quais Portugal). Os jornais anunciaram por essa altura lucros de 5 mil milhões de euros que o ‘negócio’ das vacinas rendeu às multinacionais do setor (só a *Glaxo*, que vendeu a Portugal as vacinas contra a gripe H1N1, terá lucrado com o ‘negócio’ 2642 milhões de euros). É a história das bruxas dos espanhóis: nós não acreditamos nelas, *pero que las hay, hay...*

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

estes direitos. Por se entender que esta é uma questão política, que os tribunais não podem resolver.

26.5. – Entende também o STF que a intervenção dos tribunais no sentido da concessão de *prestações individuais de saúde* na sequência de ação interposta com este objetivo por um qualquer interessado só é admissível se a decisão favorável do tribunal *não comprometer o funcionamento do SUS*. Mas logo acrescenta que cabe ao Executivo *o ônus 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 no Brasil são já muitos milhares (apesar de os tribunais não levarem a sério o *princípio da igualdade*), comprometendo percentagens elevadíssimas dos orçamentos públicos destinados a financiar a política de saúde.

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 afetação 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.

26.6. – A posição do STF tem contra ela, a meu ver, todos os argumentos já aduzidos, decorrentes da *separação de poderes* e da impossibilidade de os tribunais alterarem as leis do orçamento aprovadas pelo Legislativo, porque os orçamentos refletem opções políticas que os tribunais não podem formular, nem alterar, nem julgar (o julgamento político não cabe na competência dos tribunais).

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 efetivação dos direitos sociais – enquanto direitos dos cidadãos a exigir do estado prestações positivas que têm sempre um custo financeiro direto – está sempre como que *naturalmente (pela natureza das coisas)* condicionada à *reserva do possível*.⁴⁷

Por outras palavras: *a concretização destes direitos está sempre dependente das escolhas políticas* quanto à afetação 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 a si próprio responsável por tornar realidade (todos) os direitos fundamentais consagrados na Constituição.

⁴⁷ Sobre esta problemática, ver Jorge REIS NOVAIS, *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

Na minha ótica, não cabe na competência dos tribunais averiguar se há recursos disponíveis para condenar o Executivo a uma certa prestação de saúde. Sempre haverá recursos, se se alterarem os orçamentos, i.é, *se se modificarem as prioridades políticas* refletidas 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*. É sempre a questão de saber se é preferível um *governo de juízes* ou um governo a cargo de *cidadãos eleitos democraticamente e politicamente responsáveis perante o povo soberano*.

27. – 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 atividade. Quando as normas constitucionais ou legais fixem pautas para a definição de políticas públicas e os poderes respetivos não tiverem adotado 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 atuação judicial pode ser concetualizada 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-constitucional.

O que é isso de o Poder Judicial *reprovar* os outros Poderes do Estado? Os poderes dos tribunais não são de origem divina, nenhuma constituição confere aos tribunais esse papel de suprema autoridade moral, não podendo 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 efetivar 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 reconhecer ao Poder Judicial o poder 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. E sempre ficaria de pé a questão de saber quais as conseqüências de tal ‘reprovação’. NENHUMA, evidentemente.

Os autores referidos colocam a atuação dos tribunais num plano de *diálogo com os demais Poderes do Estado*. Mas este ‘diálogo’ que *conteúdo* e que *significado* tem? Que eu saiba, nenhuma constituição prevê tal diálogo. Receio tratar-se, mais uma vez, da tentação de trazer os tribunais para o terreno da luta ideológica e da luta política.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

28. – A conversa já vai longa e talvez desinteressante para quem me ouve (ou para quem me lê). Perdoem-me, porém, o abuso de partilhar convosco algumas reflexões sobre uma outra decisão do STF, de 18.12.2009. É uma acção diferente das que tenho vindo a analisar, mas ela ilustra bem, a meu ver, os perigos da *judicialização da política*.

Trata-se de um 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 direto 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 afetando 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 objetivos 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

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

regras deontológicas inerentes ao exercício desta profissão. Cabe-lhes também velar por que os atos 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.

29. - Mas a ação 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, proteção 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

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

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 respetivo 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 causa

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

embaraços – e muito sérios embaraços! – ao bom funcionamento dos serviços públicos de saúde (e à própria democracia!) é a permanente intervenção dos tribunais (à margem da Constituição, na minha modesta opinião), 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 atuação 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 de 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.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

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 econômicas* 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.

30. – As perguntas que formulei e as dúvidas que atrás levantei servem apenas para traduzir a minha enorme dificuldade em acompanhar soluções como as que referi.

Como jurista-cidadão, entendo que os direitos sociais, económicos e culturais são *direitos coletivos*, pelo que a sua efetiva satisfação não pode conseguir-se corretamente 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 atuação dos tribunais não pode substituir *a definição e a execução das*

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

políticas públicas indispensáveis para garantir e concretizar os direitos envolvidos, nomeadamente os direitos económicos, sociais e culturais. Acresce que esta atuação dos tribunais, em vez de conferir maior eficiência e maior equidade às políticas públicas definidas pelo Executivo, 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*, talvez ainda mais difícil do que o acesso à saúde. 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 efetivos *para todos*, como acentuará a *desigualdade, a injustiça e a exclusão social*.

Como *direito coletivo* que é, o direito à saúde só pode garantir-se de modo efetivo, *em benefício de todos e nas mesmas condições para todos*, através da criação de um *serviço público de saúde universal, geral e gratuito*. 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 ação cívica, sindical e política.

O reconhecimento da *força normativa das constituições* foi um avanço importante do Direito Constitucional contemporâneo. E eu não quero pôr em causa nem quero minimizar a *força normativa* dos preceitos que consagram os direitos económicos, sociais e culturais.

Discordo, por isso, de constitucionalistas como Gomes Canotilho, que, perante a crise que nos assola, têm vindo a público defender que “certas formalidades constitucionais” ou mesmo “algumas garantias” podem ser *ultrapassadas* ou *eliminadas* quando estiver em causa “a saúde pública [a ‘saúde’ da economia do país, segundo penso], a necessidade pública, a felicidade pública”. Perante a necessidade de “tomar decisões” nestas matérias – argumenta Canotilho –, “não podemos olhar a grandes rigores normativos e a rigores constitucionais”: “a felicidade pública é a lei superior”.⁴⁸

A negação da força normativa da constituição equivale ao esvaziamento da própria ideia de Constituição, à ‘legitimação’ do *estado de não-direito*, o que não é um bom serviço prestado à democracia.

E discordo também de Gomes Canotilho, quando, numa conferência proferida no Recife em 1996, e tendo em conta os países que não chegaram a aproximar-se dos limiares mínimos do estado social, defende que “o catálogo generoso dos direitos económicos, sociais e culturais é apenas uma *narrativa emancipadora ilusória* ou uma *sequela de uma leitura socialista dos direitos, hoje reconhecida e experimentalmente falhada*”. [eu é que sublinho. AN]⁴⁹

⁴⁸ Cfr. *supra*, 13/14.

⁴⁹ Para uma análise crítica desta posição, ver o meu livro *As Voltas que o Mundo Dá... Reflexões a Propósito das Aventuras e Desventuras do Estado Social*, Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2011, 159ss.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

Não posso acompanhar o meu ilustre Colega na ‘condenação’ dos povos dos países menos desenvolvidos à impossibilidade de acesso aos direitos habitualmente associados ao estado social ou estado-providência. A inscrição dos *direitos económicos, sociais e culturais* nas constituições desses países como *direitos fundamentais* não pode reduzir-se a um mero expediente para *enganar os povos* com narrativas emancipadoras ilusórias ou a uma invocação patética de um ideário socialista que se diz ter ‘falhado’.

Tenho para mim que a efetivação dos direitos fundamentais – de todos os direitos fundamentais – não fica garantida pela simples consagração deles nos textos constitucionais. Tal efetivação só se consegue se se verificarem determinadas situações ao nível do jogo das forças sociais e políticas.

Estou muito consciente de que *as constituições não substituem a vida* (não substituem a luta de classes) e muito menos *fazem revoluções*. E – repito – nem sequer garantem, por si próprias, a efetiva concretização dos direitos fundamentais nelas consagrados: elas não são a árvore do paraíso, a fonte milagrosa de onde jorra em abundância o leite e o mel.

Mas esta consciência de que as constituições não são varinhas mágicas, nem são o *motor da história* não pode negar a importância, no plano jurídico, no plano político e no plano civilizacional, da consagração daqueles direitos nas Constituições dos países em referência. Esta consagração significa, desde logo, que o povo soberano quer que aqueles direitos sejam tratados como direitos fundamentais e significa, por outro lado, que os órgãos do poder político democrático devem sentir-se política e juridicamente vinculados a atuar no sentido da sua efetiva concretização. *Não se trata de enganar os povos com promessas ilusórias*. Trata-se de *ajudá-los a construir um futuro digno dos homens*.

Dito isto, gostaria de deixar claro, porém, que não me agrada nada essa forma nova de ‘*messianismo*’ que parece querer transformar 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 efetivos, por simples decisão do Poder Judiciário, todos os direitos fundamentais de todas as pessoas.

O Professor Eros Grau comenta com sabedoria esta atitude messiânica: “A Constituição não supre a utopia da transformação da sociedade. Inserida na realidade – porque o direito é um nível de realidade – a reprodução dos seus programas encontra-se limitada pela realidade. (...) Ela não pode, por si só, transformar a realidade”. Por isso ele sublinha: “As constituições são mitificadas e a busca [inútil?] da sua efetividade formal, da sua efetividade material e da sua eficácia *afoga e substitui a utopia*. Ela própria, a Constituição, é tomada como uma nova utopia. A ingenuidade com que o jurista empunha o mito da Constituição é digna dos mais autênticos *naïfs*, o que os transforma em *fiéis escudeiros do pensamento hegemónico*” [sublinhado meu. AN].⁵⁰

⁵⁰ “Realismo e utopia constitucional”, em Jacinto MIRANDA COUTINHO e Martonio BARRETO LIMA (Orgs.), *Diálogos Constitucionais – Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, 138-140.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

31. – Gostaria de continuar a conversar convosco sobre esta problemática. Mas é tempo de terminar.

Direi, em síntese, que nenhum dos direitos fundamentais que as modernas Constituições consagram pode ser visto como *direito absoluto*, como *direito sem condições ou sem limites*. Não basta que as constituições consagrem os direitos fundamentais para que todas e cada uma das pessoas os possam exercer efetiva e plenamente. Insisto: as Constituições não substituem a vida, nem resolvem os problemas coletivos dos povos, e muito menos fazem revoluções. Só os povos podem fazer a história, só o povo 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. Os tribunais não 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.

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* milhões e milhões de seres humanos. Como os magistrados que intervieram em alguns destes casos, posso compreender que estas ações 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.

Colocada assim a questão, receio que o ‘paternalismo populista’ que ressalta de muitas das decisões judiciais que me foi possível analisar seja desmobilizador da cidadania e das lutas cidadãs pela transformação do mundo, criando a ilusão (falsa, como todas as ilusões) de que tudo está bem, porque, se algo correr mal, os tribunais lá estão para, de Constituição em punho, resolver todos os problemas.

E 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 atuação 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 minha resposta é **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 da burguesia e do estado burguês. Talvez seja. Mas então só por uma rotura 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.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 08/07/2015.

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, *administrar a 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 não podem ser apenas a “boca da lei”, meros exegetas e aplicadores mecânicos da letra da lei, antes devem ser verdadeiros *criadores de direito*. 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. Mas não pode permitir que o Poder Judiciário se substitua, em certo sentido, ao *estado democrático*, assumindo-se como uma espécie de *estado tecnocrático*, um *estado acima das classes*, um ‘estado’ que se arroga o direito de, *acima dos outros Poderes*, decidir sobre todas as políticas públicas e de fazer justiça em todas as esferas que dizem respeito à *vida da cidade*, como se os tribunais fossem os *donos da cidade*.

Soluções deste tipo não são benéficas para o prestígio dos tribunais nem para a saúde da democracia. Todas as formas de estado tecnocrático carregam consigo, a meu ver, o perigo de, um dia, conduzirem à morte da política ou seja, à morte da democracia. Estou certo de que nenhum de nós quer este resultado.