

RICARDO CESAR DUARTE

**A UTILIZAÇÃO DE AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO JUDICIÁRIO:
O CASO DA EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE**

Dissertação de Mestrado

Orientação: Prof. Associado Dr. ANTONIO RODRIGUES DE FREITAS JÚNIOR

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO-SP

2016

RICARDO CESAR DUARTE

**A UTILIZAÇÃO DE AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO JUDICIÁRIO:
O CASO DA EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração “Direitos Humanos”, sob a orientação do Professor Associado Dr. Antonio Rodrigues de Freitas Júnior.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO-SP
2016**

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Duarte, Ricardo Cesar

A utilização de audiências públicas no Judiciário: o caso da efetivação das políticas públicas de saúde / Ricardo Cesar Duarte ; orientador Antonio Rodrigues de Freitas Júnior -- São Paulo, 2016.

102

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

1. Audiências Públicas. 2. Direito à Saúde.

I. Freitas Júnior, Antonio Rodrigues de , orient. II. Título.

Para Martina, que está sempre ao meu lado.

Agradecimentos

Gostaria de agradecer, principalmente à minha família, pelo apoio incondicional e pela força sempre presente.

Agradeço também aos meus queridos amigos, em especial, à Renata Gomes, Rafael Prince, Laura Brito, Osvaldo Castro e Marco Serau, por suas valiosas contribuições.

Por fim, agradeço especialmente ao Professor Freitas, primeiramente pela oportunidade e, sobretudo, pela orientação sempre precisa e pertinente.

Ricardo Cesar Duarte. A utilização das audiências públicas no Judiciário: o caso da efetivação das políticas públicas de saúde. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, janeiro de 2016.

RESUMO

Esta pesquisa pretende, no contexto da expansão do protagonismo judicial (principalmente sobre o aspecto da judicialização das políticas públicas), estudar as audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal e seus efeitos na realização do direito à saúde que, por ser um direito social, se concretiza, principalmente, por meio de políticas públicas. O objetivo é verificar se as audiências públicas realizadas sobre o tema (audiências sobre a “judicialização da saúde”, sobre o programa “Mais Médicos” e sobre a “internação com diferença de classe no SUS”) foram satisfatórias no sentido de serem capazes de criar uma sistemática de atuação para o Poder Judiciário nos casos que envolvem o controle de políticas públicas de saúde. Para tanto, realizamos a análise de obras teóricas sobre a judicialização dos conflitos, o estudo de casos concretos envolvendo a efetivação da saúde e dividimos a dissertação em quatro partes. Na primeira parte (capítulo um), abordaremos os limites metodológicos do direito positivo tradicional no que se refere à efetivação dos direitos sociais, no contexto da expansão do protagonismo judicial e da ascensão do neoconstitucionalismo, apontando como reflexo a estes desafios a institucionalização das audiências públicas. No segundo capítulo trataremos do papel que as audiências públicas assumiram no STF, destacando de forma crítica a apropriação do instituto como um canal de diálogo democrático com a sociedade civil, asseverando que sua utilização é discricionária, pontual e seletiva, atendendo assim, principalmente, a uma busca por maior legitimidade decisória. No terceiro capítulo, tendo em vista as dificuldades inerentes para a efetivação do direito à saúde e o caráter limitado que as audiências públicas assumiram junto à Corte Suprema, analisaremos os efeitos do instituto na criação do que poderíamos chamar de “política judiciária de saúde”. Por fim, no quarto capítulo, apontaremos para caminhos que visam a superação da lógica compensatória e individualista da aplicação do direito à saúde, por meio da valorização de um verdadeiro diálogo do Judiciário com a sociedade civil, alcançada somente com a realização de audiências públicas verdadeiramente deliberativas.

Palavras-chave: Direitos Sociais; Direito à Saúde; (ausência de) Efetividade; Judicialização; Audiências Públicas; Legitimidade; (ausência de) Diálogo.

Ricardo Cesar Duarte. *The use of public hearings in the Judiciary: the case of public health policies. Master Degree – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, january of 2016.*

ABSTRACT

In the context of the expansion of judicial protagonism (especially on the aspect of judicialization of public policies), this research aims to study the Supreme Court public hearings and the effects on social rights awereness. The goal is to verify if the public hearings regarding "judicalization of health," "Mais Médicos" program and "admission to differences classes in the SUS", were able to create a pattern of the Judiciary acting in cases involving control of public health policies satisfactorily. The research compreends the analysis of theoretical works on the judicialization of conflicts, case studies involving the effectiveness of health and is divided in four parts. On the first chapter the analysis will be on the methodological limits of traditional positive law, in the context of the expansion of the judicial role and neoconstitutionalism rise. On the second, the analysis will be on the role of the public hearing at the Supreme Court level. The emphases is critically pointing the institute's institucionalization as a democratic channel of dialogue with civil society, stressing that its use is discretionary, timely and selective. In the third chapter, given the difficulties inherent to the application of the right to health and the limited nature that the public hearings have taken by the Supreme Court, we will analyze the effects of public hearings in creating what we might call "judicial policy of health" . Finally, in the fourth chapter, we will point to ways to overcome the compensatory and individualistic logic of the application of the right to health through the promotion of a true judicial dialogue with civil society.

Keywords: *Social Rights; (lack of) Effectiveness; Adjudication; Public Hearings; Legitimacy; (lack of) Dialogue.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: APRESENTAÇÃO	8
Delimitação do tema e justificativa.....	9
Metodologia.....	11
1 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A QUESTÃO DA (AUSÊNCIA DE) EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS.....	13
1.1 A positivação dos direitos sociais e a sua problemática efetivação.....	15
1.2 A inadequação do positivismo clássico para lidar com as estruturas dos direitos sociais.....	20
1.3 As críticas ao “neoconstitucionalismo” e à “juristocracia”.....	24
1.4 A instrumentalização de canais de diálogos com a sociedade civil pelo Judiciário....	29
2 AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	34
2.1 Audiências públicas: breve histórico, conceito e efeitos.....	35
2.1.1 Audiências Públicas: panorama legal e sua utilização na Administração Pública e no Poder Legislativo.....	38
2.1.2 Audiências Públicas e sua utilização pelo Ministério Público e no processo judicial.....	42
2.2 As primeiras audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal e seus efeitos na cultura decisória da Corte Constitucional.....	45
2.2.1 Audiência Pública sobre pesquisas com células-tronco embrionárias.....	46
2.2.2 Audiência Pública sobre interrupção de gravidez - feto anencéfalo.....	49
2.3 Análise da Emenda Regimental nº 29/2009.....	52
3 O STF E OS DESAFIOS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....	56
3.1 Audiência Pública sobre a judicialização do direito à saúde.....	61
3.2 Audiência Pública sobre o programa “Mais Médicos”	65
3.3 Audiência Pública sobre internação hospitalar com diferença de classe no SUS.....	68
3.4 Resultados das audiências públicas sobre o direito à saúde	71
3.5 As tendências atuais de “democratização” do Poder Judiciário em matéria sanitária.....	79
3.6 É possível falar em uma “política judiciária para a saúde”?.....	82

4 AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO PODER JUDICIÁRIO: INSTRUMENTO DE DIÁLOGO COM A SOCIEDADE CIVIL OU MEIO DE LEGITIMAÇÃO?.....	86
5 CONCLUSÕES.....	91
6 REFERÊNCIAS.....	93

INTRODUÇÃO: APRESENTAÇÃO

Muito se tem falado sobre a emergência do ativismo jurídico, da judicialização da política ou, enfim, sobre o agigantamento do Judiciário.

O que se percebe, agora apontando estritamente para a realidade brasileira, é que, em uma sociedade extremamente desigual, iníqua e conflitiva, na qual persistem situações de miséria e abandono as políticas públicas parecem inadequadas e ineficientes para atender as demandas da população, temos um aumento na procura por decisões judiciais para a efetivação de direitos fundamentais “negligenciados”.

Desse modo, diante do reconhecimento de novos direitos sociais, da emergência de movimentos sociais e outros atores organizados, o que se tem é um acentuado aumento na litigiosidade. Não se trata, porém, de uma litigiosidade tradicional, que, vale lembrar, também teve seu volume expandido, por meio da ampliação do acesso aos tribunais, pela lógica de facilitação recursal, etc., e sim de uma litigiosidade que reflete reivindicações de uma sociedade desigual, ou seja, demandas por saúde, habitação, educação e moradia.

Face a essa realidade, verifica-se que o Poder Judiciário reage na forma da expansão de certo ativismo jurídico, incentivado pela percepção generalizada de que o Estado, entendido, aqui como Administração Pública, é incapaz de planejar políticas públicas de modo satisfatório.

Observa-se, porém, que esse ativismo, e as inovações metodológicas dele decorrentes, é incapaz de dirimir problemas como a falta de acesso à Justiça de uma grande parcela da população, sem falar na persistência da lentidão e, sobretudo, da ineficiência no que diz respeito à aplicação dos direitos sociais.

Esse cenário seria, em suma, um reflexo da incapacidade do modelo tradicional de jurisdição diante da emergência de novos atores sociais e da massificação dos litígios, ocorrendo assim, um descompasso no sistema judiciário, por conta da incompatibilidade estrutural entre sua arquitetura e a realidade socioeconômica sobre a qual tem de atuar (FARIA, 2010).

Explicamos: a forma tradicional de aplicação de jurisdição seria entendida como a substituição dos particulares pelo Estado nos casos em que há conflito, ou seja, as partes

abdicam de seu poder de autocomposição (por meio da violência, apenas) e o entregam ao Estado, que, em contrapartida deve garantir o tratamento desses conflitos por meio da aplicação do direito positivo, expresso em leis reconhecidas por todos. Na ideia de jurisdição, o Estado assume o monopólio da aplicação da justiça (e da violência) de modo a pacificar a sociedade.

Contudo, esse modelo só pode funcionar bem se aplicado numa realidade tradicional-liberal, na qual a justiça estatal é acessível àqueles particulares que procuram solucionar conflitos contratuais, de propriedade, ou seja, conflitos com uma lógica de “credor-devedor”.

Pretendemos apontar que essa perspectiva tradicional liberal ainda não foi superada em relação à aplicação dos direitos sociais, de modo que as inovações hermenêuticas (consistentes no neoconstitucionalismo e no pós-positivismo, inclusive) advindas do fortalecimento do papel do Poder Judiciário, no geral, e a utilização das audiências públicas, em especial, não são capazes de proporcionar uma verdadeira efetivação do direito à saúde, conforme será apresentado a seguir.

Delimitação do tema e justificativa

O propósito dessa pesquisa consiste na análise do emprego das audiências públicas pelo Supremo Tribunal Federal e os seus efeitos na aplicação do direito à saúde, aqui entendido como um direito fundamental de 2ª dimensão, ou um direito social.

A escolha do direito à saúde se deve a sua importância, tanto pela magnitude dos gastos envolvidos¹, como pelo fato de que sua efetivação representa, de forma clara, os desafios hermenêuticos apresentados nesta dissertação.

Pretendemos, no contexto da expansão do protagonismo judicial, verificar se a utilização das audiências públicas, numa perspectiva estruturalista dos direitos humanos²,

¹ Ver, por exemplo, “União prevê gasto de R\$ 3,9 bi com ações de medicamentos”, Valor Econômico - 15/04/2014, disponível em: <<http://www.idec.org.br/em-acao/noticia-consumidor/unio-preve-gasto-de-r-3-9-bi-com-aces-de-medicamentos>>, acessado em 10/12/2015.

² Considera-se perspectiva estruturalista aquela que se preocupa com as estruturas socio-econômicas e os interesses que as compõem. Trata-se, portanto, de uma perspectiva que tenta afastar o direito da visão racionalista e intimista do direito positivo, afinal, “... se o direito não se propõe a tratar de estruturas, mas apenas se preocupa com esquemas lógicos e autointegrados, o máximo que se pode almejar são as

proporciona uma superação da lógica tradicional do direito, que seria essencialmente compensatória e, como tal, preocupada em “dar a cada um o que é seu”, para dar lugar a um modelo capaz de ampliar a efetivação desses direitos (não só sob uma perspectiva coletivista, mas também inclusiva).

Verificaremos, mais especificamente, se a audiência pública, como um instrumento de diálogo, é capaz de proporcionar ao Judiciário uma maior legitimidade para tratar do controle de políticas públicas de saúde num contexto de interlocução entre os Poderes e a sociedade civil.

Para tanto, analisaremos as dificuldades interpretativas colocadas pelos direitos sociais e a institucionalização das audiências públicas, entendida aqui como uma reação a estas dificuldades interpretativas. Desse modo, escolhemos como objeto de análise as audiências públicas convocadas pelo Supremo Tribunal Federal, justamente por este órgão ser um verdadeiro “Tribunal de Cúpula” e, portanto, principal fonte de modelos para a administração de justiça em geral, bem como por ele ser o principal fomentador da prática de convocação das referidas audiências.

Já adiantamos que as conclusões das perguntas levantadas foram negativas. Contudo, entendemos que essas conclusões não representam uma inadequação da audiência pública como instrumento capaz de superar a abordagem individualista dos direitos sociais, tratando-se, na verdade, de um subaproveitamento (ou desvirtuamento) do instituto, para que se perpetue um modelo de adjudicação de justiça (judiciária) cômoda – na medida em que as estruturas econômico-sociais continuam inalteradas – e pautada pela reafirmação do poder decisório dos juízes, no sentido de estes serem legitimados para decidirem sobre a aplicação de políticas públicas, ainda que de forma individualista.

Por este motivo, verificamos que os efeitos das audiências públicas realizadas pelo STF na efetivação das políticas públicas de saúde têm sido, na melhor das hipóteses, apenas incidentais, pois, ainda que sejam reflexos diretos da realização de audiências públicas, as iniciativas do Poder Judiciário, como a criação do Fórum da Saúde, por exemplo, estão, ainda, muito centradas no papel dos juízes e preocupadas com a resolução de processos, não sendo, portanto, capazes de produzir projetos de lei, ou outras iniciativas

compensações interindivíduos ou intergrupos. Da afirmação positiva dos direitos objetivos surgem pretensões, direitos subjetivos de uns perante outros. De início, parece ser possível fazê-lo ao nível individual. Fazer justiça na tradição civil do século XIX é fazer com que indivíduos desvantajados no processo de trocas ou na vida civil tenham acesso a compensações” (SALOMÃO FILHO, 2012, p. 538).

globais, que envolvam efetivamente diversas instituições, que têm sido consultadas apenas em caráter subsidiário, para legitimar certas decisões e escolhas políticas.

O que pretendemos, enfim, é propor um questionamento da forma de utilização das audiências públicas pelo Poder Judiciário, destacando o que seria uma apropriação do instituto para fins de legitimação de decisões que ainda replicam um conceito de justiça compensatória e individualista, sobretudo no âmbito do direito sanitário.

Metodologia

Antes de adentrar, propriamente, o tema desta dissertação, apresentaremos, por meio da análise de obras doutrinárias (fontes primárias), um relato sobre o atual papel do Judiciário e o seu protagonismo em relação aos demais poderes, no que diz respeito à aplicação de políticas públicas. Isso significa dizer que tentaremos traçar um panorama em que ocorre uma “supremacia judicial” e o incentivo a esse comportamento, tratando casos de ativismos judiciais como “histórias de sucesso”.

Em relação às audiências públicas, discorreremos, brevemente, sobre o papel histórico do instituto, para que possamos entender melhor qual é o alcance do instrumento e sua importância como ferramenta de participação popular.

Analisaremos, em seguida, as próprias audiências públicas junto ao Supremo Tribunal Federal, com foco em duas das primeiras audiências realizadas (sobre a lei de biossegurança e sobre o aborto de feto anencéfalo) e os seus efeitos na cultura decisória do referido Tribunal.

Posteriormente aprofundaremos a análise sobre o “*modus operandi*” da realização das audiências públicas em questões sobre o direito à saúde no STF, com foco na legislação pertinente e sobre as formas de convocação da audiência, de determinação dos participantes, de exposições e seus reflexos nos processos pertinentes.

O objetivo, aqui, é verificar, de modo prático, qual é o real efeito da realização das audiências sobre a “judicialização da saúde”, sobre o programa “Mais Médicos” e sobre a “internação hospitalar com diferença de classe no SUS” na aplicação do direito fundamental à saúde. Assim, analisaremos acórdãos e demais iniciativas decorrentes dessas

audiências, de modo a avaliar qual é o impacto concreto das decisões judiciais produzidas após as audiências nas políticas públicas de saúde.

Para tanto, consultaremos votos proferidos em processos já julgados, extratos de movimentação processual, transcrições e pronunciamentos disponíveis, principalmente, nos veículos de comunicação oficiais do Supremo Tribunal Federal (fontes secundárias).

Por fim, diante da perspectiva crítica da pesquisa, analisaremos, também, obras doutrinárias que propõem alternativas à falta de diálogo entre os julgadores e a sociedade civil em questões que envolvem controle de políticas públicas, indicando um novo papel para as audiências públicas junto ao Poder Judiciário, para que este instrumento se torne verdadeira ferramenta de deliberações democráticas dentro do processo judicial de controle de políticas públicas.

1. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A QUESTÃO DA (FALTA DE) EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Podemos afirmar que, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, “o Judiciário se restringia, basicamente, a dirimir litígios privados e a prestar jurisdição penal” (SARMENTO, 2010, p. 152). Deste então, ele passou a ocupar uma posição cada vez mais central e visível na política nacional.

Isso se deve ao fato de que, na esteira do constitucionalismo do pós 2ª Guerra Mundial, que regulamentou o advento do “*Welfare State*”, a Constituição de 1988 deixou de ser pouco mais que “uma folha de papel”³, para se tornar um documento repleto de “normas impregnadas de elevado teor axiológico, que contêm importantes decisões substantivas e que se debruça sobre uma ampla variedade de temas que outrora não eram tratados pelas constituições, como a economia, as relações de trabalho e a família” (SARMENTO, 2013, p. 78).

Para tanto, a prática do direito constitucional no país precisou passar por uma verdadeira mudança de paradigma quanto ao positivismo constitucional: atribuiu-se normatividade à Constituição Federal, para que ela tivesse aplicabilidade plena e imediata, tornando-se o Poder Judiciário o responsável pela concretização desses “novos” direitos constitucionais (BARROSO, 2006, p. 295-296).

Consequentemente, o papel dos juízes mudou de forma significativa, uma vez que, diante desse novo perfil constitucional e dos problemas crônicos de nossa sociedade (ainda essencialmente desigual), ocorre uma verdadeira ascensão política do Poder Judiciário, que passou a ser o responsável, por meio da expansão da judicialização, pela efetivação das normas constitucionais, sobretudo no que diz respeito à implementação de políticas públicas.

Vale dizer que, nesse cenário, os juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado, responsável pela exegese neutra dos códigos jurídicos, e passaram a desempenhar um evidente papel político, dividindo espaço com o Legislativo

³ Nos termos da clássica expressão de Ferdinand Lassalle (“O que é uma Constituição?”, 1933 – disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao1.html>>, acessado em: 18/12/2015).

e o Executivo (BARROSO, 2006, p. 23), o que acarretou uma mudança substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais.

Nesse sentido, é importante destacar que o protagonismo judicial não é um fenômeno brasileiro, mas verdadeiramente mundial. Com a judicialização da “mega política” em escala global, diversas cortes constitucionais nacionais passaram a decidir sobre variados temas de extrema importância social, como liberdade de expressão, direitos reprodutivos, privacidade, educação e imigração (HIRSCHL, 2008, p. 2)⁴.

Enfim, parece-nos que, diante de um contexto de completo descrédito da nossa sociedade com a política tradicional, restou ao Poder Judiciário, pelo menos na visão de operadores do direito e daqueles que buscam uma decisão judicial, o papel de concretizar os direitos constitucionais e de tornar nossa sociedade menos desigual, por meio de uma aplicação pós-positivista do direito, consistente na abertura valorativa do sistema jurídico, na consciência da força política judicial e na consequente criação do direito por meio de decisões nos casos concretos (FERNANDES; BICALHO, p. 114, 2011).

Seria possível afirmar, inclusive, que esse novo papel assumido pelo Judiciário, no que diz respeito a questões políticas centrais, é aceito pela sociedade civil bem como pelos atores políticos em geral, na medida em que o Judiciário, por sua posição privilegiada no arranjo institucional dos Poderes, mais afastada (em tese) de ideologias políticas, seria um fórum mais apropriado para enfrentar estes temas polêmicos.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso,

(...) o constitucionalismo democrático é a utopia que nos restou. Uma fé racional que ajuda a acreditar no bem e na justiça, ainda que não estejam ao alcance dos olhos (BARROSO, Curso de Direito Constitucional Contemporâneo *apud* SARMENTO, 2013, p. 84).

Podemos concluir, dessa forma, que o Judiciário, diante de tais circunstâncias e na medida em que incorpora métodos e estilos hermenêuticos mais dinâmicos e flexíveis à

⁴ Tradução livre, do original: “(...) *the judicialization of politics worldwide has expanded its scope beyond flashy rights issues to encompass what we may term 'mega-politics' – matters of outright and utmost political significance that often define and divide whole polities (...) armed with newly acquired judicial review procedures, national high courts worldwide have been frequently asked to resolve a range of issues, varying from the scope of expression and religious liberties, equality rights, privacy, and reproductive freedoms, to public policies pertaining to criminal justice, property, trade and commerce, education, immigration, labor and environmental protection*”.

prática judicial, numa tentativa de interpretar normas vagas, abertas, plenamente eficazes e exigíveis, tendo em vista essa nova perspectiva pós-positivista/neoconstitucionalista, assume uma importância central no atual ambiente institucional brasileiro, o que implica, também, um debate sobre a extensão de seus poderes.

Afinal, uma vez que a atuação judicial torna-se essencial para a definição de questões socialmente controvertidas e/ou tecnicamente complexas, que vão da constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias à validade de políticas públicas na área da saúde, é natural que se crie não só uma disputa sobre a legitimidade do exercício deste poder contramajoritário por magistrados não eleitos, como também se acirre o debate sobre os métodos de interpretação constitucional.

É nesse contexto, de protagonismo judicial e da conseqüente discussão sobre os poderes dos juízes, que pretendemos analisar a problemática realização do direito (social) à saúde, cuja estrutura, ao nosso ver, não foi compreendida pelos diversos atores sociais, aqui incluídos tanto o Poder Público como a sociedade civil.

A falta de uma compreensão aprofundada desse direito levaria a uma ineficiência crônica em sua implementação, que nem mesmo o ativismo jurídico – da forma como é aplicado hoje, ainda “preso” a uma perspectiva compensatória e “intimista” – é capaz de dirimir, pois, como veremos a seguir, ele é parte do problema.

1.1 A positivação dos Direitos Sociais e os desafios para a sua efetivação

A história da afirmação dos direitos humanos fundamentais é contada em dimensões. Para fins didáticos, costuma-se esclarecer que, primeiro, foram consagradas a igualdade formal e a proteção dos direitos civis e políticos (chamados de direitos fundamentais de 1ª dimensão) e, em conseqüência do reconhecimento da inutilidade dessa isonomia, que tomava patrões e operários como contratantes perfeitamente iguais em direitos, surgem os chamados “direitos econômicos-sociais”, direitos fundamentais de 2ª dimensão. Estes direitos se conformam, após a organização e a luta da classe trabalhadora (ou seja, a classe explorada) e visam proteger a saúde, a educação, o trabalho, enfim o próprio bem-estar social.

Neste ponto, vale uma pequena digressão para esclarecer que entendemos que os direitos fundamentais têm origem nas transformações sociais pelas quais passa a humanidade, ou seja, eles são fruto das demandas e necessidades do homem em virtude da sua existência, sobrevivência e desenvolvimento histórico. Por isso preferimos falar em dimensões, e não gerações, pois o conceito de geração pode indicar que há uma superação dos direitos fundamentais anteriores. Ocorre que, muito pelo contrário, justamente por serem essencialmente históricos, os direitos fundamentais estão em constante mutação e encontram-se muitas vezes sobrepostos, o que significa que a dimensão anterior não é abandonada, mas continua a ser válida e exigível.

Verificamos, então, que vigora a compreensão de que haveria ao menos três dimensões consolidadas de direitos fundamentais: os direitos fundamentais de primeira dimensão, oriundos do pensamento liberal do século XVIII, que por sua vez, possuem forte caráter individualista, além de exigirem uma abstenção do Estado (OLIVEIRA, 2007). São os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade, à participação política, entre outros direitos que são comumente referidos como direitos civis e direitos políticos.

Entre os direitos fundamentais de segunda dimensão estão os direitos sociais, culturais e econômicos, que encontram sua gênese no século XIX, notadamente a partir da percepção de que a formal consagração dos direitos à liberdade e à igualdade não implicavam necessariamente a sua realização do ponto de vista substancial. Para a realização dessa categoria de direitos fundamentais, que inclui os direitos à saúde, à educação, ao trabalho, assistência social, seriam exigidas intervenções ativas, como o planejamento e execução de políticas públicas (OLIVEIRA, 2007).

Por sua vez, os direitos fundamentais de terceira dimensão são construídos em torno da titularidade coletiva ou difusa de um certo elenco de direitos, fruto de reivindicações e destinados à proteção de grupos humanos, povos, nações, coletividades regionais ou étnicas, constituindo direitos dessa dimensão o direito ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente e à qualidade de vida, por exemplo (OLIVEIRA, 2007).

No que se refere aos direitos sociais, temos que, por justamente serem normas que se contrapõem aos direitos civis e políticos, por serem uma resposta ao liberalismo clássico e ao capitalismo predatório, que caracterizou o século XIX e início do século XX, sua

realização pressupõe a existência de um governo forte, capaz de intervir e planejar políticas públicas de saúde, educação, etc.

Nesse ponto discordamos, portanto, de Fábio Konder Comparato, para o qual os direitos humanos de proteção ao trabalhador são anticapitalistas e, “por isso mesmo, só puderam prosperar a partir do momento histórico em que os donos do capital foram obrigados a se compor com os trabalhadores” (2011, p. 67). De fato, os direitos econômicos e sociais só prosperaram quando houve negociação entre os donos do capital e os empregados, contudo, não se trata de direitos essencialmente anticapitalistas, mas sim de direitos que foram cedidos pela classe dominante para que o capitalismo sobrevivesse à ameaça comunista.

Assim, com os direitos sociais, há uma clara mudança no papel do Estado: de uma postura negativa, de não intervenção, passa a ser necessária uma postura positiva, planejadora e intervencionista, de tal modo que a própria fonte de legitimidade do Estado contemporâneo passou a ser sua capacidade de realização de programas sociais, em radical oposição aos objetivos fundamentais do Estado liberal tradicional, que se legitimava pela produção de normas que privilegiavam a igualdade formal e a autonomia individual.

É interessante destacar que para alguns autores (SANTOS *et al*, 1995), pelo menos em um primeiro momento, os tribunais ficaram à margem dos grandes debates e lutas políticas sobre o modelo ou padrão de justiça distributiva, ou seja, as normas que distribuem direitos e responsabilidades, a ser adotado na sociedade advinda da ascensão do Estado intervencionista. Isso teria decorrido justamente do fato de os tribunais estarem restritos à administração da justiça retributiva (basicamente penal, punitiva), de tal modo que tiveram de aceitar como dados os padrões de justiça distributiva trazidos pelos outros poderes.

Nesse contexto, podemos dizer que a justiça retributiva se transformou numa questão de direito, enquanto a justiça distributiva passou a ser uma questão política, o que, no nosso entender, pode ajudar a explicar as dificuldades metodológicas enfrentadas na efetivação desses novos direitos, conforme veremos no decorrer do capítulo.

Prosseguindo em nossa análise, podemos afirmar, ainda, que os novos direitos sociais diferem da natureza dos antigos direitos subjetivos (os tradicionais direitos civis e políticos) não apenas por seu aspecto coletivo, mas também por exigirem remédios jurídicos distintos.

Assim, temos que, com o Estado de “bem-estar social”, a igualdade somente é possível por meio de amplas condições de acesso à cidadania, de tal modo que os direitos sociais seriam essencialmente promocionais, ou seja, indutores de políticas públicas. Desta perspectiva, a função do Poder Judiciário seria alterada para ir além do julgamento de condutas certas ou erradas com base na lei, passando a incluir também o exame da concretização dessas políticas de promoção de cidadania, o que de certa forma, politizaria o juiz (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 18).

Nesse sentido, há uma clara mudança no papel do próprio direito. Ele deve ir além da racionalidade positivista tradicional, que reconhece e declara direitos, dentro de uma lógica bilateral – credor/devedor, para um direito que deve ao menos fiscalizar a implementação de políticas públicas. É justamente neste ponto que “o papel do direito é constantemente colocado à prova, visto que, na tradição liberal, a implementação de políticas públicas nunca foi matéria afeita aos profissionais do direito” (SILVA, 2008, p. 588).

Podemos dizer que a interpretação jurídica tradicional (positivista clássica) desenvolveu-se destacando que caberia à norma, como um relato genérico e abstrato, a solução jurídica para os problemas da vida em sociedade. Ao juiz, intérprete neutro da lei, caberia, por sua vez, apenas a identificação do código e da regra a ser aplicada ao caso concreto, de tal modo que o operador do direito realizaria apenas uma atividade técnica, sem maiores juízos de valores.

Desse modo, o que acaba ocorrendo é a simples transposição da racionalidade tradicional do positivismo jurídico para a aplicação dos direitos sociais, ou seja, há apenas uma subsunção simplista da norma (no caso, a Constituição) ao fato (por exemplo, a carência de um direito, como o acesso a medicamento), no seguinte sentido: visto que a constituição garante, por exemplo, um direito à saúde, se uma pessoa não tem acesso a determinado tratamento médico ou a determinado medicamento, então, é a função do Judiciário garantir que essa pessoa receba o tratamento e o medicamento necessários (SILVA, 2008, p. 588).

Nota-se, assim, que os operadores do direito falham em não perceber que uma política pública é um conjunto de decisões e leis de natureza variada, de tal modo que a falta de reflexão sobre o complexo de normas que aí se entrelaçam pode ser fonte de

trágicos mal-entendidos (LOPES, 2010, p. 131), que por sua vez, podem levar a uma aplicação insuficiente da política pública, o que no limite, acabaria inviabilizando-a.

Ou seja, essa racionalidade jurídica tradicional parece ignorar que as políticas públicas envolvem a elaboração de leis programáticas, que tratam de orçamentos, de despesas e receitas, isso sem falar da realização e da fiscalização dos atos concretos de execução de tais políticas públicas, exercidos, por sua vez, por órgãos administrativos diversos.

Diante desse “despreparo” dos operadores do direito, em vez de ocorrer um aprimoramento e uma fiscalização das políticas públicas implementadas pelo Estado, a resposta judicial, ainda que carregada de uma nova semântica advinda desse novo comportamento pós-positivista (conceitos como: sopesamento de princípios, reserva do possível, entre outros), acaba por perpetuar um modelo que privilegia decisões casuísticas e compensatórias, o que leva aos resultados apontados por Calixto Salomão Filho:

Em uma realidade como essa, compensações levam a dois resultados paradoxais: (a) políticas públicas dificilmente podem ser implementadas através do direito, pois as compensações são atribuídas pelas decisões judiciais de forma casuística e nem sempre coordenada e coerente; (b) é difícil conseguir através do direito a transformação econômica e social, pois compensações sempre serão insuficientes para fazer frente às desigualdades (2012, p. 539)

Em igual sentido, podemos dizer que a nova percepção do papel do Judiciário na concretização de direitos acompanhada de possibilidades inovadoras no campo da adjudicação constitucional tem afetado a percepção (correta) de que a cidadania só é verdadeiramente alcançada por meio de efetivas alterações estruturais de cunho econômico, político e social, e não por meio de decisões judiciais, que seriam essencialmente subsidiárias em relação a matéria de políticas públicas (BUCCI, 2009, p. 2).

Nesse cenário, cria-se uma evidente sobrecarga de expectativas em relação às reais possibilidades da enunciação constitucional dos direitos, em detrimento de outras condicionantes de cunho político. No nosso entender, isso acaba por aumentar a

inefetividade dos direitos sociais, porque, no atual modelo, casuístico e com excesso de expectativas, os resultados produzidos pela judicialização são, quando muito, incidentais.

Pois, diferentemente da política, o direito não consegue atuar de modo direto na implementação dos direitos sociais, ocorrendo nesse contexto, uma dependência do sistema jurídico em relação ao poder político para que suas decisões tenham resultado concreto (CORREIA, 2014, p. 120-121).

1.2 A inadequação do positivismo clássico para lidar com as estruturas dos direitos sociais

Conforme apontado na seção anterior, é clara a falta de efetividade dos direitos sociais. Ocorre, contudo, que a sociedade civil, pelo menos no momento da democracia brasileira, tende a perceber que a causa dessa inefetividade é culpa quase exclusiva da má execução das políticas públicas.

Diante dessa percepção, há uma tendência, entre os ativistas de direitos humanos e dos próprios cidadãos que necessitam dessas políticas públicas de se voltarem para o Poder Judiciário para a declaração formal, isto é, o reconhecimento, e a efetivação dos direitos sociais. Ocorrendo, então, uma verdadeira aposta na consolidação do sistema de justiça como uma arena de lutas e espaço de conquistas políticas para os movimentos sociais.

Essa tendência levaria a uma valorização excessiva das inovações jurisdicionais e dos instrumentos de participação no interior do processo jurídico, o que acabaria por produzir discursos legitimadores a respeito do “potencial democrático” de institutos como a audiência pública (VESTENA, 2010, p. 31).

Entendemos que essas expectativas são fruto direto do apego que os movimentos sociais em geral têm à formalização ao papel do Judiciário, de tal modo que determinado direito (social ou não) só poderia ser efetivado se formalmente declarado (reconhecido) pelos órgãos judiciais (KENNEDY, 2002, p. 110)⁵.

Podemos dizer, ainda, que, de certo modo, há uma verdadeira transferência de responsabilidades políticas, na medida em que os representantes políticos, em muitas

⁵ No original, em inglês: “(...) *strong attachment of the human rights movement to the legal formalization of rights and the establishment of legal machinery for their implementation*”.

ocasiões, parecem preferir que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, evitando assim a ocorrência de desgastes na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas, por exemplo (BARROSO, 2013, p. 230).

Assim, diante desse clamor social, caberia ao Judiciário pensar em formas de se adequar às novas demandas da sociedade civil, inclusive no que diz respeito às estruturas e modelos de operação do sistema processual de adjudicação tradicional. Nesse contexto, ocorre a emergência de uma nova forma de interpretar o direito, consistente na postura “pós-positivista” (já brevemente apontada), que, por exemplo, “resgata” a abertura valorativa do ordenamento e expande a exigibilidade normativa para os princípios, além de estruturar o neoconstitucionalismo (FERNANDES; BICALHO, 2011).

E mais: diante dessa conjuntura, há uma evidente expansão do ativismo judicial em conjunto com (e por meio da) “juridificação”, que consistiria na “expansão, diversificação e sofisticação dos mecanismos pelos quais os poderes públicos, especialmente o Poder Judiciário, passaram a intervir nas relações sociais, habitualmente concebidas como pertencentes ao domínio do mercado ou dos costumes” (SCHWARZ, 2010, p. 2).

Este ativismo jurídico, mais que uma resposta às novas demandas criadas pelos direitos sociais, seria uma espécie de autoritarismo⁶, no sentido de que há uma tendência de, nas questões de justiça alocativa, tentar impor a justiça judicial como a única possível.

Parece-nos que o Judiciário tem pretensões de substituir a política e a economia como instrumento capaz de, utilizando uma definição clássica, definir “quem recebe o quê, quando e como” (“*who gets what, when, and how*”). Isso não quer dizer que não caiba ao direito um papel nesse processo de distribuição, afinal, como será visto mais a frente, essa é a consequência da própria perspectiva estruturalista. Contudo, no atual cenário de ativismo judicial “despreparado” o que ocorre, na verdade, é a substituição (no que se refere a questões de justiça alocativa, ou seja, aquela justiça que define a distribuição de bens escassos e de deveres) das instituições que promovem uma justiça “local” (ELSTER, 1993, p. 2) pelo voluntarismo da justiça judiciária, pautada pela lógica compensatória e que

⁶ Entendemos que a reação do Poder Judiciário diante dos desafios propostos pela massificação dos litígios representados, neste contexto, pela expansão do chamado “pluralismo jurídico” e pela ameaça ao “monopólio da jurisdição”, consiste na expansão do ativismo judiciário em conjunto com (e por meio da) “juridificação”, que seria uma intensa expansão das regras do direito sobre as condutas humanas “em proporções geométricas e na diversificação e sofisticação dos mecanismos jurídicos pelos quais o poder público passou a interferir em relações sociais, histórica e originalmente concebidas como pertinentes ao domínio do mercado e da tradição” (FREITAS JÚNIOR, 2013a).

muitas vezes ignora a existência de critérios técnicos, por exemplo, inerentes às políticas públicas.

Voltando à questão da expansão do ativismo judicial, verifica-se que, no que diz respeito à interpretação constitucional contemporânea (neoconstitucionalismo pós-positivista), entendida aqui, como interpretação das normas sobre direitos sociais, tradicionalmente programáticas, o intérprete percebe a norma jurídica de modo diferente: o enunciado normativo (abstrato) não se confundiria com a norma jurídica propriamente dita, uma vez que a norma jurídica seria a realização do próprio direito, fazendo do intérprete copartícipe do processo de criação do direito (BARROSO, 2010, p. 162-163).

Para os teóricos dessa nova interpretação constitucional, pautada por certa dose de ativismo jurídico, esses novos papéis reconhecidos ao intérprete e à norma seriam inevitáveis, na medida em que seriam fruto da complexidade inerente à vida moderna, assinalada pela pluralidade de projetos existenciais e de visões de mundo.

Neste ponto, convém esclarecer que consideramos o ativismo jurídico não somente o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento (RAMOS, 2013, p. 129). Também configuram “ativismo jurídico”, para os fins desta dissertação, todas as opções interpretativas mais voluntaristas, que visam contrapor o positivismo jurídico clássico, tais quais o “neoconstitucionalismo”, entendido como um modo proativo de interpretar a constituição, e, inclusive, a instrumentalização de institutos como a audiência pública.

É interessante notar que, para Luiz Werneck Vianna, Marcelo Baumann Burgos e Paula Martins Salles (2007), a projeção do papel do juiz em quase todos os aspectos da vida social não seria derivada das “pretensões de ativismo judicial”, mas sim de processos mais complexos e permanentes, advindos da regulamentação do “capitalismo organizado” (“*Welfare State*”). Vale dizer que, por conta da natureza aberta, indeterminada e programática desse novo constitucionalismo, a “invasão do direito” em direção ao social ocorreria de modo quase natural, em substituição ao Estado, principalmente nos setores mais vulneráveis.

Thamy Pogrebinski, por sua vez, afirma que “à medida que avança a tese da judicialização, ganha corpo a crença de que esta teria como causa e efeito a crise da representação” (2011, p. 3).

Para a autora, seria equivocado, no entanto, atribuir a expansão do Poder Judiciário ao suposto “vácuo normativo” deixado pelo Poder Legislativo, uma vez que o Supremo Tribunal Federal procuraria exercer sua função contramajoritária de modo parcimonioso, o que, por sua vez, contribuiria, para o fortalecimento da vontade majoritária expressa pelas instituições representativas (POGREBINSCHI, 2011, p. 9).

Nesse sentido, haveria, na verdade, a adoção de uma postura “corretiva ou aperfeiçoadora”, que atenuaria o caráter contramajoritário das decisões do STF.

Entretanto, como apontado por Lenio Luiz Streck (2013), não seria o fato de o número de decisões em controle de constitucionalidade que declaram a inconstitucionalidade ser baixo em relação às denegatórias que invalida a tese de o STF judicializar a política ou praticar ativismos, uma vez que judicializar a política não se confunde com ativismo jurídico.

Em verdade, temos que a judicialização é um fato contingencial, resultante da ineficiência de determinada política pública, enquanto o ativismo seria um problema de comportamento por parte do juiz.

Melhor dizendo, entendemos que o juiz torna-se protagonista direto da questão social por conta das mudanças legislativas, sobretudo no que diz respeito ao constitucionalismo. Afirmamos, porém, que, mais do que causa para o protagonismo judicial, o ativismo jurídico é um reflexo desse protagonismo, ou seja, é a resposta que muitas vezes resta ao Judiciário diante da falência das instituições, da crise da política e das conseqüentes demandas da sociedade.

Em contrapartida, a resposta judiciária, mesmo que pautada pelo ativismo judicial, como já apontado, não está habilitada a lidar com as questões colocadas pelos direitos sociais. Ela também é parte do problema para a falta de efetividade desses direitos, uma vez que, por mais que seja uma resposta que se contraponha ao positivismo jurídico clássico, continua presa a sua lógica compensatória e individualista: ou seja, diante dessa perspectiva, tem-se que a racionalidade positivista (tradicional-liberal) continua sendo transposta, sem maiores reflexões e questionamentos, para o âmbito dos direitos sociais.

Nesse sentido, entendemos que há uma intervenção excessiva do Poder Judiciário no âmbito de execução das políticas públicas. O problema é que essa intervenção é excessiva a ponto de inviabilizar o planejamento de tais políticas, o que é patente no caso

da política de distribuição de remédios, por exemplo, e é mínima no que se refere à alteração das estruturas sócio-econômicas, dado que perpetua a desigualdade.

Voltando aos tipos de respostas do Poder Judiciário para a ineficiência dos direitos sociais, entendemos que a institucionalização da audiência pública é um reflexo do protagonismo judicial e do conseqüente voluntarismo do Judiciário, no sentido de conduta pró-ativa. Também é reflexo das críticas daqueles que, ao contrário de celebrar esse voluntarismo, apontam, por exemplo, para a inadequação e o despreparo dos operadores do direito em geral, que muitas vezes, ao interpretarem a Constituição e ponderarem entre determinados valores, fazem-no por meio de suposições empíricas, sem respaldo científico (PETERSEN, 2013, p. 24)⁷.

Desta forma, tem-se que a institucionalização apontada acaba sendo realizada sem a crítica necessária aos limites do positivismo jurídico tradicional e acaba repetindo os “erros” que o ativismo judicial tem cometido em relação à efetivação dos direitos sociais. Entretanto, mesmo não produzindo efeitos sensíveis na forma de decidir sobre a aplicação desses direitos, as audiências públicas têm se tornado instrumentos de legitimação dessa atuação voluntarista, na medida em que são propagandeadas pelo Poder Judiciário como um canal de comunicação direta com a sociedade civil e, portanto, capazes de mitigar a crítica de que ele carece da legitimidade necessária para decidir questões de políticas públicas.

1.3 As críticas ao “neoconstitucionalismo” e à “juristocracia”

Conforme visto na seção anterior, entendemos que o ativismo jurídico, pautado pela lógica individualista e compensatória do positivismo tradicional, é insuficiente para proporcionar uma real efetivação dos direitos sociais. Trata-se, muitas vezes, e principalmente em demandas individuais sobre o direito à saúde, de verdadeiro “ato de caridade” com o dinheiro público, uma vez que ao serem confrontados com a possibilidade de que a pessoa que está reivindicando a concessão de algum remédio possa morrer, os

⁷ Tradução livre do original: “(...) in constitutional adjudication, judges cannot completely ignore social sciences. Constitutional interpretation and balancing of competing constitutional values are often based on empirical assumptions”.

juízes preferem determinar, sem maiores reflexões sobre os custos e outros aspectos técnicos pertinentes, a concessão do remédio, de tratamentos ou cirurgias, em vez de assumirem o fardo dessas decisões difíceis sobre a alocação de recursos para a implementação de políticas públicas em saúde.

Nesse sentido, podemos afirmar que, “por trás dessas decisões, não haveria nenhum novo, moderno, cosmopolita e democrático constitucionalismo, mas apenas o velho patrimonialismo da elite brasileira, para a qual o governo não seria o principal instrumento de redistribuição de recursos, e sim o motor principal para preservar a desigualdade social” (GOUVÊA, 2013, p. 414)⁸.

Nesse sentido, o Judiciário, mesmo que ativista, continuaria sendo uma instituição tradicionalmente conservadora, uma vez que a judicialização funcionaria como uma reação das elites tradicionais para manter seus privilégios. Para tanto, basta lembrarmos que quem tem maior acesso à informação, inclusive sobre seus direitos, e condições para contratar melhores advogados, tem um maior acesso à Justiça.

E mais: se ponderarmos os impactos econômicos e sociais das decisões judiciais, podemos concluir que o próprio Judiciário faz parte do problema da ineficiência e de injustiça nas sociedades contemporâneas.

Nesse sentido, a excessiva judicialização individualista “capturaria” o Poder Judiciário num jogo que utilizaria a litigância como instrumento de externalização de custos e de redistribuição de riqueza, à margem de critérios consensuais de justiça social (ARAÚJO, 2010, p. 10-11).

Entendemos, assim, que esse tipo de adjudicação de direitos sociais, sem a devida reflexão sobre as estruturas socio-econômicas e os impactos das decisões judiciais, implica que os juízes, muitas vezes, não conhecem, nem procuram conhecer, os ônus atinentes às escolhas que resultaram na composição de interesses que culminaram na decisão política, o que no limite, levaria a uma verdadeira “irresponsabilidade política” por parte do Poder do Judiciário (BUCCI, 2009, p. 5).

Enfim, entendemos que o ativismo judicial pautado pelo “voluntarismo irracional” é a realização de um modelo que celebra o comodismo por parte dos juízes, que preferem

⁸ Tradução livre do original: “*Behind these decisions is not any 'new', modern, cosmopolitan, and democratic constitutionalism, but instead the same remarkable patrimonialism of Brazilian society for whom government is not considered the principal instrument for resource redistribution, but rather as the primary motor to preserve social inequality*”.

continuar perpetuando uma lógica de subsunção simplista do fato à norma. A perpetuação dessa lógica reforçaria, ao seu turno, a lógica bilateral positivista de credor-cidadão/devedor-estado, que ignora, além da estrutura dos direitos sociais, a própria realidade social em que convivemos.

Neste quadro é natural que se instaure não só uma disputa sobre a legitimidade do exercício desse poder por magistrados não eleitos, como também se acirre o debate sobre métodos e filosofias de interpretação jurídica, especialmente constitucional.

O que percebemos em nossa pesquisa, todavia, é que as críticas ao protagonismo judicial estão pautadas quase que exclusivamente pelo receio do surgimento de uma “juristocracia” e na crítica mais geral da falta de legitimidade democrática dos juízes para decidirem questões de políticas públicas.

Verificamos que, infelizmente, pouco se tem falado sobre como o “voluntarismo jurídico” pode ser muito mais nocivo simplesmente por perpetuar as desigualdades sociais, conforme apontado acima.

Entendemos que a própria natureza das críticas comumente apontadas é fruto do foco neoconstitucionalista no Poder Judiciário, em que o grande protagonista é o juiz. Ela também é da falta de compreensão das estruturas dos direitos sociais, o que, por sua vez, leva a uma reivindicação e a uma resposta que, na melhor das hipóteses, são bem-intencionadas, mas equivocadas, tanto por parte do Justiça como dos atores sociais em geral.

Voltando à questão das críticas propriamente ditas, tem-se que uma das principais preocupações dos críticos do neoconstitucionalismo é a possibilidade de se criar um governo dos juízes e a conseqüente elitização do debate sobre o controle das políticas públicas.

Nesse tema, vale destacar, como contraponto, na discussão sobre a questão da legitimidade democrática das decisões judiciais, a ideia de que a aceitabilidade da atuação judicial estaria profundamente radicada nas necessidades e aspirações da sociedade. Dessa perspectiva, teríamos a percepção de que o dever de julgar constrangeria os juízes a se inclinarem sobre a realidade social cotidiana, de tal modo que as decisões judiciais teriam alta potencialidade democrática, justamente por serem vizinhas e sensíveis às carências dos cidadãos (CAPPELLETTI, 1999, p. 103-105).

Ocorre que, conforme temos apontado nesta dissertação, as decisões, projetos e demais iniciativas judiciais, para a efetivação dos direitos sociais (principalmente em relação à saúde), procuram, devido a seu caráter seletivo e pontual, atender, ainda que de forma indireta, a interesses específicos do referido Poder, sobretudo para fins de legitimação. Assim seria porque tais decisões, projetos e iniciativas não estão, necessariamente, radicadas nas carências quotidianas dos membros da sociedade, que acabam sendo resolvidas de modo incidental e individualista, mas voltadas para justificação de um protagonismo político e de uma expansão de competências e de poderes.

Esse processo de crescimento da autoridade judicial tornou-se mais agudo com a adoção de constituições ambiciosas. Nesse sentido, temos que foi apenas com a promulgação da Constituição de 1988 que o Supremo Tribunal Federal deslocou-se para o centro de nosso arranjo político.

Esta posição institucional do Supremo vem sendo ocupada de forma paulatina e substantiva, tendo em vista que a ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional, bem como as provocações e judicializações trazidas pelos diversos atores políticos, tem levado o STF a emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza fundamental, ora validando e legitimando decisões dos órgãos representativos ora atuando como órgão contramajoritário (VIEIRA, 2008, p. 445).

Outra crítica recorrente é a idealização excessiva que a figura do juiz recebe no contexto de expansão do ativismo judicial. Neste ponto gostaríamos de recuperar a crítica de Marcelo Neves, para o qual

(...) o Estado constitucional exige um juiz apto para enfrentar com sucesso, em cada caso, a relação paradoxal entre regras e princípios jurídico-constitucionais: nem um juiz-regra (hercúleo) nem um juiz-princípio (hidraforme). Na linguagem da teoria dos sistemas, poder-se-ia dizer: um juiz capaz de desparadoxizar o enlace circular entre princípios e regras nos diversos casos de maior complexidade. Chamarei esse juiz de Iolau.

(...)

O juiz Iolau pode ir além da justiça como fórmula de contingência do sistema jurídico [na perspectiva da Teoria dos Sistemas, de Luhmann], (...) Nessa perspectiva, ele se põe como observador da sociedade como um todo (estando ciente de que esta sua posição é parcial), a fim de oferecer

soluções que contribuam para impedir a expansão do imperialismo de uma certa racionalidade ou lógica sistêmica em detrimento de outras, no sentido de evitar que a sociedade se submeta ao império do dinheiro, da técnica, da ciência, do poder, da religião e do próprio direito (juridificação da sociedade). Nesse sentido, ele afasta tanto a absolutização de regras quanto de princípios. (2013a, p. 221 e segs)

A questão é que, mesmo que consigamos um “juiz Iolau”, o contraponto para os excessos do ativismo judicial viria de atitudes auto-limitadoras e reflexivas por parte do próprio Judiciário. Outras soluções apontadas para estas críticas se resumem, em grande parte, à proposta de uma atividade judicial parcimoniosa, seja por respeito ao conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes, seja pelo reconhecimento da falta de expertise em áreas que demandem profundos conhecimentos técnicos.

Entretanto, conforme estamos apontando na presente pesquisa, o Poder Judiciário está expandindo sua atuação, encorajado pelos problemas de ineficiência das políticas públicas e pelas próprias demandas da sociedade civil. Deste modo, é pouco provável que os juízes procurem limitar o poder de suas decisões.

Em verdade, o que temos percebido é que o Judiciário tem se apressado em combater as críticas sobre sua suposta falta de legitimidade democrática e, nesse sentido, tem institucionalizado e convocado cada vez mais audiências públicas, conforme veremos a seguir.

É importante destacar que, para alguns autores, nem mesmo com a criação de uma estrutura técnica de suporte ao juiz, seriam superados os limites da atuação judicial em relação às políticas públicas, tendo em vista que a lógica da atuação judicial é essencialmente atomizada, baseada nos conflitos explicitados e, portanto, essencialmente secundária no que diz respeito à efetivação de políticas públicas, que, por sua vez, seriam amplas e aglutinadoras (BUCCI, 2009, p.5).

Contudo, não ignoramos que o Judiciário pode ser um poderoso instrumento de formação de políticas públicas, mas, para que isto aconteça é necessário que haja mais iniciativas de caráter menos particularmente reivindicantes e mais sociais, coletivas (LOPES, 2010), somadas a uma mudança de postura, de abertura ao diálogo democrático no bojo do processo jurídico.

Ocorre que, infelizmente, ainda não temos percebido a superação do individualismo nas reivindicações nem na resposta judicial, o que faz com que o aperfeiçoamento da política pública se dê de modo indireto, no sentido de reação à judicialização, mas não como resultado dela.

1.4 A instrumentalização de canais de diálogos com a sociedade civil pelo Judiciário

Apontadas as críticas sobre a expansão do protagonismo judicial, convém analisarmos as reações do referido Poder, sobretudo no que se refere ao controle de políticas públicas de saúde. Nosso propósito é apontar que a institucionalização das audiências públicas foi feita de modo muito pontual, sendo pouco efetiva, no que diz respeito à forma como o direito a saúde continua sendo aplicado, e voltada quase que exclusivamente para dar maior legitimidade às decisões dos tribunais.

Assim, convém analisarmos qual é a visão do próprio Poder Judiciário sobre o seu papel no atual momento e sobre a efetivação dos direitos fundamentais. Nesse sentido, para o ministro e atual presidente do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, o Poder Judiciário assume papel fundamental no funcionamento do Estado, justamente por estarmos “numa época em que direitos humanos estão fartamente assegurados na legislação”, de modo que seria dever dos magistrados executar a sua concretização.

Para o ministro, “os juízes hoje fazem parte da confecção e da elaboração das próprias políticas públicas, como na área do consumidor, do meio ambiente, dos povos indígenas, da proteção à criança e ao adolescente, ao idoso e aos deficientes físicos”⁹.

Nesse sentido, para Lewandowski, desde a promulgação da Constituição de 1988, e especialmente ao longo da última década, “o Judiciário passou de uma postura interpretativa mais ortodoxa, que analisava o Direito principalmente a partir de regras jurídicas escritas na Constituição e nas leis, para fazê-lo também com base em princípios”. Assim, os juízes teriam começado a extrair consequências práticas de postulados como o da isonomia, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da impessoalidade, da eficiência e da dignidade da pessoa humana, ampliando, assim, o espectro de suas decisões.

⁹ Ver: “Judiciário tem papel de protagonismo no funcionamento do Estado, diz Lewandowski”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=280306>>, acessado em 10/12/2015.

De acordo com o presidente do Supremo, a partir dessa nova postura, o Judiciário começou a intervir em questões antes reservadas exclusivamente aos demais Poderes, participando de maneira mais ativa da formulação de políticas públicas, especialmente nas áreas da saúde, do meio ambiente, do consumo, da proteção de idosos, crianças, adolescentes e pessoas com deficiência, de tal modo que o STF passou a interferir “em situações limítrofes, nas quais nem o Legislativo, nem o Executivo brasileiro alcançaram consenso para resolver”¹⁰.

Neste contexto, convém destacar, ademais, que a importância do STF no cenário político atual não decorre, necessariamente, da quantidade de ações que julga, mas da maneira como decide os temas relevantes. Nesse sentido, temos que o referido Tribunal tem inovado constantemente no seu modo de decidir, criando ou aplicando novas técnicas de julgamento e trabalhando com os procedimentos decisórios de maneira criativa, o que tem permitido a participação de atores externos (SUNDFELD, 2011, p. 10-11).

Entretanto, ao mesmo tempo em que as declarações institucionais destacam esse papel central do Supremo, elas apontam, também, para uma insatisfação com a carga processual decorrente dessa atuação. Para o presidente do STF, “a grande procura dos brasileiros pelo atendimento aos seus direitos levou a uma situação de esgotamento do modelo atual de prestação jurisdicional”, de modo que deveria ser construído um novo formato, que preze pela celeridade e valorize as formas não litigiosas de solução de controvérsias¹¹. Dessa forma, o principal objetivo do Poder Judiciário, ao investir nos métodos alternativos de solução de conflitos, seria o de promover a pacificação social.

Ademais, o ministro afirmou que a conciliação e a mediação promoveriam uma verdadeira mudança de cultura entre magistrados e cidadãos, visto que a Constituição, ao prever a participação ativa do cidadão na gestão da coisa pública, promoveria “um grande passo, não apenas na celeridade e efetividade da prestação jurisdicional, mas também no aprofundamento da cidadania”¹².

¹⁰ Ver: “Presidente do STF: 'Judiciário é ator fundamental ao equilíbrio institucional’”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=288351&tip=UN>>, acessado em 10/12/2015.

¹¹ Ver: “Explosão de litigiosidade exige mudanças no Judiciário, afirma Ricardo Lewandowski”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=280214>>, acessado em 10/12/2015.

¹² Ver: “Ministro Lewandowski destaca o papel do Judiciário como agente da pacificação nacional”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=304642>>, acessado em 10/12/2015.

Assim, o que podemos perceber é que a visão institucional do órgão de cúpula do judiciário brasileiro, que repercute na organização das demais instâncias, é um discurso que destaca o protagonismo e incentiva a expansão, mas que tem certas reticências em assumir os ônus decorrentes, ou seja, a chamada “explosão de litigiosidade”.

Nesse sentido, e dialogando com José Reinaldo de Lima Lopes, para o qual, no contexto da efetivação dos direitos sociais, o debate judicial, por sua natureza, permite o avanço da democracia (2010, p. 136), gostaríamos de responder a uma indagação do próprio autor, que questiona se há disposição do Judiciário de se transformar em uma arena de luta social (LOPES, 2010, p. 142).

Num primeiro momento, pode parecer que a “abertura democrática” proporcionada pela realização das audiências públicas é, de fato, um sinal de mudança de postura dos órgãos julgadores, um sinal até mesmo de “humildade” e de reconhecimento dos limites da jurisdição tradicional: afinal, dentro de um contexto de atuação jurisdicional em que inevitavelmente se reconhecem certos espaços compartilhados com demais órgãos e Poderes, faz-se necessária a democratização dos próprios procedimentos adotados por estes juízos e tribunais, em vista de possibilitar uma maior abertura pluralista quanto à interpretação e aplicação dos conteúdos constitucionais.

Desse modo, poderíamos afirmar que a audiência pública, entendida como uma forma de atuação voltada para os “amigos da corte”, representaria, nesse ponto, um importante fator de abertura, uma vez que permitiria à “sociedade participar do debate constitucional”, possibilitando decisões mais conscientes e mais bem situadas do ponto de vista cultural, social e econômico, científico, o que as tornaria mais legítimas, e, conseqüentemente mais democráticas (LEAL, 2011, p.222).

Ademais, para muitos, as audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal seriam a própria realização da “sociedade aberta dos intérpretes da constituição” proposta Peter Häberle (2002), para o qual, no processo de interpretação constitucional, estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com “*numerus clausus*” de intérpretes da Constituição

Aliás, esse parece ser o entendimento do próprio STF, como se vê na notícia cujo trecho transcrevemos abaixo:

20 de abril de 2007. A data entrou para a história do Supremo Tribunal Federal porque neste dia a população brasileira passou a ter voz ativa nas decisões mais polêmicas do Supremo, por meio das audiências públicas. Nesses encontros, os ministros da Corte são apenas ouvintes. Os protagonistas são os representantes de segmentos da sociedade civil e do governo, os quais expõem seus argumentos no intuito de auxiliar os votos que, mais tarde, serão dados no Plenário pelos onze magistrados do tribunal.¹³

Ocorre que, para que o Supremo Tribunal Federal se torne um espaço de verdadeiro diálogo, pelo menos no que se refere ao papel das audiências públicas, questões como a grande discricionariedade na forma de convocação, a seletividade dos temas e a própria forma de participação dos interessados e dos ministros deverão ser repensadas.

Melhor dizendo, para que para as audiências públicas sejam efetivamente essa expressão democrática que o STF anuncia, entendemos que o instituto deve se tornar mais amplo e transparente, no sentido de ter um propósito bem estabelecido junto ao Tribunal Constitucional.

Conforme veremos a seguir, sua atual institucionalização foi feita de modo incipiente, sem completa regulamentação sobre a forma de sua realização e qual o seu papel real no processo decisório judicial. Falta ao STF definir se a audiência pública é um instrumento efetivo de deliberação e de diálogo amplo da Corte com a sociedade civil ou se é um instrumento técnico, uma forma mais sofisticada do “*amicus curiae*”, voltado para dirimir dúvidas, de modo limitado, no bojo de ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental, que no nosso entender, parece ser a forma original proposta pelas Leis 9.868/99 e 9.882/99.

Nesse sentido, parece-nos difícil não perceber a instrumentalização da audiência pública como sendo precária, pouco afetando a forma como o Judiciário decide questões de políticas públicas. Ela seria voltada, quase que exclusivamente, a tratar do problema da falta de legitimidade democrática dos tribunais, o que, ao nosso sentir, é um sinal de que

¹³ Fonte: “Audiências Públicas abrem os microfones do Supremo à sociedade”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=124643&caixaBusca=N>>, acessado em 10/12/2015.

essa instrumentalização é, de fato, apenas um refinamento do modelo decisório compensatório e individualista, incapaz de contribuir para a efetivação dos direitos sociais envolvidos e de tornar o STF em uma “arena de luta social”.

Feita uma grande contextualização intelectual da expansão do Poder Judiciário no momento constitucional atual e apontadas as críticas e reações sobre essa referida expansão, prosseguiremos com nossa análise da instrumentalização das audiências públicas, destacando que seu processo de institucionalização está mais preocupado em contornar, pontualmente, determinadas críticas, sobretudo em relação à questões de legitimidade, do que com o real alcance do instituto.

2 AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Com o objetivo de delimitar uma noção das audiências públicas e compreender melhor tanto o papel quanto o alcance deste instituto, como mecanismo de participação no processo de gestão de políticas públicas, devemos analisar os diversos instrumentos legais que as regulamentaram.

A primeira legislação brasileira sobre o tema foi a Resolução nº 001, de 23 de janeiro de 1986¹⁴, emitida pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, que pretendia fixar diretrizes gerais para uso e implementação da avaliação de impacto ambiental como instrumento da política nacional de meio ambiente.

Na referida legislação, a audiência pública surgiu como um instrumento de prestação de contas, com o foco no fornecimento de informações aos interessados no teor do relatório de impacto ambiental (RIMA).

Nesse sentido, entendemos que a audiência pública prevista na resolução, ainda que facultasse ao órgão competente para a elaboração do relatório a possibilidade de receber sugestões e realizar uma discussão sobre o RIMA, atribuía aos participantes um papel eminentemente passivo, já que a principal função da audiência era informar, isto é, trazer questões de grande importância ambiental ao conhecimento da sociedade (RAIS, 2012, p. 24).

Ocorre que, pela natureza participativa do instituto, o diálogo e a troca de experiências entre a sociedade civil e os administradores públicos, mesmo que de forma limitada, podem ser muito produtivos, afetando tanto a sociedade como as autoridades públicas.

¹⁴ Artigo 2º - Dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental - RIMA, a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente, e do IBAMA em caráter supletivo, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como:

(...)

Artigo 11 - Respeitado o sigilo industrial, assim solicitando e demonstrando pelo interessado o RIMA será acessível ao público. Suas cópias permanecerão à disposição dos interessados, nos centros de documentação ou bibliotecas da SEMA e do estadual de controle ambiental correspondente, inclusive o período de análise técnica (...)

§ 2º - Ao determinar a execução do estudo de impacto ambiental e apresentação do RIMA, o estadual competente ou o IBAMA ou, quando couber o Município, determinará o prazo para recebimento dos comentários a serem feitos pelos órgãos públicos e demais interessados e, sempre que julgar necessário, promoverá a realização de audiência pública para informação sobre o projeto e seus impactos ambientais e discussão do RIMA.

Nesse sentido, podemos estabelecer que o caráter informativo permeia e define as audiências públicas. Elas acabam exercendo um duplo papel elucidativo, pois, ao mesmo tempo que propiciam a obtenção de dados por parte dos cidadãos, também permitem que o órgão administrativo “tomador de decisão” se habilite a emitir um provimento mais acertado, mais justo, na medida em que recebe contribuições da sociedade civil, compostas de relatos e de experiências úteis para a realização das políticas públicas a serem implementadas (OLIVEIRA, 1997).

Contudo, para que o caráter informativo das audiências seja amplamente aproveitado, possibilitando decisões mais “acertadas”, é necessário que se estabeleça um diálogo produtivo entre os cidadãos e as autoridades administrativas, ou seja, é necessário que os órgãos decisores tenham disposição para ouvir. É necessário, enfim, que a audiência pública propicie um verdadeiro ambiente deliberativo e reflexivo.

Assim, cabe o questionamento: as audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal propiciaram essa reflexão deliberativa sobre a efetivação das políticas públicas de saúde, ou o Tribunal carece dessa disposição para ouvir e dialogar com a sociedade civil?

É o que verificaremos nas seções seguintes.

2.1 Audiências públicas: breve histórico, conceito e efeitos

Proseguindo na definição apresentada na seção anterior, temos que, historicamente, a origem da audiência pública, tal como aplicada na atualidade remonta ao direito anglo-saxão, às chamadas “*public hearings*”.

Para Agustín Gordillo (2014), a audiência pública foi estruturada pelo direito anglo-saxão como uma dimensão do cumprimento do devido processo legal. Ela decorreria da necessidade política e jurídica de escutar o público antes de tomar uma decisão para a edição de normas ou a adoção de grandes projetos de elevado interesse coletivo, propiciando a uma parcela da população influenciar os agentes políticos. Nessa medida, a audiência seria uma extensão do clássico princípio do direito do indivíduo de ser ouvido previamente a uma decisão que possa afetar seus direitos e interesses à vida coletiva.

Assim, no direito anglo-saxão, a audiência pública seria verdadeira expressão do direito de defesa dos administrados, tendo sido concebida como um instrumento de proteção contra o exercício abusivo da função administrativa e que reconhece a contraposição de interesses entre os particulares e a Administração.

Para Agustín Gordillo, compreender a audiência pública como somente uma das possíveis expressões do direito de participação dos cidadãos, sem atrelá-lo ao direito de defesa como sendo sua principal característica jurídica, remeteria a uma posição que implica em uma visão centralizadora de Estado, que por sua vez, além de ser o titular do poder público, seria o seu intérprete principal. Ocorre que, na verdade, deveríamos conceber o Estado como a entidade responsável pela administração da pluralidade de interesses, muitas vezes contrapostos, de seus cidadãos¹⁵.

Nesse sentido, a Administração Pública, tradicionalmente caracterizada pela atuação unilateral e impositiva, vem passando por um processo de reconfiguração jurídico-institucional, que, no contexto brasileiro, é percebido a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

No caso, a Constituição impõe novos critérios de aferição da legitimidade e da transparência das manifestações administrativas, sendo possível afirmar que ela estabelece um novo padrão constitucional para a atuação administrativa decorrente da democratização substantiva em curso. Esse novo padrão transforma, por sua vez, o discurso político, que vem evoluindo de um quase monólogo histórico, impregnado de decisionismo, para tornar-se, progressivamente, um diálogo com a sociedade civil.

Verificamos, assim, que a audiência pública é um instrumento que confere legitimidade e transparência a uma decisão política ou legal. Trata-se de uma verdadeira

¹⁵ Tradução livre, do original: “*En otras palabras, es ya un principio al menos teórico suficientemente reconocido que también debe cumplirse la audiencia, esta vez con el público, antes de emitir normas jurídicas administrativas e incluso legislativas de carácter general, o antes de aprobar proyectos de gran importancia o impacto sobre el medio ambiente o la comunidad. Se trata pues, en este segundo supuesto, de la audiencia pública, que integra como parte de la garantía clásica de audiencia previa, la garantía constitucional del debido proceso en sentido sustantivo (...) es una expresión del derecho de defensa de los administrados supone enrolarse en la concepción de que uno de los pilares del derecho administrativo es la protección del particular contra el ejercicio abusivo de la función administrativa y el reconocimiento de la existencia de una posible y recurrente contraposición entre los intereses de la particulares y la Administración que deviene de la obligación del Estado de administrar intereses contrapuestos entre los administrados (...) Por el contrario, considerar que la audiencia pública constituye una de las posibles expresiones del derecho de participación de los ciudadanos, desligándolo del derecho de defensa como principal causa jurídica, supone adoptar el criterio de que el Estado es el titular del poder público y su intérprete principal.*”. Disponível em: <<http://www.gordillo.com/tomo2.html>>, acessado em: 18/12/2015.

instância no processo de tomada da decisão administrativa ou legislativa, por meio da qual a autoridade competente abre espaço para que todas as pessoas que possam sofrer os reflexos da decisão tenham oportunidade de se manifestar antes do desfecho do processo.

Na Administração, a audiência pública, percebida como instrumento de conscientização, funciona como veículo para a legítima participação (inclusive de defesa) dos particulares nos temas de interesse público (SOARES, 2002).

Nessa linha de raciocínio, verificamos que a audiência pública administrativa é um instrumento que visa promover um diálogo entre o Poder Público e os diversos atores sociais, com o escopo de buscar alternativas para a solução de problemas que envolvam interesse público relevante.

Asseveramos que, tendo em vista o que afirmamos sobre as origens históricas do instituto, é indispensável a participação efetiva do público. Não se caracterizará como audiência pública uma sessão aberta à sociedade civil, em que o comportamento dos presentes seja passivo, silencioso, contemplativo (SOARES, 2002). Nesse caso, tratar-se-á apenas de uma exposição. Para que haja audiência pública em sentido próprio, é necessário haver um diálogo efetivo, um diálogo que seja capaz de representar o direito de “defesa” dos cidadãos ante o Poder Público, que deverá ouvir e ponderar as informações colhidas.

Diante de todo o exposto, temos que a audiência pública pode ser conceituada como um instrumento que auxilia e aprimora a tomada de decisões políticas. Ela permite o diálogo entre a autoridade que decide e a sociedade que conhece as peculiaridades do objeto da decisão, seja pela expertise na área, seja pelo fato de ser sujeito direto ou indireto dos efeitos dessa futura escolha (RAIS, 2012, p. 34.).

Ela conferiria legitimidade e transparência a uma decisão política ou legal (SOARES, 2002), por ser um instituto concretizador do interesse público e por facilitar certa responsabilização política (“*accountability*”), na medida em que obriga o Poder Público a compartilhar experiências e ouvir a sociedade civil, com o objetivo de construir políticas públicas.

Nesse sentido, as audiências públicas representam uma importante vertente da prática democrática. Sua realização é capaz de conferir real acesso da sociedade civil ao poder, por meio da obtenção de informações que capacitam o cidadão para uma participação efetiva, tanto por meio da legitimação dos atos compartilhados com a

Administração como pela constante negociação democrática decorrente dessa cooperação (FONSECA *et al*, 2013, p. 10).

Podemos afirmar, desse modo, que as audiências públicas são um instrumento de participação democrática que visa legitimar a ação da Administração e por meio do qual se exerce o direito de expor toda sorte de tendências, preferências e opções que, por meio de um diálogo efetivo, possam conduzir o poder público a uma decisão de maior aceitação social (MOREIRA NETO, 1992, p. 129).

2.1.1 Audiências Públicas: panorama legal e sua utilização na Administração Pública e no Poder Legislativo

Prosseguindo em nossa análise, após identificarmos o conceito histórico que define o instituto, devemos apontar, brevemente, para o panorama legislativo brasileiro sobre as audiências públicas e como ela é utilizada nos diversos níveis da Administração e no Poder Legislativo, de modo que possamos compreender melhor como se deu a instrumentalização das referidas audiências no Poder Judiciário.

Dito isso, verificamos que a audiências pública, além da pioneira resolução do CONAMA já apontada, foi prevista também na Lei nº 9.784/1999, como mecanismo de instrução do processo administrativo federal¹⁶. Ademais, é contemplada, também, em diversas leis específicas como as que regem as Agências Reguladoras, o Estatuto da Cidade, as licitações e contratos administrativos, a concessão e permissão de serviços públicos e os serviços de telecomunicações, além de estar prevista no âmbito do processo legislativo.

¹⁶ Conforme se verifica:

Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

Art. 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

Art. 34. Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado.

Art. 35. Quando necessária à instrução do processo, a audiência de outros órgãos ou entidades administrativas poderá ser realizada em reunião conjunta, com a participação de titulares ou representantes dos órgãos competentes, lavrando-se a respectiva ata, a ser juntada aos autos.

Fonte: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm>, acesso em 18/12/2015.

Em relação às audiências públicas realizadas pelo Poder Executivo Federal, verificamos que conforme dados apresentados pelo IPEA (2012, p. 24), entre 2004 e 2009, 105 programas do Governo Federal realizaram 203 processos de audiências públicas, nas mais diversas áreas, sendo que 118 tiveram caráter obrigatório.

Nesse sentido, verificamos que se trata de um expediente usado de forma ampla e em respeito a diversas normas, como a Lei nº 8.666/1993¹⁷, que determina em seu artigo 39 que o processo licitatório, nos casos em que se estime para a licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas valor superior a R\$ 150.000.000,00, seja iniciado com audiência pública providenciada pela autoridade responsável com antecedência mínima de quinze dias úteis da data prevista para a publicação do edital, observada a divulgação com antecedência não inferior a dez dias úteis da data da realização, pelas mesmas vias da publicidade da licitação, devendo ser prestadas informações e dados acesso e direito de se manifestar a todos os interessados.

No caso, a razão de ser dessa audiência pública se deve ao fato de ser necessária ampla publicidade, inclusive no controle da legalidade e da conveniência das licitações e contratações administrativas, notadamente as de maior vulto (SOARES, 2002).

Já em relação a Lei nº 9.427, de 26/12/1996, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, entre outras providências, verificamos que em seu art. 4º, §3º, está disposto que “o processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL”¹⁸. Aqui percebemos que a audiência pública é prevista como salvaguarda do devido processo legal (SOARES, 2002), o que denota, no nosso entender, o caráter de

¹⁷ Conforme se verifica:

Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

Fonte: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>, acessado em: 18/12/2015.

¹⁸ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9427cons.htm>, acessado em 18/12/2015.

expressão do direito de defesa que a audiência pública apresenta diante da ação da Administração Pública.

Por fim, podemos apontar que no Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001¹⁹), que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição da República e estabelece as diretrizes gerais da política urbana, contempla a realização de audiências públicas, como expressamente exposto no art. 2º, XIII, como uma das diretrizes gerais da política urbana, cujo objetivo é “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana”.

No referido artigo consta a realização de audiência pública com a “população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população”, o que demonstra, mais uma vez, que a audiência pública é a realização do direito de defesa do cidadão.

Outra previsão está exposta no art. 40, §4º, I, segundo o qual, para o processo de elaboração do plano diretor e a fiscalização de sua implementação, devem os municípios promover “audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade”.

Podemos afirmar, enfim, que a audiência pública, outrossim, é um dos instrumentos para gestão democrática da cidade (art. 43, II, da Lei nº 10.257/2001), e deve ser realizada pelos municípios como via de participação direta dos particulares na gestão orçamentária, quando da preparação das propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual (SOARES, 2002).

Diante de todo o exposto, podemos afirmar que a realização das audiências públicas pelo Poder Executivo (Administração Pública) é muitas vezes obrigatório, por força de lei, e representa essa nova perspectiva de diálogo entre o Poder Público e os cidadãos, de modo que seja alcançada uma decisão política mais consensual, menos arbitrária e portanto mais legítima.

No processo legislativo, por sua vez, podemos apontar que as audiências públicas objetivam a instrução e o colhimento de subsídios para que os parlamentares realizem adequadamente suas funções institucionais, representando assim uma forma de inserção do cidadão no procedimento de criação de normas.

¹⁹ Ver: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>, acessado em: 18/12/2015.

A propósito, podemos afirmar que o processo legislativo nada mais é que o conjunto de ações realizadas pelos órgãos do poder legislativo (Senado Federal, Câmara Federal e Câmaras Estaduais) com o objetivo de proceder à elaboração de leis, podendo ser constitucionais, complementares, ordinárias, bem como as resoluções e decretos legislativos.

Nesse sentido, a audiência pública é um instrumento utilizado com o intuito de ser mais uma ferramenta que proporcione o diálogo entre o cidadão e o Poder Público.

Em outras palavras, podemos dizer que a realização de audiências públicas representa um processo de legitimação de decisões aberto à participação popular, para que a sociedade possa ser consultada democraticamente sobre assunto de seu interesse.

Assim, as audiências possibilitam ao cidadão a obtenção de informações e conhecimentos das ações das casas legislativas, avaliando a conveniência, a oportunidade de diversos projetos de leis e outras iniciativas parlamentares (MOURA, 2008).

Nessa linha de raciocínio, verificamos que a audiência pública atua como instrumento legitimador da norma (ou da política pública) que será formulada. Ela já está consagrada no âmbito do processo legislativo²⁰, sendo amplamente utilizada pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal (e demais assembleias legislativas), o que é natural dada a natureza do instituto, possuindo um rito determinado, conforme se observa da leitura dos artigos 255 e 256 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados:

Art. 255. Cada Comissão poderá realizar reunião de audiência pública com entidade da sociedade civil para instruir matéria legislativa em trâmite, bem como para tratar de assuntos de interesse público relevante, atinentes à sua área de atuação, mediante proposta de qualquer membro ou a pedido de entidade interessada.

Art. 256. Aprovada a reunião de audiência pública, a Comissão selecionará, para serem ouvidas, as autoridades, as pessoas interessadas e os especialistas

²⁰ Ver a Constituição Federal, art. 58, que assim dispõe:

Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

(...)

§ 2º - às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe:

(...)

II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil (...)"

ligados às entidades participantes, cabendo ao Presidente da Comissão expedir os convites.

§ 1o Na hipótese de haver defensores e opositores relativamente à matéria objeto de exame, a Comissão procederá de forma que possibilite a audiência das diversas correntes de opinião.

2.1.2 Audiências Públicas e sua utilização pelo Ministério Público e no processo judicial

Já em relação à utilização das audiências públicas pelo Ministério Público verificamos que a Constituição Federal, em seu artigo 27, inciso IV, determina que “cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual” e “promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no caput deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito”.

A realização de audiências públicas no âmbito do Ministério Público não representa, assim, uma submissão da Instituição ao controle popular. Muito pelo contrário, representa um instrumento apto para a coleta de subsídios para a atuação na defesa do interesse público (SOARES, 2002).

Nesse sentido, a utilização da audiência pública no âmbito do Ministério Público visa aprimorar as providências a serem tomadas, legitimando suas ações por meio de uma maior proximidade com a realidade e as necessidades da coletividade. Sua realização não consiste em um dever imposto pela Constituição, mas de um mecanismo para o aperfeiçoamento da atuação funcional que pode ser utilizado discricionariamente.

Por sua vez, em relação à utilização das audiências públicas pelo Poder Judiciário, verifica-se que as Leis 9.868/99 e 9.882/99, que tratam do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), da ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) perante o Supremo Tribunal Federal, assim dispõem:

Lei 9.868/99:

Art. 8º § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Lei 9.882/99:

Art. 6º § 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Ocorre que, durante a realização da primeira audiência pública pelo STF, sobre a constitucionalidade da lei de biossegurança, em 20 de abril de 2007, o ministro Ayres Britto constatou, entretanto, a ausência de norma regulamentadora no âmbito do STF. Daí a procedimentalização da audiência pública ter sido adaptada diretamente do modelo adotado na Câmara dos Deputados (voltado para a produção legislativa), conforme podemos observar da leitura do despacho convocatório:

Diante dessa carência normativa, cumpre-me aceder a um parâmetro objetivo do procedimento de oitiva dos expertos sobre a matéria de fato da presente ação. E esse parâmetro não é outro senão o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, na qual se encontram dispositivos que tratam da realização, justamente, de audiências públicas (arts. 255 *usque* 258 do RI/CD). Logo, são esses os textos normativos de que me valerei para presidir os trabalhos da audiência pública a que me propus.²¹

Podemos perceber que o ministro Ayres Britto fez nota de que, apesar de haver previsão legal para a designação da audiência, não havia, no âmbito do Supremo Tribunal

²¹ Inteiro teor disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=598204#57%20-%20Despacho%20-%2016/3/2007>>, acessado em 10/12/2015.

Federal, norma regimental que dispusesse sobre o procedimento que devia ser observado para a sua realização. Devido a essa carência normativa, o relator teve que se utilizar de um parâmetro para a oitiva dos “*experts*” na matéria da ação. Valeu-se, então, do que dispunha o Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Diante do exposto, podemos afirmar que as audiências públicas no âmbito do Poder Judiciário, foram pensadas, inicialmente, como procedimentos voltados para dirimir questões atinentes ao julgamento de ADIs, ADCs e ADPFs, mas, por conta da ausência de regulamentação, seu procedimento foi institucionalizado com inspiração nos protocolos adotados pela Câmara dos Deputados.

Verificamos, assim, uma transferência, acrítica de um instrumento que privilegia a participação popular no âmbito do controle das decisões políticas e administrativas para o processo judicial, que possui alcance diverso, particularidades e objetivos diferentes das decisões tomadas pelo Legislativo, como, por exemplo, na produção de políticas públicas.

Conforme afirmamos anteriormente, essa institucionalização precária não possibilitou, ainda, uma percepção definitiva sobre qual é o papel da audiência pública no Supremo Tribunal Federal (e no Poder Judiciário em geral), pois essa transposição do instituto diretamente do processo legislativo, ao tempo que demonstra o claro interesse do STF em divulgar a audiência pública como expressão “*håberliana*” de participação democrática na interpretação constitucional, não possibilitou, ainda, a superação do caráter suplementar e limitado das audiências públicas, como uma espécie de “*amicus curiea*”.

Desse modo, temos que as audiências públicas realizadas no STF são fruto direto da discricionariedade do ministro-relator, apenas, que tem amplos poderes para convocá-la e organizá-la, em vez de se tratar de um ato coordenado e discutido junto ao plenário. Assim, verificamos que o alcance da audiência junto aos demais ministros da Corte Constitucional fica muito restrito, pois as audiências acabam por serem eventos conduzidos e focados no ministro-relator original. Deixa de ser, assim, um instrumento de diálogo do STF com a sociedade, revelando-se, na verdade, apenas de um evento expositivo da sociedade civil para o ministro-relator, com o objetivo de legitimar uma determinada escolha que será posteriormente apresentada aos demais ministros, para julgamento.

Nesse sentido, convém questionar quais os efeitos e o alcance dessas audiências públicas realizadas pelo STF. Quais os objetivos do Tribunal ao institucionalizar e utilizar amplamente as audiências públicas?

Acreditamos que as respostas a esses questionamentos podem ser encontradas por meio de uma avaliação crítica do momento da jurisdição constitucional e do papel do Poder Judiciário, já apontadas no capítulo 1 desta dissertação.

Além disso, podemos afirmar que as audiências públicas assumiram uma importância maior junto ao STF. No Supremo elas passaram a subsidiar julgamentos de mais classes processuais, com as mudanças trazidas pela Emenda Regimental 29/2009, conforme veremos posteriormente. No nosso entender, a ampliação do uso das audiências assinala um aumento da importância do instituto na cultura decisória do STF e denota o caráter legitimador atribuído ao instrumento, tendo em vista os assuntos abordados e o contexto de atuação do referido Tribunal, como temos apontado nesta dissertação.

Na sequência continuaremos a explorar esse potencial legitimador do instituto, por meio da análise crítica de duas das primeiras audiências públicas realizadas pelo STF.

2.2 As primeiras audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal e seus efeitos na cultura decisória da Corte Constitucional

Neste ponto, pretendemos analisar duas das primeiras audiências públicas realizadas pelo STF, a saber, sobre a constitucionalidade da lei de biossegurança e sobre a possibilidade de interrupção de gravidez (feto anencéfalo). Com essa análise, busca-se compreender quais os efeitos da realização dessas audiências públicas no amplo debate sobre a legitimidade do Judiciário para tratar de temas complexos e polêmicos.

Nesse sentido, apesar de os temas abordados nessas duas audiências estarem relacionados ao amplo contexto da efetivação do direito à saúde, nosso objetivo, aqui, será analisar a conjuntura de sua convocação, para que posamos avaliar qual foi o seu impacto na estrutura decisória do STF e como se deu a modulação e a regulamentação do instituto pelo referido Tribunal.

Nosso foco é o momento vivido pelo Supremo Tribunal Federal. Assim procuraremos apontar quais foram os motivos que levaram a escolhas sobre os temas a serem abordados e quais as consequências da realização das audiências públicas na relação do referido Tribunal com a sociedade civil.

Enfim, verificaremos quais foram as expectativas sobre o instituto expressadas tanto pelos ministros do STF como pela sociedade civil, para podermos apurar se, realmente, tais audiências públicas foram capazes de oferecer aos ministros da Corte Suprema não só elementos técnicos e científicos para um melhor conhecimento e um conseqüente julgamento mais qualificado, mas também acesso a elementos morais, culturais e ideológicos trazidos pela sociedade organizada, que, por sua vez, possibilitar-lhe-iam a uma contribuição efetiva acerca dos temas polêmicos em discussão na Corte Constitucional (SILVA, 2011, p. 41-42).

2.2.1 Audiência pública sobre a pesquisa com células-tronco embrionárias

Conforme apontado anteriormente, pretendemos compreender a conjuntura institucional que levou à convocação da referida audiência pública, dando destaque para os motivos que levaram à judicialização da questão.

Assim, apontamos que a audiência foi convocada no bojo de ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3.510²²) proposta pelo então Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, tendo por alvo o artigo 5º e parágrafos da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005²³. Ela tinha em vista a suposta contrariedade do referido artigo em face da “inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana”.

²² Ver o extrato processual disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2299631>>, acessado em 10/12/2015.

²³ Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Neste ponto já convém reforçarmos o trecho do despacho de convocação do Ministro Ayres Britto²⁴, já analisado em seção anterior, mas que no nosso entender, deixa muito claro qual é o motivo para a realização da audiência pública: possibilitar uma “maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, o que certamente legitimará ainda mais a decisão a ser tomada pelo Plenário desta Corte”.

Em relação a esta questão, do teor da referida decisão depreendemos de forma bastante objetiva que a audiência pública, antes concebida como instrumento técnico, voltado para esclarecimentos sobre matéria controvertida no bojo de ADIs, ADCs e ADPFs, tornou-se um instrumento cujo propósito principal é conferir uma maior legitimidade popular ao julgamento a ser proferido pelo Supremo Tribunal Federal (MEDINA *et al*, 2013).

Essa foi a percepção da importância do instrumento, celebrado como uma ferramenta democrática, verdadeiro marco que “abriu as portas” do STF para que a sociedade civil pudesse deixar de ser mera espectadora para se tornar um ator ativo na definição da decisão a ser proferida pelo Tribunal.

Essa interpretação é corroborada pela fala do próprio ministro Ayres Britto, que em tom claramente celebratório afirmou²⁵ que “democracia é isso. É tirar o povo da platéia e colocá-lo no palco das decisões que lhe digam respeito. É fazer do mero espectador um ator ou um autor do seu próprio destino”.

Os critérios de participação para a referida audiência pública ficaram, porém, sob a discricionariedade do relator, que convidou como expositores aqueles que impetraram pedidos de manifestação como “*amici curiae*”, além de permitir, por parte dos “amigos da corte”, a convocação dos agentes que lhes conviessem, o que ampliou quantitativamente a participação na audiência, mas não tornou a forma de seleção mais transparente e objetiva (VESTENA, 2010, p. 82).

Dessa perspectiva, temos que, infelizmente, foram raras as críticas em relação à realização da primeira audiência pública, uma vez que poucos se atentaram à questão do elevado grau de discricionariedade demonstrado pelo ministro-relator, que, além de deferir

²⁴ Ver nota 21.

²⁵ Fonte: “Ministro Carlos Ayres Britto concede entrevista a jornalistas após a primeira rodada de palestras”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69682&caixaBusca=N>>, acessado em 10/12/2015.

a participação de agentes sem critérios específicos, conduziu rigorosamente as exposições²⁶ dos especialistas.

Verificamos, na verdade, que a maioria da comunidade jurídica festejou o instituto como a realização do modelo “håberliano” de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição, visto que a audiência pública foi interpretada como um instrumento que trouxe abertura e possibilitou uma democratização da jurisdição constitucional da Corte Suprema, capaz de ampliar e aprimorar o acesso à informação dos ministros (LEAL; MAAS, 2010, p. 47).

Outrossim, a primeira audiência pública realizada pelo STF teria sido virtuosa por ter explicitado uma maior abertura do processo de interpretação constitucional. Essa maior abertura permitiria, ao seu turno, que a sociedade civil organizada participasse ativamente do processo de controle abstrato de constitucionalidade, de tal modo que a decisão final sobre a constitucionalidade dos dispositivos a ser tomada pelo Tribunal não poderia ser interpretada como um ato isolado da corte constitucional (MEDEIROS, 2007, p. 46).

Por fim, a referida audiência pública também teria imposto uma espécie de dever de se debruçar sobre argumentos que não seriam de natureza estritamente jurídica, mas técnico-científicos e também sociológicos. Haveria assim, por meio da audiência pública, uma deliberada exposição da Corte Suprema a discursos de natureza científica, religiosa e econômica trazidos pela sociedade civil, o que levaria, necessariamente, a uma ampliação da base de legitimidade do Tribunal. Nesse sentido, um dos reflexos dessa nova perspectiva teria sido o empenho dos ministros, durante o julgamento da lei de biossegurança, na disputa sobre a qualidade dos argumentos científicos trazidos por “seus cientistas”, em vez de analisarem argumentos estritamente jurídicos (VIEIRA, 2008, p. 453).

É justamente esta postura, no entanto, que entendemos ser uma evidência da utilização do instituto para fins de legitimidade (seletiva). Afinal, este empenho na apropriação de argumentos que justificam determinadas (pré)compreensões e (pré)conceitos dos julgadores denotam, ao nosso ver, uma ausência de diálogo, de construção deliberativa entre a sociedade e os ministros do STF.

Nossa crítica se refere ao fato de que a audiência pública em questão, por mais que tenha ampliado a participação da sociedade civil, não propiciou um ambiente de diálogo e

²⁶ Frisamos aqui a escolha deliberada pelo termo “exposições”, e não “debates”.

de verdadeira deliberação. Os especialistas falaram para uma plateia plural e televisionada, mas os ministros do STF pouco participaram deste processo “*in loco*”, por meio de debates diretos com os expositores: da análise do acórdão²⁷ percebe-se que os ministros citam determinados cientistas para corroborar seus pontos de vista, mas não há registro de diálogos e deliberações, apenas essa preocupação em “disputar a qualidade dos argumentos científicos”, para justificar, o que nos parece, uma opinião já formada.

Por fim, cumpre ressaltar que em 29 de maio de 2008, quase um ano após a realização da audiência pública, o Supremo Tribunal Federal decidiu que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, tampouco a dignidade da pessoa humana. Para seis ministros, logo, para a maioria da Corte, o artigo 5º da Lei de Biossegurança não merecia reparo. Votaram nesse sentido os ministros Carlos Ayres Britto, relator da matéria, Ellen Gracie, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello²⁸.

Ademais, como um resultado concreto da audiência pública, podemos apontar a percepção do elevado grau de discricionariedade por parte do ministro que convoca as audiências públicas, discricionariedade que ainda pauta a utilização do instituto, com efeitos que discutiremos nas conclusões vindouras.

2.2.2 Audiência Pública sobre a interrupção de gravidez - feto anencéfalo

Prosseguindo em nossa análise, em relação à referida audiência pública, podemos afirmar que ela foi realizada por requerimento direto do Procurador-Geral da República (PGR) à época, Cláudio Fonteles, no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, interposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde.

²⁷ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>, acessado em 10/12/2015.

²⁸ Conforme noticiado em: “STF libera pesquisas com células-tronco embrionárias”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=89917&caixaBusca=N>>, acessado em 10/12/2015.

A ação pedia ao Supremo Tribunal Federal que interpretasse conforme à Constituição os artigos do Código Penal que tratam do aborto, para se declarar que eles não incidiriam na hipótese de interrupção da gestação de fetos anencefálicos²⁹.

De pronto, verificamos que o próprio PGR indicou um “rol de professores a serem ouvidos”, sem maiores esclarecimentos quanto aos critérios de escolha³⁰.

Por sua vez, o relator da ADPF, ministro Marco Aurélio, em seu despacho convocatório, determinou a participação não só das entidades que requereram a admissão no processo como “*amicus curiae*”, mas também uma série de associações e especialistas³¹, a saber: a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Católica pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-vida e Pró-família e Associação de Desenvolvimento da Família, como também as seguintes entidades: Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Genética Clínica, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Conselho Federal de Medicina, Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, Escola de Gente, Igreja Universal, Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero, Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência – SBPC, bem como o então deputado federal José Aristodemo Pinotti.

Em relação à audiência propriamente dita, podemos apontar que sob a condução do ministro, foram ouvidas entidades religiosas, médicas, científicas, professores, parlamentares e ministros de Estado. Verificamos que também estiveram presentes mulheres que passaram pela experiência de ter uma gestação nessas condições.

²⁹ Da petição inicial, infere-se que foram apontados como envolvidos: “os preceitos dos artigos 1º, IV – dignidade da pessoa humana –, 5º, II - princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade –, 6º, cabeça, e 196 – direito à saúde –, todos da Carta da República e, como ato do Poder Público, causador da lesão, o conjunto normativo ensejado pelos artigos 124, 126, cabeça, e 128, incisos I e II, do Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Afirmou-se também que diversos órgãos investidos do ofício judicante – juízes e tribunais – vinham extraindo do Código Penal, em detrimento da Constituição Federal e dos princípios contidos nos textos mencionados, a proibição de se efetuar a antecipação terapêutica do parto nos casos de fetos anencefálos.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seobjetoincidente=2226954>>, acessado em 10/12/2015.

³⁰ Conforme podemos verificar na petição disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seobjetoincidente=2226954>>, acessado em 10/12/2015.

³¹ Fonte: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/adpf54audiencia.pdf>>, acessado em 10/12/2015.

A maioria das entidades religiosas que participaram das audiências se manifestaram contrariamente à possibilidade de interrupção da gestação no caso de anencefalia, inclusive a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), a Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família e a Associação Médico-Espírita do Brasil. Por sua vez, a totalidade das entidades científicas, acadêmicas e de classe defenderam o direito da mulher de interromper a gestação, se assim desejar, aí incluídos o Conselho Federal de Medicina, a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, o Conselho Federal dos Direitos da Mulher, a Escola de Gente e o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. No mesmo sentido se pronunciaram os ministros, à época, da Saúde, José Gomes Temporão, e da Mulher, Nilcéa Freire.

O que gostaríamos de destacar desde logo é que, mais uma vez, observa-se o elevado grau de discricionariedade do ministro-relator, que determinou a participação de entidades por ele selecionadas, sem maiores explicações quanto a critérios de representatividade e relevância, com exceção do convite feito a José Aristodemo Pinotti, que foi convidado em razão de sua “especialização em pediatria, ginecologia, cirurgia e obstetrícia e na qualidade de ex-Reitor da Unicamp, onde fundou e presidiu o Centro de Pesquisas Materno-Infantis de Campinas – CEMICAMP”³².

Além disso, o tom de celebração da “participação democrática” persistiu, conforme se verifica nas declarações do ministro³³, que ao encerrar as exposições, declarou que a audiência pública foi “norteada pela espontaneidade e pela liberdade em seu sentido maior”. Asseveramos que o relator destacou também que o material produzido seria integrado, posteriormente, aos autos do processo e encaminhados aos demais ministros do STF, que não participaram da audiência.

Já em relação ao resultado, o STF julgou procedente a ação, por maioria de votos, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal.

³² Ver nota 31.

³³ “Chega ao fim audiência pública sobre a interrupção de gravidez por anencefalia”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=96101&caixaBusca=N>>, acessado em 10/12/2015.

Entretanto, o que pretendemos asseverar aqui é que as audiências públicas junto ao STF foram introduzidas em um momento no qual o Tribunal buscava legitimar sua atuação em determinados casos e temas selecionados.

Em suma, o que queremos frisar é que, no contexto da expansão do protagonismo judicial, temas polêmicos foram judicializados e oportunamente trazidos a julgamento por meio da realização de audiências públicas planejadas e executadas, fartamente divulgadas e exploradas como “realização da participação democrática”, em que pese o elevado grau de discricionariedade e a falta de transparência quanto aos critérios de participação, sem falar na clara ausência dos ministros, em tese os principais interessados em ouvir a sociedade civil, e na conseqüente falta de debates e de deliberações efetivas.

Ocorre que, como verificado acima, as audiências públicas foram amplamente festejadas e utilizadas, de modo que convém analisarmos, agora, quais os seus efeitos no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

2.3 Análise da Emenda Regimental nº 29/2009

Conforme destacamos na seção anterior, as audiências públicas foram realizadas com alto grau de personalismo. É possível notar que as decisões sobre manifestações de terceiros nos processos são altamente subjetivas e estão ao exclusivo critério do relator do caso. No nosso entender, essa falta de uniformidade mostra a ausência de um entendimento procedimental acerca dos novos instrumentos de participação da sociedade civil.

Diante dos questionamentos expostos, seria natural supor que esse grau de personalismo decorreria da novidade do instituto e estaria restrito às audiências realizadas sem o devido suporte regulamentador.

Entretanto, entendemos que cada audiência realizada no STF pode ser considerada um exemplo de interação entre do Tribunal e da sociedade, pois fatores como convocação da audiência pública, atores participantes, a existência (ou não) de diálogo entre os votos e os argumentos recebidos na audiência e nos “*amicus curiae*” também se dão de forma completamente diferente caso a caso (SUNDFELD, 2011, p. 72).

Nesse sentido, podemos afirmar que as audiências públicas refletem o próprio desenho institucional do STF, essencialmente individualista.

Voltando à questão da internalização das audiências públicas pelo STF, verificamos que em 28 de fevereiro de 2009, foi apresentada a Emenda Regimental nº 29/2009, que inseriu dispositivos que permitem ao presidente do STF e ao relator do processo: “convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal”³⁴. Nesse sentido, entendemos que a regulamentação apenas aumentou o rol de legitimados para convocar a audiência pública, pouco modificando o caráter voluntário (e pontual) do instituto, uma vez que os motivos para a convocação continuaram abertos e vagos (“grande relevância da matéria e interesse público envolvido”).

Por esta razão, cabe indagar: o que justifica a convocação de uma audiência pública? Quais são os motivos que podem levar à convocação? Quando se justifica a convocação de uma audiência?

Esses questionamentos se tornam relevantes justamente por conta da existência de casos em que o pedido de realização da audiência pública foi negado pelo ministro-relator, como no caso da ADPF 153, que discutia a Lei de Anistia. Nesse caso, a recusa de realizá-la se deu sob o argumento de que sua realização “redundaria em inútil demora no julgamento do feito”, em que pese a inegável relevância do tema. Entendeu ainda o

³⁴ Nos termos do art. 13, XVII do RISTF:

Art. 13. São atribuições do Presidente:

XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal. (Atualizado com a introdução da Emenda Regimental 29/2009)

XVIII – decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas ou em qualquer processo em curso no âmbito da Presidência. (Atualizado com a introdução da Emenda Regimental 29/2009).

Art. 21. São atribuições do Relator:

XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante. (Atualizado com a introdução da Emenda Regimental 29/2009).

XVIII – decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas ou nos processos de sua relatoria. Atualizado com a introdução da Emenda Regimental 29/2009.

ministro Eros Grau que o processo estava suficientemente instruído, sem maiores explicações³⁵.

O mesmo ocorrera no caso do pedido de audiência pública para debater os direitos dos povos remanescentes de quilombos (ADI 3239), sob o argumento do ministro Cezar Peluso de que, “a despeito de diversos pedidos para a realização de audiência pública”, não foram identificadas “razões que a justificassem, visto que a causa encerraria matéria de direito”, além de não envolver “complexidade técnica”³⁶.

Tais precedentes são preocupantes, pois evidenciam os amplos poderes (monocráticos) dos ministros do Supremo Tribunal Federal e mostram, também, que as justificativas para a realização (ou não) de audiências públicas são vagas e pontuais.

Prosseguindo em nossa análise da emenda regimental, podemos apontar que ela também regulamentou aspectos referentes à publicidade e à divulgação da audiência pública, bem como sobre a garantia da participação de diversas correntes de opinião sobre a matéria objeto da audiência:

Art. 154. Serão públicas as audiências:

(...)

II – havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião;

III – caberá ao Ministro que presidir a audiência pública selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar;

São mudanças positivas, mas que, ao nosso ver, pouco influem no resultado efetivo da audiência pública, tendo em vista os amplos poderes discricionários dos ministros que a convocam, os quais podem selecionar ao seu bel-prazer as pessoas a serem ouvidas, ainda que respeitando a diversidade de opiniões.

³⁵ Conforme se verifica no seguinte link: “Eros Grau negou pedido de realização para discutir Lei da Anistia” <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=124392&caixaBusca=N>>, acessado em 10/12/2015

³⁶ Fonte: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo662.htm>>, acessado em 10/12/2015.

No nosso entender, falar em respeito de opiniões diversas sem tratar de critérios para justificar a participação de determinadas entidades e profissionais convidados pode ocasionar desigualdades argumentativas. Isso porque justamente, não há explicitação a respeito dos motivos que levaram determinados agentes a serem considerados como “*experts*” nos temas em análise e nem a representatividade das entidades selecionadas (VESTENA, 2010).

Diante do exposto, temos muitas dúvidas sobre a possibilidade de efetivação dos direitos sociais por meio das audiências públicas no Judiciário. Como apontamos, persistem aspectos, sobretudo na questão do voluntarismo, que indicam que a instrumentalização das audiências perpetua decisões descoordenadas e compensatórias, incapazes, por si sós, de aperfeiçoar as políticas públicas. Essa instrumentalização evidencia, além disso, o caráter pontual e seletivo das audiências públicas, na medida em que os temas a serem tratados por meio delas podem ser cuidadosamente escolhidos para reforçar a legitimidade da atuação judicial.

Cabe destacarmos, aqui, que essa discricionariedade na instrumentalização das audiências públicas pelo Judiciário é prejudicial para os propósitos apresentados pelo Tribunal Constitucional em relação a elas. Melhor dizendo, enquanto a discricionariedade existente na realização das audiências públicas pelo Ministério Público, por exemplo, não influem no alcance do instituto, visto que elas são apenas um instrumento de aperfeiçoamento da atuação institucional, no caso do Judiciário, as audiências públicas só poderão representar a realização da democracia participativa se efetivamente possibilitarem que a sociedade civil seja realmente ouvida e que seus argumentos provoquem uma reflexão e um diálogo entre a corte e os participantes.

Nesse sentido, a discricionariedade e a seletividade na realização das audiências denotariam apenas um interesse do STF em legitimar sua atuação em determinados casos polêmicos, uma vez que elas são um instrumento à disposição da presidência e dos ministros-relatores, mas não da sociedade civil.

Feitas essas considerações, analisaremos, especificamente, a efetivação do direito à saúde pela via judicial, sendo este direito entendido como um direito social e, portanto, afeto a todas as dificuldades metodológicas apontadas no Capítulo 1 da presente dissertação.

3 O STF E OS DESAFIOS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Tendo sido feitas algumas reflexões sobre a estrutura dos direitos sociais, sobre sua problemática efetivação por meio do positivismo jurídico tradicional e uma análise das audiências públicas como instrumentos utilizados para criar uma certa legitimidade democrática, em um contexto de expansão da atuação judicial, é chegada a hora de tratarmos, especificamente, do direito à saúde e dos efeitos das audiências públicas realizadas pelo STF na sua aplicação.

Para tanto, gostaríamos de começar destacando que, para fins teóricos e referenciais, o conceito de saúde moderno foi erigido em 26 de julho de 1946, junto ao preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), agência especializada da ONU. A constituição da OMS afirma ser a saúde o “estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças”³⁷.

Nesse sentido, segundo Germano Schwartz, o conceito de saúde da OMS sofreria críticas por se tratar de um conceito “não operacional”, na medida em que dependeria de várias escalas decisórias. Desse modo, a partir do momento em que o Estado assume o papel de destaque no cenário da saúde, a implementação dela seria “refém” da vontade política, uma vez que dependeria de verbas públicas, que podem não ser suficientes para a consecução do pretendido bem-estar físico, social e mental (2001, p. 36).

Entretanto, não concordamos com Schwartz, visto que, justamente por se tratar de um direito social, a realização do direito à saúde pressupõe a implementação de políticas públicas que, por sua magnitude orçamentária e viés global, dependem da vontade política e do Estado. E é com este entendimento que o direito à saúde foi normatizado em nossa Constituição Federal:

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

³⁷ Conforme: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%Bade/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>, acessado em 10/12/2015.

E

CF Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I – descentralização, com direção única em cada esfera do governo;

II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III – participação da comunidade (...)

O objetivo do legislador constitucional foi estabelecer que a consecução do direito à saúde deveria se dar por meio da promoção de políticas e por meio da realização de serviços, ou seja, o direito a saúde não pode ser visto por meio de uma lógica declarativa, de “tudo ou nada”, mas deve ser entendido, ao contrário, como um ideal a ser alcançado, um conceito em constante mutação e que deve ser promovido da melhor forma possível, tanto pelo Poder Público como pelos particulares, em caráter colaborativo.

Essa sistemática fica clara ao analisarmos a Lei 8.080/90, que versa “sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes” e assim dispõe:

Art. 1º Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas de direito Público ou privado.

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem a redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação

Diante dessa perspectiva, quando afirmamos que o Poder Executivo é o responsável pela efetivação do direito à saúde garantido constitucional e infraconstitucionalmente, na verdade, depreende-se que ele é o responsável pela operacionalização desta efetivação. Cabe ao referido Poder o planejamento orçamentário e a execução de políticas públicas,

aqui entendidas como uma ação governamental cujo o objetivo é coordenar os meios à disposição do Estado para a realização de objetivos definidos, por meio da seleção de prioridades, haja vista a escassez de recursos (BUCCI, 2006, p. 39), ou seja, trata-se de uma atividade que envolve um elevado nível de planejamento e demanda uma visão em escala global.

Diante do exposto, tendo em vista o conceito de saúde e a forma para a sua implementação, convém indagarmos, nesse contexto, o que seria o Sistema Único de Saúde (SUS).

Ainda segundo a Lei 8.080/90:

Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS)

Assim, vale dizer que a construção do sistema público de saúde brasileiro é promovida por meio de um processo de descentralização de recursos e de responsabilidades. Este sistema seria composto por uma série de autoridades administrativas (de diferentes níveis hierárquicos), que, por sua vez, devem lidar com múltiplos desafios que envolvem desde a capacitação de pessoal e a busca por inovações tecnológicas, ao controle de interesses e resistência a pressões do mercado (SOUZA, 2002, p. 10).

Desse modo, podemos concluir que o direito à saúde, inclusive a saúde pretendida pelo Sistema Único de Saúde, é um processo, uma meta a ser alcançada, que varia de acordo com sua própria evolução e com os avanços sociais e econômicos (SCHWARTZ, 2001, p. 39).

Asseveramos, inclusive, que a saúde é “como uma imagem-horizonte, uma busca constante do estado de bem-estar” (DALLARI, 1988, p. 59). Isso significa que devemos entender que não é possível conceber o direito à saúde de forma estática, como na lógica bilateral do “credor-devedor” do positivismo clássico analisada no capítulo 1 desta dissertação.

Em suma, devemos compreender que o direito à saúde é um direito social e, como tal, embora possa ser individualmente reclamado pela via jurídica, não pode ser

considerado um direito do indivíduo isolado, ou seja “um direito absoluto”. É um direito cuja aplicação exige, a rigor, uma consideração por parte dos atores políticos (inclusive do Poder Judiciário) em relação aos demais membros da comunidade que também necessitam de políticas públicas sanitárias (NEVES, 2013b).

Diante de todo o exposto, devemos agora analisar como os tribunais, em especial o Supremo Tribunal Federal, aplicam efetivamente o direito à saúde.

Nesse sentido, a jurisprudência do STF e do Superior Tribunal de Justiça sobre a aplicação do direito à saúde anterior à realização da audiência pública sobre a judicialização da saúde pode ser representada pelas seguintes linhas argumentativas: i) como regra geral, tem-se que o direito à saúde, tendo em vista seu caráter fundamental e indisponível, deve ter primazia sobre outros interesses estatais³⁸, inclusive ante eventual tensão existente entre o proclamado direito à saúde e à vida e a disponibilidade de recursos públicos³⁹; ii) verifica-se também uma expansão em relação aos limites da atividade

³⁸ Ver RMS 23.184, assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUS. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO, PELO ESTADO, À PESSOA HIPOSSUFICIENTE PORTADORA DE DOENÇA GRAVE. OBRIGATORIEDADE. (...) 4. Os arts. 196 e 227 da CF/88 inibem a omissão do ente público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) em garantir o efetivo tratamento médico à pessoa necessitada, inclusive com o fornecimento, se necessário, de medicamentos de forma gratuita para o tratamento, cuja medida, no caso dos autos, impõe-se de modo imediato, em face da urgência e conseqüências que possam acarretar a não-realização. 5. Constitui função institucional e nobre do Ministério Público buscar a entrega da prestação jurisdicional para obrigar o Estado a fornecer medicamento essencial à saúde de pessoa carente, especialmente quando sofre de doença grave que se não for tratada poderá causar, prematuramente, a sua morte. 6. O Estado, ao negar a proteção perseguida nas circunstâncias dos autos, omitindo-se em garantir o direito fundamental à saúde, humilha a cidadania, descumpre o seu dever constitucional e ostenta prática violenta de atentado à dignidade humana e à vida. É totalitário e insensível. (...)

Inteiro teor do acórdão disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2934932&num_registro=200602590936&data=20070319&tipo=5&formato=PDF>, acessado em 10/12/2015.

³⁹ Ver RE 393.175, assim ementado:

PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO – PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

Inteiro teor disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+393175%2ENUM%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+393175%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aphd9kd>>, acessado em 10/12/2015.

jurisdicional, sob a justificativa de que é necessário dar efetividade aos comandos constitucionais garantidores do direito à vida e à saúde⁴⁰ (CIARLINI, 2013).

Tendo em vista o quadro apresentado, temos que, de um modo geral, as decisões judiciais têm justamente tratado o direito à saúde de forma absoluta, pela lógica do “tudo ou nada”, ou seja, é evidente que persistem a lógica “credor-devedor” e o viés compensatório do positivismo clássico.

Nesse sentido, entendemos justas as contundentes críticas apontadas por Luís Roberto Barroso (2009, p. 3-4), para o qual a judicialização da saúde no Brasil é caracterizada por um notável excesso de ambição e por uma evidente falta de critérios, além de voluntarismos diversos.

Nesse sentido, proliferariam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis, tanto por serem desprovidos de essencialidade como por sua inacessibilidade. Assim, tais excessos e inconsistências, além de serem problemáticos em si mesmos, colocariam em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, na medida em que provocariam uma desorganização na atividade administrativa, além de impedir a alocação racional dos escassos recursos públicos.

No limite, para Luís Roberto Barroso, o casuísmo da jurisprudência brasileira poderia “impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas” (2009, p. 3-4).

É neste cenário, enfim, que foi realizada, no que concerne o direito à saúde no âmbito do STF, a mais ambiciosa e bem estruturada audiência pública daquele Tribunal. Na próxima seção analisaremos a audiência pública sobre a judicialização da saúde e seus

⁴⁰ Ver RESP 857.502, assim ementado:

FAZENDA PÚBLICA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS - CABIMENTO - ART. 461, § 5º, DO CPC - PRECEDENTES. 1. A hipótese dos autos cuida da possibilidade de bloqueio de verbas públicas do Estado do Rio Grande do Sul, pelo não-cumprimento da obrigação de fornecer medicamentos à portadora de doença grave, como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva da obrigação de fazer ou de entregar coisa. (arts. 461 e 461-A do CPC). 2. A negativa de fornecimento de um medicamento de uso imprescindível, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, per si, viola a Constituição Federal, pois a vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano. 3. Por isso, a decisão que determina o fornecimento de medicamento não está sujeita ao mérito administrativo, ou seja, conveniência e oportunidade de execução de gastos públicos, mas de verdadeira observância da legalidade.

Inteiro teor disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2710306&num_registro=200601380246&data=20061030&tipo=5&formato=PDF>, acessado em 10/12/2015.

efeitos na efetivação do referido direito social, tendo em vista, também, o papel que o instituto assumiu no âmbito do STF, conforme apresentado no capítulo 2 desta dissertação.

3.1 Audiência pública sobre a judicialização do direito à saúde

Tendo sido apresentado todo o contexto que envolveu a convocação da audiência pública sobre a “judicialização da saúde”, podemos afirmar que a referida audiência, convocada para prestar esclarecimentos referentes aos julgamentos dos agravos Regimentais nas Suspensões de Liminares nº 47 e 64, nas Suspensões de Tutela Antecipada nº 36, 185, 211 e 278, e nas Suspensões de Segurança nº 2361, 2944, 3345 e 3355, todos de relatoria da Presidência do STF, tornou-se verdadeiro evento de pronunciamentos de caráter científico, jurídico e político a respeito do direito à saúde, dividido em painéis temáticos assim classificados: i) “O acesso às prestações de saúde no Brasil – Desafios do Poder Judiciário”; ii) “Responsabilidade dos entes da Federação e financiamento do Sistema Único de Saúde”; iii) “Gestão do Sistema Único de Saúde – Legislação do Sistema Único de Saúde e universalidade do sistema”; iv) “Registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária e protocolos e diretrizes terapêuticas do Sistema Único de Saúde”; v) “Políticas públicas de saúde – Integralidade do sistema” e vi) “Assistência farmacêutica do Sistema Único de Saúde”.

Ademais, em uma primeira análise, parece-nos que a convocação da audiência foi uma reação sincera aos grandes problemas causados pela judicialização excessiva do direito à saúde, conforme declaração do ministro Gilmar Mendes, que organizou e convocou a referida audiência:

(...) outra circunstância marcante [da audiência] foi a atitude de humildade do Poder Judiciário ao reconhecer os embaraços que permeiam as soluções judiciais – sobretudo quando abrangem aspectos e temas inerentes à área técnica –, decisões cuja repercussão muitas vezes afeta, por vias transversas, o bem-estar de toda a comunidade.⁴¹

⁴¹ Ver a Introdução: *Audiência Pública – Saúde* (2009). Em tempo, na referida introdução o Ministro Gilmar Mendes continua: “(...) satisfazer necessidades individuais das pessoas portadoras de doenças graves e que precisam de tratamentos específicos resulta, indiretamente, no sacrifício do direito de muitos outros cidadãos igualmente dependentes do sistema político de saúde. Sob tal circunstância é imperioso alcançar uma posição equilibrada, a partir da qual seja possível analisar todas as implicações das decisões judiciais, sem

Nesse sentido, a audiência pública foi organizada com a finalidade especial de promover a participação social por meio de depoimentos de pessoas com experiência e autoridade no que concerne ao Sistema Único de Saúde – SUS, em suas várias vertentes. Assim, em tese, o objetivo específico da audiência pública seria esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais sobre a saúde.

De fato, houve uma grande mobilização da sociedade civil, tanto por meio da fala de diversos especialistas⁴² como por meio de envio de material escrito⁴³, o que poderia atestar o “sucesso” da referida audiência.

Em relação à audiência propriamente dita, verificamos que o primeiro dia de sua realização foi destinado a debater o acesso às prestações de saúde no Brasil e os desafios do Poder Judiciário. Estiveram presentes os ministros Gilmar Mendes e Carlos Alberto Menezes Direito, apenas (ressalte-se), além de representantes do Ministério Público Federal, da Advocacia-Geral da União, da Defensoria Pública da União, do Ministério da Saúde, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, da Associação dos Magistrados do Brasil e da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Ingo Wolfgang Sarlet). Neste dia houve uma exposição sobre o papel do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde, com reconhecimento, pela maioria dos que abordaram o tema, da legitimidade de sua atuação no âmbito das demandas individuais.

No segundo dia da sessão de Audiência Pública, foram abordadas as questões relativas à responsabilidade dos entes da Federação e ao financiamento do SUS. Estiveram presentes representantes do Conselho Nacional de Saúde, do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde, do Ministério da Saúde, da Fundação Oswaldo Cruz e da Defensoria Pública da União.

comprometer os direitos fundamentais dos cidadãos e, em especial, o direito à saúde. Tal desiderato norteou a realização da audiência, com a qual se buscou reunir informações técnicas, aptas a instruir os processos do Tribunal, e colher subsídios para um amplo e pluralista debate público em prol do aprimoramento das políticas de saúde”.

⁴² Ver “Fala dos especialistas”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>, acessado em 10/12/2015.

⁴³ Ver “Contribuições da sociedade civil para a Audiência Pública (Material Enviado)”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Artigos>, acessado em 10/12/2015.

O terceiro dia da sessão de Audiência Pública foi destinado a debater a gestão e a legislação do Sistema Único de Saúde. Já o quarto dia da sessão de Audiência Pública abordou questões relacionadas ao registro de medicamentos e insumos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), bem como os protocolos e as diretrizes terapêuticas do Sistema Único de Saúde (SUS).

No quinto dia, as exposições envolveram as políticas públicas de saúde e a integralidade do sistema. Foram apresentadas ponderações sobre a judicialização da saúde e sobre a necessidade de equilíbrio na intervenção judicial.

Finalmente, no sexto e último dia da sessão, foram prestados os esclarecimentos relacionados à política de assistência farmacêutica do SUS.

Agora, após este relato das atividades realizadas durante a audiência pública e tendo em vista as ponderações que fizemos ao longo desta pesquisa, em que pese a extensa mobilização e o enorme material produzido pela audiência, é flagrante a ausência dos ministros do Supremo Tribunal Federal, o que nosso entender, mostra que a audiência pública não proporciona um diálogo entre a Corte Suprema e a sociedade civil, no sentido de que não há debate de ideias entre os ministros e os expositores.

Este problema poderia ser ignorado diante do suposto sucesso da audiência pública e nesse sentido, tendo em vista o julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175⁴⁴, verificamos que o relator destacou, em seu voto, que, “levando em conta a grande quantidade de processos e a complexidade das questões neles envolvidas” ele tinha convocado a audiência pública com o objetivo de ouvir os “especialistas em matéria de Saúde Pública, especialmente os gestores públicos, os membros da magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da AGU”, além de acadêmicos e entidades da sociedade civil.

No referido voto, o relator apontou, ainda, que, das apresentações decorrentes da audiência pública, sobressaiu a ideia de que o problema em relação à falta de efetividade do direito à saúde não decorreria da judicialização ou da interferência do Poder Judiciário, uma vez que as decisões judiciais, na maioria das vezes, determinariam, simplesmente, o cumprimento de políticas públicas já existentes.

Sendo assim, para o ministro-relator, a solução para a judicialização excessiva passaria pela “construção de um parâmetro” para as decisões judiciais, objetivo que

⁴⁴ Conforme acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>, acessado em 10/12/2015.

norteou uma série de iniciativas por parte do Conselho Nacional de Justiça na elaboração do que seria uma “política judiciária de saúde”.

Contudo, diante da perspectiva de nossa pesquisa e pelo que já foi apresentado até o momento, entendemos que esses resultados não são suficientes para afirmarmos que ocorreu uma mudança de mentalidade dos operadores do direito. Sobretudo, não podemos afirmar que eles sejam capazes de “analisar todas as implicações das decisões judiciais” e superar a lógica compensatória e individualista do positivismo clássico.

No nosso entender a audiência pública, da forma como foi realizada, replicou a estrutura e os limites apresentados pelas audiências anteriores, ou seja, diante da análise da condução dos trabalhos ficam evidentes o personalismo e o individualismo da Corte.

É como se a audiência fosse um instrumento da Presidência do STF, que a convocou para reafirmar sua disposição de ouvir a sociedade, sem ocorrer, contudo, participação efetiva dos demais ministros do Tribunal, e, conseqüentemente, nenhum debate de ideias entre a sociedade civil e a Corte Constitucional.

Desse modo, embora seja inegável que um novo paradigma decisório tenha sido firmado após a realização da audiência pública sobre a judicialização da saúde, é possível afirmarmos que ainda não há espaço para uma reflexão acerca das conseqüências resultantes da crescente judicialização das políticas públicas de saúde por meio de tutelas individuais (CIARLINI, 2013, p. 52-53).

Para chegarmos a essa conclusão, basta verificarmos, por exemplo, a jurisprudência recente (posterior à realização da audiência pública) do STF⁴⁵ sobre o tema “fornecimento de medicamentos/tratamentos médicos”. Nela, percebemos que as decisões apresentadas são justificadas por meio de uma argumentação muitas vezes vaga, pouco objetiva, na qual

⁴⁵ “Mantidas liminares que obrigam município paulista a custear tratamentos”, destaco a afirmação do Min. Joaquim Barbosa: “a mera menção abstrata ao risco representado pelo cumprimento das ordens judiciais impugnadas não é suficiente para autorizar a sua suspensão, uma vez que, tratando-se de prestações relacionadas ao direito fundamental à saúde, a impugnação estatal à sua satisfação imediata deve levar em conta, na grande maioria dos casos, o perigo de que a demora no julgamento final da causa venha a comprometer o direito à vida dos cidadãos beneficiados pela tutela liminar”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=241165&caixaBusca=N>>, acessado em 10/12/2015.

“Presidente do STF mantém decisão que garante medicamentos para portadores de doença rara”, destaco o seguinte trecho da decisão: “A suspensão dos efeitos da decisão poderia causar situação extremamente mais grave (sofrimento contínuo e diário, com redução da qualidade e expectativa de vida dos pacientes) do que aquela que se pretende combater”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=188964&caixaBusca=N>>, acessado em 10/12/2015.

há um sopesamento de princípios “abertos” (“direito à vida”, “dignidade da pessoa humana”), cujo real significado e alcance é difícil de ser mensurado. Em suma, ainda é aplicada a lógica declaratória de direitos (do “tudo ou nada”/absoluta).

Sendo assim, já podemos verificar os limites do alcance da audiência pública e como a perspectiva individualista (e compensatória) do direito positivo permanece, pois a judicialização continuou essencialmente atomizada e as decisões sobre o tema persistem em serem individualistas, descoordenadas e, portanto, subsidiárias, no que se refere à fiscalização de políticas públicas sanitárias.

A propósito, convém destacarmos que não ignoramos outros efeitos diretos da audiência pública sobre a judicialização da saúde, como a criação do Fórum Nacional da Saúde e as Recomendações 31 e 36 do CNJ, instrumentos que, por representarem a operacionalização dos parâmetros a serem buscados na atuação judicial, serão analisados e debatidos oportunamente, ao final do presente capítulo.

3.2 Audiência Pública sobre o programa “Mais Médicos”

Prosseguindo em nossa análise das audiências públicas realizadas pelo STF sobre o direito à saúde, trataremos agora da audiência pública convocada para discutir o programa “Mais Médicos”, instituído pela Medida Provisória (MP) 621⁴⁶, de 8 de julho de 2013.

Em uma análise mais detalhada verificamos que o referido programa foi coordenado pela União com o apoio dos estados e municípios e busca a melhoria do

⁴⁶ Que assim dispôs:

Art. 1o Fica instituído o Programa Mais Médicos, com a finalidade de formar recursos humanos na área médica para o Sistema Único de Saúde - SUS e com os seguintes objetivos:

I - diminuir a carência de médicos nas regiões prioritárias para o SUS, a fim de reduzir as desigualdades regionais na área da saúde;

II - fortalecer a prestação de serviços na atenção básica em saúde no País;

III - aprimorar a formação médica no País e proporcionar maior experiência no campo de prática médica durante o processo de formação;

IV - ampliar a inserção do médico em formação nas unidades de atendimento do SUS, desenvolvendo seu conhecimento sobre a realidade da saúde da população brasileira;

V - fortalecer a política de educação permanente com a integração ensino-serviço, por meio da atuação das instituições de educação superior na supervisão acadêmica das atividades desempenhadas pelos médicos;

VI - promover a troca de conhecimentos e experiências entre profissionais da saúde brasileiros e médicos formados em instituições estrangeiras;

VII - aperfeiçoar médicos para atuação nas políticas públicas de saúde do País e na organização e funcionamento do SUS; (...)

atendimento aos usuários do SUS por meio do envio de médicos para regiões em que há grande escassez desses profissionais, além de outras iniciativas.

Nesse sentido, o “Programa Mais Médicos” seria parte de um amplo esforço do governo federal, com apoio de estados e municípios, para a melhoria do atendimento aos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS), pois, além de possibilitar o envio de mais médicos para regiões onde há escassez ou ausência desses profissionais, o programa prevê, também, mais investimentos para construção, reforma e ampliação de “Unidades Básicas de Saúde”. Prevê, enfim, novas vagas de graduação e residência médica para qualificar a formação desses profissionais, com foco no aperfeiçoamento da atuação médica na efetivação das políticas públicas de saúde e no funcionamento do SUS.

Verificamos, assim, que o programa busca resolver a questão emergencial do atendimento básico ao cidadão, mas também procura criar condições para garantir um atendimento qualificado para aqueles que acessam cotidianamente o SUS. Além de estender o acesso, o programa busca, em suma, “humanizar” e provocar melhorias na qualidade do atendimento médico, por meio da criação de vínculos entre os profissionais da saúde, os pacientes e a comunidade⁴⁷.

Ocorre que tal programa foi acompanhado de uma forte reação adversa da classe médica e de outros setores da sociedade, sobretudo pela convocação de médicos cubanos para trabalhar no Brasil, com críticas que vão desde a dispensa do exame de revalidação do diploma às precárias condições em que vão trabalhar e até a forma de pagamento⁴⁸.

Nesse contexto, foram ajuizadas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 5.035 e 5.037, interpostas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Liberais Universitários e pela Associação Médica Brasileira, questionando dispositivos da referida medida provisória.

Ato contínuo, o relator das ADIs, ministro Marco Aurélio, convocou a realização de audiência pública⁴⁹, para discutir a política pública estabelecida pela Medida Provisória

⁴⁷ Conforme informações extraídas de <<http://www.maismedicos.gov.br/conheca-programa>>, acessado em 10/12/2015.

⁴⁸ Ver: “Convocação de médicos cubanos para trabalhar no Brasil gera polêmicas”. Disponível em: <<http://g1.globo.com/globo-news/noticia/2013/08/convocacao-de-medicos-cubanos-para-trabalhar-no-brasil-gera-polemica.html>>, acessado em 10/12/2015.

⁴⁹ Inteiro teor disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/DespachoAudienciaMaisMedicos.pdf>>, acessado em 10/12/2015.

621, principalmente sobre os aspectos envolvendo as alterações quanto ao funcionamento dos cursos de graduação em medicina e à formação dos profissionais bem como à contratação de médicos para atuarem no âmbito da saúde pública, inclusive estrangeiros e brasileiros formados no exterior, dispensada a revalidação do diploma universitário.

Para o ministro-relator, as normas introduzidas pela MP “possuem implicações nos campos da administração pública, educação, trabalho e, principalmente, consoante consignado, da saúde”. Nesse sentido, a relevância da questão seria evidente e por este motivo seria necessária e conveniente “a oitiva de pessoas com experiência e autoridade no tocante aos temas envolvidos”.

Vale anotar que para o relator, o objetivo da audiência pública seria analisar, “do ponto de vista sistêmico, as vantagens e desvantagens da política pública formulada”.

Em relação aos trabalhos da audiência pública em questão, verificamos que foram ouvidos 24 expositores, dentre autoridades convidadas pelo relator (sem a exposição de critério a informar o convite) e demais entidades que enviaram pedidos de participação por correio eletrônico e que tiveram a seus pedidos deferidos⁵⁰. Ressalte-se, aqui, que persistem claramente os amplos poderes discricionários do relator, que continua a organizar a forma de execução da audiência, além de definir quem pode ser ouvido, sem a necessidade de qualquer justificativa pública.

Sobre as exposições propriamente ditas, destacamos a participação de Marcelo Néri, ministro interino de Assuntos Estratégicos e presidente do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), segundo o qual levantamentos do Ipea comprovariam que os médicos concentram-se nas áreas mais ricas do Brasil, o que ocasionaria uma escassez de profissionais nos locais com menos recursos. Nesse sentido, segundo Néri, a falta de médicos seria o maior problema enfrentado pelo Sistema Único de Saúde.

Destacamos também, como contraponto, a exposição de Geraldo Ferreira Filho, representante da Federação Nacional dos Médicos e da Confederação Nacional dos Trabalhadores Liberais Universitários Regulamentados, que afirmou que o programa “Mais Médicos” poderia levar a uma precarização dos serviços médicos. No mesmo sentido foi a apresentação de Jadete Barbosa Lampert, presidente da Associação Brasileira de Educação

⁵⁰ Conforme se verifica em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/RelacaoDeEntidadesAutoridades.pdf>>, acessado em 10/12/2015.

Médica, para a qual a criação do programa seria benéfica por incentivar a discussão, mas apresentaria riscos significativos para a qualidade do serviço.

Em relação ao resultado da referida audiência, destacamos as declarações do ministro Marco Aurélio⁵¹, que, ao fazer um balanço de dois dias de audiência, afirmou que as “exposições foram muito profícuas, substanciosas e com visões diversificadas”, acrescentando, ainda, que as exposições serão degravadas e anexadas ao processo.

Esta declaração deixa claro que não houve uma participação efetiva dos demais ministros da Corte na audiência, de tal modo que não podemos falar que ela proporcionou um amplo debate, um diálogo ou uma troca de experiências entre os julgadores e a sociedade civil.

Ademais, diante desse relato podemos apontar que a audiência pública foi convocada para tratar de um tema pontual no contexto da efetivação das políticas públicas de saúde, mas muito polêmico e de forma discricionária, o que, no nosso entendimento, reforça a ideia da seletividade decisória e do personalismo presentes nas audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Esse nosso entendimento é reforçado pelo fato de que, encerrada a audiência em 26 de novembro de 2013 e após a manifestação da PGR pela improcedência das ações, os processos encontram-se conclusos com o relator, aguardando julgamento⁵².

Enquanto isso, a Medida Provisória questionada foi convertida na Lei 12.871/2013 e o programa “Mais Médicos” é uma realidade, tendo completado dois anos de existência.

3.3 Audiência pública sobre internação hospitalar com diferença de classe no SUS

Finalmente, analisaremos a última audiência pública que tratou de questões sobre a efetivação do direito à saúde. Trata-se, no caso, da audiência pública convocada para discutir a internação hospitalar com diferença de classe no SUS.

⁵¹ “STF encerra audiência pública sobre o programa Mais Médicos”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-26/supremo-finaliza-audiencia-publica-debateu-programa-medicos>>, acessado em 10/12/2015.

⁵² Fonte: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4453685>>, acessado em 10/12/2015 e <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4453567>>, acessado em 10/12/2015.

A audiência foi convocada pelo relator do Recurso Extraordinário 581.488, ministro Dias Toffoli, tendo em vista que a discussão apresentada no respectivo processo apresentava “densidade constitucional” e extrapolava os interesses subjetivos das partes. Segundo Dias Toffoli, o “acesso à internação pelo SUS com a possibilidade de melhoria do tipo de acomodação recebida pelo usuário mediante o pagamento da diferença entre os valores correspondentes” poderia ensejar uma multiplicação de demandas semelhantes.

Sendo assim, o objeto em discussão exigiria uma “manifestação definitiva” do STF sobre todos os aspectos envolvidos na ação, tendo em vista que a questão trazida à Corte apresentaria relevância jurídica e social e envolveria “valiosos interesses jurídicos, como o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde e a complementaridade da participação do setor privado na saúde pública”, que por sua natureza demandariam uma “abordagem técnica”.

Nesse sentido, a realização da audiência pública, segundo o relator, permitiria a “oitiva de especialistas, de representantes do poder público e da sociedade civil”, de modo a subsidiar a Corte Suprema com o conhecimento especializado necessário para o deslinde da causa⁵³.

Sobre a condução da audiência em questão, verificamos que foram ouvidos 14 expositores, entre os quais as próprias partes do processo, os inscritos por entidades representativas de usuários, entidades hospitalares, além da Procuradoria-Geral da República e de representantes da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Ainda sobre o processo de inscrição para exposição, verificamos que o relator facultou aos interessados o envio de pedidos de participação, que poderiam ser deferidos ou não, de maneira monocrática. Ressaltamos, mais uma vez, que este fato reforça o personalismo e a discricionariedade presentes na realização da audiência.

Em relação às exposições realizadas na audiência, ressaltamos a fala do ministro da Saúde, Arthur Chioro, que avaliou a diferença no acesso ao SUS como medida ineficiente e eticamente inadequada, que permite o uso por poucos de recursos destinados a todos. Por sua vez, apenas os representantes das Santas Casas e da Federação Nacional dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde (FENAESS) defenderam a possibilidade de internação com “diferença de classe”.

⁵³ “Ministro convoca audiência pública para debater 'diferença de classe' em internação no SUS”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=263039>>, acesso em 10/12/2015.

Entretanto, gostaríamos de destacar que todas essas exposições ocorreram diante de uma plateia que, com exceção do ministro Dias Toffoli, não era composta pelos integrantes do Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, ainda que tenha sido possível “ouvir como funciona na realidade hospitalar essa diferenciação de classe dentro do próprio Sistema Único de Saúde que, segundo a Constituição, é universal e gratuito”, os subsídios recolhidos na audiência pública foram analisados de forma indireta, uma vez que o material foi juntado aos autos e encaminhados aos demais ministros⁵⁴.

Assim, podemos apontar, mais uma vez, para a evidente ausência de debate e de diálogo direto entre a Corte Constitucional e a sociedade civil.

Por isso, podemos concluir que as audiências públicas, da forma como estão sendo realizadas, são praticamente atos solitários do ministro-relator do caso concreto, que de acordo com seu juízo e sem a atuação coordenada junto ao plenário, realiza um evento expositivo, composto por atores externos, mas direcionado a uma plateia cujos principais interessados estão ausentes.

Verificamos que as diversas palestras não apresentam efeitos deliberativos concretos para o Tribunal, uma vez que os resultados apenas subsidiam, de acordo com o critério discricionário do relator, um voto que, eventualmente, será apresentado aos demais ministros.

Por tudo isso, resta claro, no nosso entendimento, o caráter pontual, seletivo das audiências públicas.

A propósito, em 03/12/2015, o plenário do Supremo Tribunal Federal, em votação unânime, negou provimento ao Recurso Extraordinário 581.488, definindo que “é constitucional a regra que veda, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio Sistema Único de Saúde, ou por médico conveniado, mediante o pagamento dos valores correspondentes”⁵⁵.

⁵⁴ “Ministro Dias Toffoli encerra audiência pública sobre 'diferença de classe' em internações do SUS”, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=267644&caixaBusca=N>>, acessado em: 10/12/2015.

⁵⁵ Conforme se verifica em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2604151>>, acessado em 12/10/2015.

3.4 Resultados e as consequências das audiências públicas sobre o direito à saúde

Diante de todo o exposto, resta-nos apenas identificar a função das audiências públicas e qual o seu espaço em relação à jurisdição constitucional e no controle de políticas públicas de saúde.

Convém reafirmar que os direitos sociais (e sobretudo o direito à saúde) representam uma nova concepção de direitos dentro do sistema jurídico, uma vez que, ao mesmo tempo que possuem características que decorrem do tradicional direito civil, individual, do direito coletivo, que privilegia a igualdade, e também do direito “difuso”, cultural, que valoriza, sobretudo, a solidariedade, são necessárias importantes adaptações nos modos de interpretar a legitimidade das normas, principalmente em relação à sua aplicação.

Diante dessa perspectiva, a efetivação dos direitos sociais implicaria a valorização de instrumentos democráticos em todos os momentos da implementação de qualquer política pública destinada a realizar direitos, inclusive no momento do controle judicial dessa política.

Nesse sentido, seria necessário que os juízes e demais profissionais do campo jurídico compreendam o papel do direito no século XXI, que, por sua vez, não estaria restrito a simples existência de textos legais, mas exigiria a verificação do efetivo controle popular na implementação da política pública (DALLARI, 2013, p. 477).

Ocorre que, conforme temos apontado nesta dissertação, mesmo com a instrumentalização das audiências públicas, a forma de interpretação das normas tem sido pouco alterada. O que se verificou, na verdade, foi uma persistência da aplicação do direito à saúde pelo viés (individualista) do “tudo ou nada”, absolutista e meramente declarativo.

A propósito, a superação desse paradigma interpretativo parecia ser o objetivo final da audiência pública sobre a judicialização da saúde, conforme podemos perceber nas palavras do ministro Gilmar Mendes⁵⁶, que, ao encerrar a referida audiência, destacou que a participação de diferentes grupos em processos judiciais de grande importância para toda a sociedade cumpriria uma função de integração extremamente relevante no Estado de Direito.

⁵⁶ Ver: Audiência Pública da Saúde: 2009, p. 322-323.

Nesse sentido, para o ministro, durante a audiência pública, ficou evidente a dificuldade e complexidade do tema, bem como a “a importância da atuação consciente do Poder Judiciário”.

Com efeito, nos últimos anos, o Judiciário buscou se debruçar de forma mais sistemática e coordenada sobre o ato de julgar, de modo a fazer com que a decisão judicial não seja necessariamente uma escolha solitária (ASENSI, 2013, p.86).

Nesse sentido, estaríamos observando o desenho de uma verdadeira “política judiciária da saúde” (ASENSI, 2013, p. 86) por meio das Recomendações nº 31 e 36 do Conselho Nacional de Justiça e da Resolução nº 107 do mesmo órgão.

Resultado direto da realização da audiência pública sobre a judicialização da saúde⁵⁷, as Recomendações nº 31 e 36⁵⁸ do CNJ orientam aos “Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução de demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde” e assim dispõem:

Recomendação nº 31, de 30/03/2010:

(...)

CONSIDERANDO que ficou constatada na Audiência Pública nº 4, realizada pelo Supremo Tribunal Federal para discutir as questões relativas às demandas judiciais que objetivam o fornecimento de prestações de saúde, a carência de informações clínicas prestadas aos magistrados a respeito dos problemas de saúde enfrentados pelos autores dessas demandas;

(...)

CONSIDERANDO as reiteradas reivindicações dos gestores para que sejam ouvidos antes da concessão de provimentos judiciais de urgência e a necessidade de prestigiar sua capacidade gerencial, as políticas públicas existentes e a organização do sistema público de saúde;

⁵⁷ Mais especificamente, podemos destacar que a Recomendação nº 31 foi fruto direto do Grupo de Trabalho instituído pela Portaria 650, de 20 de novembro de 2009, cujo objetivo foi o “estudo e proposta de medidas concretas e normativas para as demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”. Inteiro teor da portaria disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/portaria-n650-20-11-2009-presidencia.pdf>, acessado em 10/12/2015.

⁵⁸ Inteiro teor disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1195>> e <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1227>>, acessados em 10/12/2015.

(...)

I. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que:

a) até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais;

b) orientem, através das suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que:

b. 1) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;

b. 2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;

b. 3) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência;

b. 4) verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento;

b. 5) determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas;

c) incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, de acordo com a relação mínima de disciplinas estabelecida pela Resolução 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça;

d) promovam, para fins de conhecimento prático de funcionamento, visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados. (...)

Recomendação nº 36, de 12/07/2011:

(...)

CONSIDERANDO o crescente número de demandas envolvendo a assistência à saúde suplementar em tramitação no Poder Judiciário brasileiro,

CONSIDERANDO que o Poder Judiciário tem buscado a mediação como melhor forma de solução de conflitos,

I – Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e Tribunais Regionais Federais que:

a) celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico, sem ônus para os Tribunais, composto por médicos e farmacêuticos, indicados pelos Comitês Executivos Estaduais, para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes, observadas as peculiaridades regionais;

(...)

c) orientem os magistrados vinculados, por meio de suas corregedorias, a fim de que oficiem, quando cabível e possível, à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), ao Conselho Federal de Medicina (CFM), ao Conselho Federal de Odontologia (CFO), para se manifestarem acerca da matéria debatida dentro das atribuições de cada órgão, específica e respectivamente sobre obrigações regulamentares das operadoras, medicamentos, materiais, órteses, próteses e tratamentos experimentais.

(...)

No mesmo sentido dispõe a Resolução CNJ nº 107, de 06/04/2010⁵⁹, ao instituir o “Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde”,

Art. 1º Fica instituído, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Fórum Nacional para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o

⁵⁹ Inteiro teor disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2831>>, acessado em 10/12/2015.

reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos.

Art. 2º Caberá ao Fórum Nacional:

I - o monitoramento das ações judiciais que envolvam prestações de assistência à saúde, como o fornecimento de medicamentos, produtos ou insumos em geral, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares;

II - o monitoramento das ações judiciais relativas ao Sistema Único de Saúde;

III - a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à otimização de rotinas processuais, à organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas;

(...)

Art. 3º No âmbito do Fórum Nacional serão instituídos comitês executivos, sob a coordenação de magistrados indicados pela Presidência e/ou pela Corregedoria Nacional de Justiça, para coordenar e executar as ações de natureza específica, que forem consideradas relevantes, a partir dos objetivos do artigo anterior.

Art. 4º O Fórum Nacional será integrado por magistrados atuantes em unidades jurisdicionais, especializadas ou não, que tratem de temas relacionados ao objeto de sua atuação, podendo contar com o auxílio de autoridades e especialistas com atuação nas áreas correlatas, especialmente do Conselho Nacional do Ministério Público, do Ministério Público Federal, dos Estados e do Distrito Federal, das Defensorias Públicas, da Ordem dos Advogados do Brasil, de universidades e outras instituições de pesquisa.

Entretanto, entendemos que iniciativas que compreendem essa “política judiciária para a saúde” são muito tímidas no que diz respeito ao aumento da participação democrática e muito centradas em objetivos específicos do Poder Judiciário, a saber, o monitoramento estatístico processual e a consequente diminuição da “explosão de litigiosidade”.

Explicamos: conforme se depreende dos trechos destacados, o Fórum Nacional para o monitoramento das demandas de saúde é composto quase que exclusivamente por magistrados, sendo que a participação da sociedade civil (especialistas, professores, etc.)

ocorre apenas em caráter subsidiário, de apoio. Sendo assim, há pouco espaço para um diálogo efetivo entre os juízes e os “*experts*”, cujas intervenções, nesse contexto, apenas serviriam para legitimar determinadas escolhas judiciais.

Ademais, fica patente o interesse do Conselho Nacional de Justiça em incorporar as formas alternativas de resolução de conflitos (as chamadas “*alternative dispute resolution*” - ADRs)⁶⁰, como parte do processo de resolução da explosão da litigiosidade do direito à saúde.

Desse modo, as ADRs acabam limitadas à agenda da justiça judiciária, no sentido de que perpetua-se uma visão que concebe os meios não adjudicatórios de resolução de conflitos como substitutivos e subordinados à jurisdição judiciária.

Isso fica demonstrado de forma clara nas declarações da Conselheira Deborah Ciocci⁶¹, que, na condição de supervisora do referido fórum, afirmou:

Acho que a questão da efetivação do direito à saúde é foco da atual gestão à frente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Saúde é uma questão essencial para o presidente do Conselho, ministro Ricardo Lewandowski. Ele tem demonstrado muito interesse na criação desses núcleos de apoio técnico e de câmaras de conciliação pré-processual, tanto em saúde pública quanto em saúde suplementar. Nós temos nos reunido, como ocorreu no ano passado, com todos os comitês estaduais do fórum. Temos trabalhado para que aquele estado que ainda não tem uma atuação efetivamente eficiente incremente convênios com os próprios gestores, para corrigir alguns problemas, algumas distorções. O nosso objetivo é tornar célere a prestação jurisdicional. Em questão de saúde, mais ainda. Destaco também aquela audiência pública que foi realizada no Supremo Tribunal Federal (STF), em que algumas questões foram muito debatidas, e o trabalho que o CNJ vem fazendo nessa área já evoluiu bastante. Neste ano, vamos realizar a II Jornada de Direito da Saúde, para criarmos alguns enunciados interpretativos e também para divulgar para o País todos os

⁶⁰ Ver Resolução 125/2010 do CNJ, que dispõe sobre a “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário”. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>, acessado em 10/12/2015

⁶¹ Inteiro teor da entrevista disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/78970-conselheira-do-cnj-avalia-os-cinco-anos-do-forum-nacional-do-judiciario-para-a-saude>>, acessado em 10/12/2015.

seriam aquelas soluções conjuntas para evitar a judicialização ou mesmo diminuí-la. E caminhar mais rápido para uma solução.

Nesse sentido, destacamos que a criação de enunciados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), mencionada no trecho acima transcrito, tem sido uma das mais importantes atividades do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde. Seu objetivo seria o de orientar os juízes em julgamentos da área de saúde, como uma espécie de parâmetro para a judicialização da saúde (questão apresentada amplamente na audiência sobre a judicialização da saúde).

Estes enunciados interpretativos, produzidos na I e II Jornadas de Direito à Saúde⁶², acabaram por levantar, todavia, questionamentos a respeito dos limites da atuação do CNJ⁶³, por mais que sejam a realização dos objetivos previstos pelo ministro Gilmar Mendes por ocasião da audiência pública sobre a “judicialização da saúde”, na medida que indicariam critérios para a atuação judicial.

Nesse sentido, para alguns operadores do direito (principalmente para dirigentes de órgãos de classe, o que, no nosso entender, demonstra um maior alcance das críticas), o Conselho teria extrapolado suas funções, criando enunciados de matéria jurisdicional, enquanto outros entenderam que os tais enunciados poderiam ser uma ferramenta de auxílio efetivo para a tomada de decisão.

Verificamos que, por exemplo, para João Ricardo dos Santos Costa, presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), a iniciativa do CNJ seria louvável, porém só poderia ter efeito informativo, sem efeito vinculativo. No caso, para o presidente da AMB, enunciados, geralmente, são fruto de reiteração de decisões judiciais, ou seja, são um produto direto dos tribunais, não podendo ser criados por órgãos distintos e externos.

No mesmo sentido se coloca a opinião do conselheiro federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Pedro Paulo Medeiros, para o qual o CNJ deveria se limitar a sugerir melhorias para o Judiciário.

⁶² Disponíveis em:

<http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf> e

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10aec7e5954fcc1978473e4cd80.pdf>> acessados em 10/12/2015.

⁶³ “Edição de Enunciados pelo CNJ divide opiniões de advogados e magistrados”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-25/enunciados-cnj-dividem-opinioes-advogados-magistrados>>, acessado em 10/12/2015.

Por fim, destacamos a opinião de Antonio Cesar Bochenek, presidente da Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe), que afirmou, embora asseverando que a função dos enunciados é orientar e tentar encontrar soluções harmonizadoras, que muitos enunciados sobre a saúde atingiriam questões jurisdicionais.

Diante de todo o exposto, podemos concluir que, em relação à efetivação do direito à saúde, muito pouco foi alcançado.

Primeiro, por seu caráter pontual, evidenciado, sobretudo, na realização das audiências sobre o programa “Mais Médicos” e naquela sobre a internação com diferença de classe no SUS. No nosso entendimento, essas duas audiências parecem ter sido convocadas para esclarecer temas selecionados especialmente para reafirmar a legitimidade decisória do STF em um contexto de ampla polêmica social. Essa percepção fica clara no caso da audiência pública sobre o programa “Mais Médicos”, tendo em vista que os processos pertinentes encontram-se conclusos com o relator, aguardando julgamento desde meados de 2014, a demonstrar que a urgência da realização da audiência pública estaria mais relacionada com o clamor social momentâneo (no caso, a vinda de médicos cubanos para o Brasil) do que com a dinâmica do processo decisório do STF, que obedece a outros critérios temporais (o fato de os processos não terem sido sequer pautados pelo relator evidencia, ao nosso ver, essa discrepância).

Segundo, pela forma de realização das audiências, que, longe de serem um espaço de debate e diálogo deliberativo, acabaram por se tornar palestras expositivas televisionadas e proferidas por agentes externos, mas dirigidas para uma plateia que não consistia em ministros do Tribunal, notadamente ausentes.

Terceiro, pela resistência apresentada pelos magistrados a qualquer iniciativa minimamente uniformizadora, frise-se, produzida por um órgão de controle externo, mas composto, majoritariamente, por integrantes do próprio Poder Judiciário. Esse tipo de iniciativa seria interpretado como afronta a suas prerrogativas decisórias.

Desse modo, parece-nos que o aprimoramento dessas políticas públicas de saúde por meio do Poder Judiciário está sendo feito, principalmente, como uma reação à “judicialização excessiva”⁶⁴. Afinal, a intervenção judicial contínua e perene pode

⁶⁴ É interessante notar que mesmo a elogiada política de combate ao HIV brasileira foi resultado direto de um reflexo da judicialização, mas não fruto de uma atividade coordenada do Poder Judiciário com demais órgãos. Para mais detalhes, ver: Virgílio Afonso da Silva: *O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais* (2008).

influenciar decisivamente o rumo das políticas públicas do ponto de vista do seu planejamento e gestão (ASENSI, 2013, p. 99).

Assim, entendemos que, no que diz respeito à efetivação do direito à saúde, persiste a aplicação de um direito compensatório, cujos efeitos nas políticas públicas são apenas incidentais.

3.5 As tendências atuais de “democratização” do Poder Judiciário em matéria sanitária

Prosseguindo em nossa análise, acreditamos que um dos principais efeitos concretos das audiências públicas sobre a efetivação do direito à saúde foi a celebração de uma suposta abertura democrática. Além de legitimar a atuação judicial em questões sobre o controle de políticas públicas, ela proporcionou o avanço de uma agenda de expansão do referido Poder, que acaba por impor um ideal que prega a “justiça judiciária” como a única possível, por meio da apropriação e desvirtuamento de institutos como os meios alternativos de resolução de conflitos.

Conforme apontamos anteriormente, ao mesmo tempo em que o Poder Judiciário celebra e incentiva o seu papel central na efetivação dos direitos sociais, há, igualmente, um discurso de combate à litigiosidade excessiva e à ineficiência decorrente dessa elevada carga processual, que, conforme dados do relatório “Justiça em Números”⁶⁵, chegou à assombrosa marca de mais de 100 milhões de processos em 2015.

Para contrapor esse volume, destacamos que o Poder Judiciário, por meio, principalmente do Conselho Nacional de Justiça e de instrumentos como sua Resolução 125/2010⁶⁶, que instituiu a “Política Nacional Judiciária de tratamento adequado de conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário”, incorporou os meios alternativos de resolução de conflitos, como meros instrumentos de política judiciária.

Desse modo, a Resolução 125 do CNJ seria produto de uma mentalidade do Poder Judiciário, que preocupado com os dilemas de gestão cartorária, acaba por institucionalizar

⁶⁵ Ver: “Brasil atinge a marca de 100 milhões de processos em tramitação na Justiça”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-15/brasil-atinge-marca-100-milhoes-processos-tramitacao>>, acessado em: 10/12/2015.

⁶⁶ Ver nota 60.

de forma autoritária os meios alternativos de resolução de conflitos, com o intuito de revolucionar seus critérios de eficiência na resolução de processos.

Contudo, essa visão implica dois problemas: primeiro, ignora que os meios alternativos de resolução de conflitos, justamente por qualificar a mediação (e a conciliação) como apenas uma forma adicional de estratégia para a contenção do crescimento da litigiosidade (FREITAS JÚNIOR, 2013b), não foram “descobertos” agora, mas são meios que possuem conceitos e objetivos próprios que não se confundem com a resolução do processo judicializado. Segundo, reforça a ideia de monopólio da justiça judiciária como a única possível, na medida em que o Poder Judiciário seria o único lócus adequado para o tratamento dos conflitos pré-processuais.

Nesse sentido, verificamos que, com o apoio do Conselho Nacional de Justiça, diversos tribunais têm constituído Núcleos de Apoio Técnico (NAT) com o objetivo de auxiliar os juízes e diminuir a judicialização.

A implantação dos NATs foi originalmente prevista na Recomendação do CNJ nº 31/2010, e depois, reafirmada na Recomendação CNJ nº 36/2011, apresentadas na seção anterior. Sua função consistiria na prestação de apoio técnico aos magistrados na resolução de demandas sobre o direito à saúde. Esses núcleos são compostos por médicos e farmacêuticos preparados para fornecer subsídios relacionados ao tema. Nesse sentido, o incentivo para a criação e o pleno funcionamento dos NATs tem sido uma das políticas do CNJ, que tem se preocupado, inclusive, com a fiscalização dessa implantação⁶⁷.

Desse modo, parece-nos que os NATs poderiam ter uma importante função no fortalecimento do diálogo entre o Poder Judiciário, Poder Executivo, Ministério Público e sociedade civil. Eles atuariam como órgãos externos, compostos de forma plural e capazes de aproximar o magistrado de argumentos técnicos e outros aspectos que não somente jurídicos, atinentes às políticas públicas de saúde.

Verificamos, todavia, uma espécie de “apropriação” desses Núcleos por interesses econômicos diretamente relacionados com a judicialização da saúde. Mais especificamente, observamos que a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP) estabeleceram um acordo de cooperação técnica

⁶⁷ “Fórum Nacional da Saúde vai percorrer o País para ajudar na implantação dos núcleos de apoio”. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/78910-forum-nacional-da-saude-vai-percorrer-o-pais-para-ajudar-na-implantacao-dos-nucleos-de-apoio>>, acessado em 18/12/2015.

com vistas a incentivar “a solução amigável de conflitos entre consumidores e planos de saúde”⁶⁸.

No caso, a referida parceria prevê a criação, pelo TJ/SP, do Núcleo de Apoio Técnico e Mediação, que, por sua vez, tratará das questões relacionadas ao atendimento e cumprimento das coberturas legais e contratuais.

A justificativa para a medida seria viabilizar o intercâmbio de informações e promover uma atuação integrada das duas instituições, protegendo o consumidor e reduzindo os casos de judicialização na saúde suplementar⁶⁹.

Esta nova tendência é preocupante, pois, além de perpetuar a institucionalização dos meios alternativos de resolução de conflitos, incentiva o lobby de diversas entidades ligadas aos planos de saúde, com interesses econômicos evidentes nas causas levadas à apreciação nos referidos Núcleos de Apoio Técnico e Mediação. Conforme noticiado⁷⁰ pela imprensa, a “câmara de mediação” terá entre os seus membros advogados e médicos indicados pelos planos de saúde, além do fato de que a “sala onde o grupo vai atuar, no fórum João Mendes, em São Paulo, foi reformada por cerca de R\$ 70 mil graças à associações que representam as empresas do setor, Abramge (Associação Brasileira de Medicina de Grupo) e Fenasaúde (Federação Nacional de Saúde Suplementar)”.

Diante de todo o exposto, temos muitas reservas quanto à espécie de “democratização” da judicialização da saúde proposta pelo CNJ e fruto direto da audiência sobre a judicialização da saúde, visto que ela parece atender a interesses muito específicos do Poder Judiciário, notadamente a expansão do referido Poder e a consequente apropriação por ele de ferramentas como a mediação e conciliação para a diminuição da carga processual, sob o argumento de incentivo à eficiência e de ampliação do acesso à justiça. No mesmo sentido, essa “democratização” parece atender aos interesses das

⁶⁸ “Tribunal de Justiça cria Núcleo para mediar liminares nas questões que envolvem cobertura de planos de saúde”. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/institucional/canaiscomunicacao/noticias/Noticia.aspx?Id=26272>>, acessado em 10/12/2015.

Para visualizar o inteiro teor do Termo de Cooperação Técnica: <http://www.tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=66309>, acessado em 10/12/2015.

⁶⁹ Ver: “Cooperação entre ANS e TJ/SP ajudará na solução de conflitos e reduzirá judicialização”. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/sobre-a-ans/2826-cooperacao-entre-ans-e-tj-sp-ajudara-na-solucao-de-conflitos-e-reduzira-judicializacao>>, acesso em 10/12/2015.

⁷⁰ “Planos vão financiar câmara para mediar ações de saúde no TJ”. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/05/1628272-planos-vaio-financiar-camara-para-mediacao-de-saude-no-tj.shtml>>, acessado em 10/12/2015.

operadoras de planos de saúde, que, com o apoio da Agência Nacional de Saúde Suplementar, estão patrocinando o funcionamento desses núcleos e influenciando diretamente nas decisões a serem tomadas no âmbito deles, no tocante à judicialização referente “a observância das coberturas legais e contratuais de assistência à saúde por planos privados de plano de saúde”.

3.6 É possível falar em uma “política judiciária para a saúde”?

Finalizando o presente capítulo, após a análise extensiva das três audiências públicas convocadas pelo Supremo Tribunal Federal para tratar especificamente da efetivação do direito à saúde, em diversos aspectos, resta a análise da questão da existência, ou não, de uma atuação sistematizada do Poder Judiciário na aplicação do direito sanitário.

É preciso reforçar, neste ponto, que a complexidade da sociedade contemporânea e a crônica ineficiência na aplicação dos direitos sociais, têm exigido um redimensionamento do papel das instituições jurídicas. É patente o novo papel do Judiciário, que, em complemento a e, muitas vezes, substituindo o Estado, busca efetivar políticas públicas e dialoga com os anseios dos mais diferentes conjuntos de atores sociais, na medida em que tem de responder à crescente judicialização da política.

Nesse sentido, temos que os direitos sociais são “direitos exigíveis, conquanto para a sua eficácia plena seja imprescindível, de uma forma ou de outra, a intervenção legislativa e a ação do Poder Executivo, inclusive mediante a gestão e a efetiva implantação de políticas públicas”. Mas, por serem direitos jurisdicionáveis, ou seja, exigíveis judicialmente, a sua não aplicação não pode permanecer impune (SCHWARZ, 2010, p. 2).

A fim de possibilitar uma verdadeira efetivação dos direitos sociais, o controle pelo Poder Judiciário, que ocorre devido à judicialização (ou seja, a um fator externo), deve ser pautado pela busca da “mediação possível entre a garantia dos direitos civis, políticos e sociais, o princípio da divisão dos poderes e o equilíbrio orçamentário” (SCHWARZ, 2010, p. 3).

Ocorre que, em nossa pesquisa não constatamos que a atuação judicial tenha se dado de forma coordenada e mais coletiva, no que diz respeito à aplicação do direito

sanitário em suas diversas formas. O que percebemos, na verdade, foi a persistência de uma atuação individualista e compensatória. Pior, a atuação judicial, ainda que ativista, perpetua a desigualdade, uma vez que não se preocupa com as estruturas socio-econômicas nem com os mecanismos de acesso à justiça, por exemplo.

Nesse contexto, nossa avaliação das audiências públicas só poderia ser crítica. Sua utilização replicou, sem maiores reflexões, essa forma de atuação presa ao ideal liberal, ou seja, eminentemente individualista.

Isso se deve, no nosso entendimento, à precariedade da institucionalização do instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal, que, em um anseio de caracterizar as audiências públicas por ele convocadas como sinal de democracia dentro do processo judicial, exacerbou as expectativas em relação ao alcance do instituto, sem, contudo, dotá-lo de capacidade verdadeiramente deliberativa dentro do próprio Tribunal.

Melhor dizendo, entendemos que a transposição das audiências públicas da Administração Pública e do Processo Legislativo (em que promove a legitimação e uma maior transparência nas decisões políticas e na criação de normas) para o Poder Judiciário, conforme visto no capítulo 2 da presente dissertação, foi feita sem maiores reflexões quanto ao seu alcance como instrumento destinado a participação da sociedade civil. Nesse sentido, as audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal parecem mais uma faculdade permitida pela Corte Constitucional do que um direito dos cidadãos, decorrente do direito ao devido processo legal e à ampla defesa.

O processo judicial não é, portanto, efetivamente democratizado. Ao contrário, percebemos que as audiências públicas são incorporadas pelo STF e utilizadas de forma evidentemente seletiva e discricionária, no intuito de possibilitar uma maior legitimação da decisão jurídica a ser tomada.

Desse modo, no que diz respeito à efetivação do direito à saúde, verificamos que as audiências públicas sobre o programa “Mais Médicos” e sobre a possibilidade de internação com diferença de classes no SUS foram muito pontuais, convocadas de modo unilateral pelo ministro-relator e com alcance muito limitado dentro da própria corte. Elas possibilitaram exposições de determinados especialistas, que, convocados sem a exposição de critérios objetivos, falaram apenas para um ministro, sem a realização de um amplo debate e diálogo efetivo.

A audiência pública sobre a judicialização da saúde, por sua vez, foi precedida de uma maior preocupação com o seu alcance e com uma amplitude maior quanto a sua temática. Nesse sentido, tanto sua realização como resultados foram mais ambiciosos.

Na referida audiência, foi evidenciada uma preocupação com a criação de uma metodologia e de parâmetros para lidar com as demandas judiciais sobre a saúde (ao mesmo tempo em que foi reafirmada a legitimidade do Poder Judiciário para decidir sobre as políticas públicas sanitárias). Desse modo, foram realizadas, com o apoio do Conselho Nacional de Justiça, diversas iniciativas com o propósito de coordenar a atuação judicial sobre a temática.

Vimos que, por meio das Recomendações nº 31/2010 e 36/2011, o CNJ tentou promover uma conscientização sobre a forma de decidir essas demandas acerca de políticas de saúde, indicando iniciativas que incentivam uma melhor instrução dos feitos, um maior diálogo com os especialistas e as autoridades públicas, por exemplo.

Apontamos, ademais, que, por meio do Fórum da Saúde, o CNJ, com o apoio da comunidade jurídica, promove encontros e discussões que têm resultado na criação de diversos enunciados destinados a auxiliar na aplicação do direito à saúde. Sobre esses enunciados, podemos apontar que eles procuram realmente promover parâmetros de atuação judicial⁷¹. Contudo, tendo em vista o seu caráter meramente “informativo”, eles têm tido pouco alcance junto à comunidade jurídica, receosa em “ceder” sua independência e poderes decisórios.

⁷¹ Ver, por exemplo, os seguintes enunciados:

ENUNCIADO N.º 3 Recomenda-se ao autor da ação, a busca preliminar sobre disponibilidade do atendimento, evitando-se a judicialização desnecessária.

ENUNCIADO N.º 13 Nas ações de saúde, que pleiteiam do poder público o fornecimento de medicamentos, produtos ou tratamentos, recomenda-se, sempre que possível, a prévia oitiva do gestor do Sistema Único de Saúde (SUS), com vistas a, inclusive, identificar solicitação prévia do requerente à Administração, competência do ente federado e alternativas terapêuticas.

ENUNCIADO N.º 30 É recomendável a designação de audiência para ouvir o médico ou o odontólogo assistente quando houver dúvida sobre a eficiência, a eficácia, a segurança e o custo/efetividade da prescrição.

ENUNCIADO N.º 31 Recomenda-se ao Juiz a obtenção de informações do Núcleo de Apoio Técnico ou Câmara Técnica e, na sua ausência, de outros serviços de atendimento especializado, tais como instituições universitárias, associações profissionais, etc.

Podemos afirmar, assim, que diante dessas dificuldades apontadas, ainda não é possível falar na existência de uma “política judiciária para a saúde”. Considerando as limitações demonstradas em nossa pesquisa, as audiências públicas sobre a aplicação do direito à saúde teriam evidenciado, em nosso entender, apenas uma preocupação do Poder Judiciário com a sua legitimidade decisória, no que diz respeito ao controle de políticas públicas, além de possibilitar a expansão de uma política de institucionalização dos meios alternativos de resolução de conflitos, pautada pela lógica da diminuição da litigiosidade.

Asseveramos que a criação do Fórum da Saúde, dos enunciados e demais recomendações são atitudes positivas, mas ainda muito tímidas para que possamos chamá-las de “política judiciária”. Para que elas possam ser tratadas como tal, em primeiro lugar, deve haver um maior comprometimento com o alcance das iniciativas e com a pluralidade dos atores que as promovem. Segundo, essas iniciativas devem ser pautadas por diálogo maior, mais efetivo e reflexivo dentro do próprio Poder Judiciário, que deverá atuar de forma a superar o individualismo compensatório das demandas e das respostas judiciais sobre a efetivação das políticas públicas de saúde.

4 AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO JUDICIÁRIO: INSTRUMENTO DE DIÁLOGO COM A SOCIEDADE CIVIL OU MEIO DE LEGITIMAÇÃO?

Diante de todo o exposto, concordamos com Marcelo Neves, para o qual “o Judiciário, e especialmente o STF, não têm atuado como guardião do direito à saúde, mas como assegurador e intensificador de privilégios no acesso à saúde, promovendo o aumento da desigualdade e da exclusão social” (2013b).

Incapaz de compreender corretamente a estrutura dos direitos sociais, o Judiciário acaba persistindo na aplicação individualista e “compensatória” do direito positivo tradicional, ou seja, sedimenta um modelo de direito que continua alheio às assimetrias de instrumentos de acesso à justiça e acesso à informação, o que, sedimenta a desigualdade, sobretudo no caso da efetivação da saúde.

Em segundo lugar, tendo em vista a evidente instrumentalização das audiências públicas, a atuação judicial, nesta seara, tem tido como objetivo principal legitimar as decisões e escolhas políticas do referido Poder. Como procuramos mostrar, essas decisões são tomadas de forma seletiva e em um quadro de “juridificação” e expansão do ativismo judicial, o que, no nosso entender, desvirtua o instituto das audiências públicas, limitando-o.

Nesse sentido, indagamos: quão eficazes são os instrumentos destinados à ampliação da participação no interior dos processos jurisdicionais? (VESTENA, 2010).

Será que, com todos os limites apontados nesta dissertação a “abertura democrática” proporcionada pelas audiências públicas não seria apenas uma estratégia para revestir o Supremo Tribunal Federal de legitimidade e conformá-lo como catalisador deliberativo da sociedade (DIAS, 2013, p. 167)?

Voltando às pretensões apresentadas pelo Ministro Gilmar Mendes⁷² por ocasião da audiência pública da saúde,

Ao ter acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, este Supremo Tribunal Federal passa a contar com os benefícios decorrentes

⁷² Ver: Audiência Pública da Saúde: 2009, p. 322-323.

dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica apresentado pelos “amigos da Corte”.

Conforme observa o Professor Peter Häberle:

“A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade, na medida em que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo de interpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade ao processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista.

Podemos apontar que, da forma como o instituto foi efetivamente utilizado, em vez de termos uma “ampliação no círculo de interpretes”, verificamos, na verdade um uso muito limitado das audiências, pautado pelo personalismo e com um claro viés legitimador, pouco preocupado com o desenvolvimento do real potencial do instituto.

Afinal, um discurso de expectativas democratizantes em relação aos compromissos de atuação judiciais, materializado na simples convocação e oitiva da sociedade civil, não significa uma efetiva ruptura com o formalismo intrínseco às estruturas dos tribunais.

Por tudo isso, temos claro que nosso objetivo final é apontar para uma forma de pensarmos a audiência pública como um instrumento verdadeiramente desestruturante e revolucionário, no que diz respeito à efetivação do direito à saúde junto ao Supremo Tribunal Federal, na medida em ela que poderia ser um espaço de diálogo efetivo entre a sociedade civil e os ministros da Corte e com os demais membros do Poder Judiciário.

Conforme apontamos no decorrer desta pesquisa, é indiscutível que a presença direta de cidadãos por meio das audiências públicas significa uma mudança procedimental na forma de decidir do Judiciário. Todavia, observadas atentamente as audiências públicas e os limites apresentados quanto à participação efetiva dos cidadãos, verificamos que a utilização do instituto representa uma mera sofisticação procedimental, pensada para responder a críticas sobre a ausência de legitimidade e cujos efeitos são bastantes limitados no que diz respeito à produção de mais democracia no interior das estruturas decisórias dos tribunais.

Desse modo, as audiências públicas serviriam apenas para implementar uma reestruturação da atuação do Supremo, no sentido de garantir “uma contenção

pretensamente dialética das demandas sociais que, uma vez inseridas em seu interior, são limitadas a um debate formal, cujo impacto participativo é irrelevante para a tomada de decisão dos ministros” (VESTENA, 2010, p. 73).

Como apresentamos de forma exaustiva nesta dissertação, persiste uma forma de aplicar do direito pautada pelo individualismo e na reafirmação da legitimidade do poder decisório dos juízes.

Assim, parece-nos que os julgadores estão mais preocupados em apresentar suas opiniões pessoais sobre o problema que têm diante de si do que em demonstrar, analítica e racionalmente, a correção da solução que defendem. Por isso, ao refletirem abstratamente sobre o direito, tendem a naturalizar conceitos próprios, apresentando-os como a “única solução possível para o problema que os ocupa, utilizando, para este fim, uma grande quantidade de argumentos de autoridade” (RODRIGUEZ, 2013, p. 14).

Desse modo, o debate, na solução do caso concreto, ficaria em segundo plano. Essa conclusão resta evidente, conforme apontamos no decorrer da pesquisa, na dinâmica apresentada nas audiências públicas, onde os argumentos dos especialistas somente aparecem para corroborar, reforçar ou explicitar as decisões já tomadas pelos ministros (VESTENA, 2010, 97-98).

Essa forma de utilização da audiência pública só está, no entanto, reforçando as características individualistas do Supremo Tribunal Federal, cujos ministros não dividem suas opiniões e menos ainda dialogam entre si, o que justifica a afirmação de que predomina no Tribunal um verdadeiro “ethos solista” (MENDES, 2012).

Para superarmos esta perspectiva “intimista”, é necessário que as audiências públicas se tornem instrumentos capazes de promover uma deliberação genuína entre juízes e interlocutores, seguida por uma troca argumentativa entre os próprios juízes, para que finalmente se elabore uma decisão definitiva (MENDES, 2012, p. 8).

Em suma, para que as audiências públicas possam ser instrumentos de efetiva participação democrática no STF (e no Poder Judiciário), é necessário que elas sejam um meio de contestação pública que possibilite o envolvimento de todos os atores interessados em apresentar argumentos para a corte, além, é claro, da dedicada atenção da própria corte em receber tais argumentos e testá-los publicamente.

No modelo ideal de audiência pública, os membros da sociedade civil falam, enquanto juízes ouvem e questionam ativamente.

Por tudo isso, é necessário reforçar a ideia de que a audiência pública pode se tornar um instrumento transformador, no que diz respeito à efetivação dos direitos sociais. Afinal, a revisão judicial não precisa ser vista apenas como um dique ou uma barreira de contenção, mas também pode ser vista como um propulsor de deliberações mais qualificadas (MENDES, 2008, p. 214).

Nesse sentido, entendemos que audiências públicas verdadeiramente deliberativas podem abrir caminho para iniciativas de caráter global, como sugestões de projetos de lei, ou mesmo a possibilidade de uniformização da jurisprudência, visto que haveria uma verdadeira disposição de diálogo entre o Supremo Tribunal Federal (órgão de cúpula do nosso Poder Judiciário), a sociedade civil e o restante da comunidade jurídica, que, ao participar efetivamente da composição dessas iniciativas, ficaria menos resistente à criação de parâmetros decisórios.

Para tanto, as audiências públicas no Supremo Tribunal Federal, por exemplo, deveriam ser menos unilaterais (no sentido de ser fruto de uma decisão unilateral do ministro-relator, por exemplo) e mais coordenadas. Isso significa postular que elas sejam fruto de uma demanda coletiva e discutida junto ao plenário da corte, que, na condição de destinatário da audiência e de responsável por decidir a eventual iniciativa a ser tomada, como a uniformização jurisprudencial, organizaria uma audiência com um alcance mais amplo e capaz de mobilizar a participação de mais membros do Poder Judiciário, do Poder Público, da sociedade civil e dos próprios ministros.

No nosso entender, é apenas por meio dessa utilização focada no diálogo efetivo com a sociedade civil e na participação concreta dos ministros que a audiência pública pode ter um papel importante no controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário.

Desse modo, estaríamos reservando uma função para a audiência pública que vai além do que tradicionalmente é reservado ao instituto, inclusive no que diz respeito a sua utilização pela Administração Pública e pelo Poder Legislativo. Mais do que um instrumento que possibilitaria o compartilhamento de experiências entre o Poder Público e a sociedade civil, uma audiência pública realizada no âmbito do Poder Judiciário, com características efetivamente democráticas, seria um excelente fórum de aperfeiçoamento das políticas públicas de saúde já existentes, por exemplo.

Contudo, para isso é necessário, primeiro, que os operadores do direito em geral superem a perspectiva individualista e compensatória do direito positivo e adotem uma

visão estruturalista, preocupada com as estruturas socio-econômicas, para que a aplicação das normas assuma uma perspectiva mais inclusiva e transformadora. É necessário, em segundo lugar, que as audiências públicas se tornem um instrumento amplamente utilizado, com objetivos, formas e escopos bem definidos.

5 CONCLUSÕES

Procuramos apresentar, nesta pesquisa, os enormes desafios enfrentados para que possamos ter uma melhor efetivação do direito à saúde.

Apontamos, no decorrer do capítulo 1, que os direitos sociais, por sua natureza “promocional”, demandam métodos hermenêuticos que vão além da mera subsunção do direito à situação fática. Verificamos que tais direitos, por conta de sua estrutura, precisam de uma série de procedimentos (estudos, planejamento, decisões) que, por sua vez, culminam na realização de uma política pública com objetivos definidos e de alcance global.

Nesse sentido, a atuação jurisdicional no âmbito do controle dessas políticas públicas deveria ser pautada por um maior cuidado e preocupação em conhecer os aspectos técnicos e políticos que nortearam a execução dessa política pública.

Contudo, instado a se manifestar (e reforçamos aqui a ideia de que a judicialização é um fato, algo que ocorre por conta de opções da própria sociedade civil), o Judiciário responde na forma de certo ativismo jurídico, encorajado por histórias “de sucesso”, em que a saúde e a vida de determinados jurisdicionados foi garantida.

Desse modo, o que resta evidente, no que diz respeito à aplicação do direito à saúde, é a persistência de um modelo de adjudicação de justiça judiciária individualista e compensatório, que, respaldado em um ativismo jurídico “despreparado”, justamente por ignorar amplos aspectos das políticas públicas, toma e aplica, de forma voluntarista, decisões que determinam o fornecimento de medicamentos e tratamentos sem maior reflexão, o que, no limite, impacta todo o planejamento da política pública sanitária.

Nesse contexto, verificamos um aumento das críticas a esse protagonismo judicial e a falta de legitimidade democrática dos juízes, o que levou, no nosso entendimento, a uma instrumentalização das audiências públicas como ferramentas de participação democrática no âmbito do processo judicial.

Entretanto, conforme se mostrou nos capítulos 2 e 3 desta pesquisa, a utilização das audiências públicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal foi (e continua sendo) muito precária, com notável ausência de critérios em relação a sua convocação, forma de realização e efeitos.

Diante da seletividade, dos amplos poderes discricionários do ministro que convoca a audiência e, principalmente, por conta da gritante ausência de diálogo entre a sociedade civil e a Corte Constitucional (tendo em vista que os ministros do STF pouco participam das exposições dos diversos especialistas e interessados convocados para apresentar seus pontos de vista), temos que a “capacidade democrática” da audiência pública é muito pouco aproveitada, sendo utilizada praticamente como uma ferramenta de legitimação pontual de determinadas decisões judiciais.

Considerando essa conjuntura, confirmamos, em nossa pesquisa, que as audiências públicas realizadas pelo STF sobre a temática sanitária não foram capazes de promover uma “política judiciária para a saúde”, uma vez que as decisões nos mais diversos graus sobre a saúde continuam a ser descoordenadas, atomizadas e incidentais.

Ademais, apontamos que, de efeitos concretos para a judicialização da saúde, a realização de audiências públicas acabou por abrir as portas do Judiciário para uma série de interesses, notadamente relacionados aos planos de saúde, por meio do financiamento de núcleos de mediação, que, apesar do discurso de ampliação do acesso à Justiça e combate à morosidade, em verdade evidenciam o aparelhamento das ADRs e uma submissão delas a interesses econômicos.

Por tudo isso, concluímos que, no caso da efetivação do direito sanitário, a utilização de audiências públicas pelo STF fez muito pouco para a reflexão sobre a questão da judicialização da saúde, justamente por replicar os limites observados no modelo positivista tradicional. Ela se mostrou uma utilização pautada pelo aspecto compensatório e pontual, incapaz de propiciar uma ampla discussão sobre as políticas públicas e sobre o papel do SUS.

Apontados todos estes limites, apresentamos, no capítulo final da presente dissertação, um modelo de utilização das audiências públicas realmente capaz de aproveitar o seu perfil democratizador, por meio do incentivo ao diálogo entre a Corte Suprema e a sociedade civil.

No nosso entender, este modelo alternativo, por ser focado no diálogo efetivo, teria condições de fornecer à Corte Suprema subsídios para uma promover uma decisão verdadeiramente democrática do controle de políticas públicas de saúde, por exemplo, além de possibilitar a criação de iniciativas mais globais, como a criação de projetos de lei ou uma uniformização (menos traumática) da jurisprudência sobre determinados assuntos.

6 REFERÊNCIAS

Fontes primárias – monografias, artigos e capítulos de livro

ARAÚJO, Fernando. *Prefácio in Impactos Econômicos e Sociais das Decisões Judiciais: Aspectos Introdutórios*. Porto Alegre: ENFAM, 2010.

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização da Saúde e Conselho Nacional de Justiça: Perspectivas e Desafios. In: *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BRASIL. *Audiência Pública – Saúde*. Brasília: Supremo Tribunal Federal - Secretaria de Documentação, Coordenadoria e Divulgação de Jurisprudência, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. In: *As novas faces do Ativismo Judicial*. 1ª ed. Salvador: Podvm, 2013.

_____. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para Atuação Judicial. *Revista Conjur*: 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>, acessado em: 31/05/2014.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional. In: *Interpretação Constitucional: Reflexões sobre a (nova) Hermenêutica*. 1ª ed. Salvador: Podvm, 2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. *Fórum Administrativo – Direito Público*, Belo Horizonte, ano 9, n. 103, set. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62501>>. Acesso em: 29/06/2015.

_____. O conceito jurídico de política pública em direito. In: *Políticas públicas: Reflexões sobre o conceito de jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BURGOS, Marcelo Baumann. VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1ª ed. São Paulo, Revan: 1999.

CAPPELETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad.: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CÉSAR, João Batista Martins. A Audiência Pública como Instrumento de Efetivação dos Direitos Sociais. *RVMD*. Brasília: v. 5, n. 2, pps. 356-384, 2011. Disponível em:

<<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/viewFile/3124/1933>>, acessado em 18/12/2015.

CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. *Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Ensaio sobre juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 138, 1998.

CORREIA, José Gladston Viana. *Sociologia dos Direitos Sociais: escassez, justiça, legitimidade*. São Paulo: Saraiva, 2014.

DALLARI, Sueli. Aspectos particulares da chamada judicialização da saúde. *Revista de Direito Sanitário*, n. 1, v. 14. EDUSP, 2013. Disponível em:

<<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/56624/59641>>, acessado em: 05/07/2014.

_____. O Direito à Saúde. *Revista de Saúde Pública*. São Paulo: n. 22, 1988

_____. O Judiciário e o Direito à Saúde. In: *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

DIAS, Michelle Souza. *Supremo Tribunal Federal e seletividade decisória – prática política e (re)desenho Institucional?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ELSTER, Jon. *Local justice*. New York: Russell Sage Foundation, 1993.

FARIA, José Eduardo. O Judiciário e o Desenvolvimento Sócio-Econômico. In: *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 48, 2011. Disponível em:

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1>>, acessado em 10/12/2015.

FERRAZ JÚNIOR., Tércio Sampaio. O Judiciário frente a divisão de poderes: um princípio em decadência?. *Revista USP*, n. 21. São Paulo: EDUSP, 1994.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Instrumentos da Administração Pública consensual: a Audiência Pública e a sua finalidade*.

Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/participacao/images/REDAE-11-AGOSTO-2007-LUCIA20VALLE.pdf>>, acessado em: 6/07/2014.

FONSECA, Igor Ferraz da. REZENDE, Raimer Rodrigues. OLIVEIRA, Marília Silva de. PEREIRA, Ana Karine. *Audiências Públicas do Poder Executivo Federal: fatores de efetividade*. Brasília: IPEA, 2013.

Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/Tds/td_1873.pdf>, acessado em: 06/07/2014.

FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de. Conflitos de Justiça e Limites da Mediação para a Difusão da Cultura da Paz. In: *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro – homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. Conflitos intersubjetivos e apropriações sobre o justo. In: *Mediação de Conflitos*. São Paulo: Atlas, 2013a.

_____. Contribuição da Ciência Política para um conceito operativo de conflito e uma pragmática responsável e mediação. In: *Mediação e Direitos Humanos*. São Paulo, Ltr, 2013b.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 2 – La Defensa Del Usuario y Del Administrado*. 10ª ed. Buenos Aires: F.D.A, 2014. Disponível em: <<http://www.gordillo.com/tomo2.html>>, acessado em 18/12/2015.

GOUVÊA, Carlos Pagano Botana Portugal. Social Rights Against the Poor. In: *Social Science Research Network*, 2013. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2219890>, acessado em: 31/05/2014.

GUSTIN, Miracy B. S. e DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. In: *Social Science Research Network*, 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1138008>, acessado em: 29/06/2014.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Audiências Públicas no âmbito do governo federal*. (Relatório de Pesquisa) Brasília: IPEA, 2012. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/relatorio_audiencias_publicas.pdf>, acessado em: 06/07/2014.

KENNEDY, David. The International Human Rights Movement: Part of the Problem? *Harvard Human Rights Journal*, n. 101 (2002). Disponível em: <<http://www.law.harvard.edu/faculty/dkennedy/publications/humanrights.pdf>>, acessado em: 01/06/2014.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?*. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao.html>>, acessado em: 18/12/2015.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Ativismo Judicial e Participação Democrática: A Audiência Pública como Espécie de Amicus Curiae e de Abertura da Jurisdição Constitucional – A experiência do Supremo Tribunal Federal Brasileiro na Audiência Pública da Saúde. In: *Ativismo Judicial e Déficits Democráticos: Algumas Experiências Latino-Americanas e Européias*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. MAAS, Rosana Helena. Audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a lei de biossegurança como forma de ocorrência da figura do *amicus curiae*. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. Unisinos, p. 40-49, 2010.

LEAL, Rogério Gesta. *Impactos Econômicos e Sociais das Decisões Judiciais: Aspectos Introductórios*. Porto Alegre: ENFAM, 2010.

LEIVAS, Paulo Roberto Cogo. O direito fundamental à saúde segundo o Supremo Tribunal Federal. In: *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. O Supremo Tribunal Federal e a primeira audiência pública de sua história. *Revista Jurídica*, v. 9, n. 84, p. 41-48. Brasília: 2007

MEDINA, José Miguel Garcia. FREIRE, Alexandre. FREIRE, Alonso. Audiência pública tornou-se instrumento de legitimidade. *Revista Consultor Jurídico*, 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-04/audiencias-publicas-tornaram-stf-instrumento-legitimidade-popular>>, acessado em: 01/06/2014.

MELLO. Shirlei Silmara de Freitas. MARQUES. Stanley Souza. *Consulta Popular e Audiência Pública: por um processo administrativo federal dialogado*. 2011. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b51a15f382ac9143>>, acessado em: 18/12/2015.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese apresentada ao Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo – FFLCH em 2008. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/.../TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf>, acessado em 14/07/2014.

_____. O projeto de uma corte deliberativa. In: *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito à participação política, legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MOURA, Márcia Aline Fernandes de. *Participação Popular no Processo de Formação das Leis*. UNILEGIS, 2008. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160744/M%C3%81RCIA%20ALINE%20FERNANDES%20DE%20MOURA.pdf?sequence=4>>, acessado em: 18/12/2015.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013a.

_____. Judiciário intensifica privilégios no acesso à saúde. *Revista Consultor Jurídico*, 2013b. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-19/observatorio-constitucional-judiciario-intensifica-privilegios-acesso-saude>>. Acessado em: 24/11/2014.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Administração Pública Democrática e Efetivação dos Direitos Fundamentais. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*, 2007.

_____. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 209, 1997.

PETERSEN, Niels. Avoiding the common-wisdom fallacy: The role of social sciences in constitutional adjudication. In: *International Journal of Constitutional Law*. 2013. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1923012>, acessado em: 31/05/2014.

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação: Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

RAIS, Diogo. *A Sociedade e o Supremo Tribunal Federal: O Caso das Audiências Públicas*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma Crítica do Direito (Brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Novo Estruturalismo Jurídico: Uma Alternativa para o Direito? *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Vol. 926, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. MARQUES, Maria Manuel Leitão. PEDROSO, João. Os Tribunais nas sociedades contemporâneas. *Centros de Estudos Sociais*, Coimbra: n. 65, 1995.

SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: *Interpretação Constitucional: Reflexões sobre a (nova) Hermenêutica*. 1ª ed. Salvador: Podvm, 2010.

_____. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: *As novas faces do Ativismo Judicial*. 1ª ed. Salvador: Podvm, 2013.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Judicialização de políticas: uma introdução à temática do controle judicial sobre as respostas dos poderes públicos às demandas sociais. *Direito Administrativo Contemporâneo*. Elsevier, 2010.

SILVA, Obara Soares da. *Participação Popular na Administração Pública: As Audiências Públicas*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2009. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp114233.pdf>>, acessado em: 18/12/2015.

SILVA, Leandro José. As audiências públicas no Supremo Tribunal Federal: uma ponte entre o constitucionalismo e a democracia. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 79, p. 33-47, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*. Oxford: vol. 11, pp. 557-584

_____. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. *Direitos Sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOARES, Evanna. A audiência pública no processo administrativo. *Revista Jus Navegandi*: 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3145/a-audiencia-publica-no-processo-administrativo/1>>, acessado em: 29/06/2014.

SOUZA, Renilson Rehem de. *O Sistema Público de Saúde Brasileiro*. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto, ativismo judicial em números?. *Revista Consultor Jurídico*, 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>>, acessado em: 18/12/2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. (Coordenador) *Controle de constitucionalidade e judicialização: o STF frente a sociedade e aos Poderes*. São Paulo: SBDP, 2011.

VALLE, Gustavo Henrique Moreira do. CAMARGO, João Marcos Pires. A audiência pública sobre a judicialização da saúde e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Sanitário*, volume 11, nº 3, 2011.

VESTENA, Carolina Alves. *Participação ou Formalismo? O impacto das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada na Escola de Direito do Rio de Janeiro (FGV), 2010.

VIANNA, Luiz Werneck. BURGOS, Marcelo Baumann. SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Revista Tempo Social*. Volume 19, n. 2. São Paulo: 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-20702007000200002&script=sci_arttext>, acessado em: 05/07/2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*. São Paulo, p. 441-464, jul-dez 2008.

Fontes secundárias – extratos processuais, acórdãos, votos e decisões

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança 23184 – Rio Grande do Sul. Relator: Min. José Delgado. Brasília, 24/11/2006. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 10/12/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 857502 – Rio Grande do Sul. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, 12/07/2006. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 10/12/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5037 – Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 23/08/2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 10/12/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3239 – Distrito Federal. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 25/06/2004. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 10/12/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510 – Distrito Federal. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 31/05/2005. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 10/12/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5035 – Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 23/08/2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 10/12/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5037 – Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 23/08/2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 10/12/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 – Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 17/06/2004. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 10/12/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 – Distrito Federal. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 21/10/2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 10/12/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 393175 – Rio Grande do Sul. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 05/08/2003. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 10/12/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 581488 – Rio Grande do Sul. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 17/03/2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 10/12/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada 175 – Ceará. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 26/10/2007. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 10/12/2015.

Fontes secundárias – notícias e sites consultados

AUDIÊNCIAS Públicas abrem os microfones do Supremo à sociedade. Notícias STF, 19/04/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=124643&caixaBusca=N>>, acessado em 10/12/2015.

BRASIL atinge a marca de 100 milhões de processos em tramitação na Justiça. Consultor Jurídico, 15/09/2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-15/brasil-atinge-marca-100-milhoes-processos-tramitacao>>, acessado em: 10/12/2015.

CHEGA ao fim audiência pública sobre a interrupção de gravidez por anencefalia. Notícias STF, 16/09/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=96101&caixaBusca=N>>, acessado em 10/12/2015.

CONVOCAÇÃO de médicos cubanos para trabalhar no Brasil gera polêmicas. Portal G1, 30/08/2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/globo-news/noticia/2013/08/convocacao-de-medicos-cubanos-para-trabalhar-no-brasil-gera-polemica.html>>, acessado em 10/12/2015.

CONSELHEIRA do CNJ avalia os cinco anos do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde. Notícias CNJ, 07/04/2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/78970-conselheira-do-cnj-avalia-os-cinco-anos-do-forum-nacional-do-judiciario-para-a-saude>>, acessado em 10/12/2015.

COOPERAÇÃO entre ANS e TJ/SP ajudará na solução de conflitos e reduzirá judicialização. Portal ANS, 14/04/2015. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/sobre-a-ans/2826-cooperacao-entre-ans-e-tj-sp-ajudara-na-solucao-de-conflitos-e-reduzira-judicializacao>>, acesso em 10/12/2015.

EDIÇÃO de Enunciados pelo CNJ divide opiniões de advogados e magistrados. Conjur, 25/06/2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-25/enunciados-cnj-dividem-opinioes-advogados-magistrados>>, acessado em 10/12/2015.

EROS Grau negou pedido de realização para discutir Lei da Anistia. Notícias STF, 15/04/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=124392&caixaBusca=N>>, acessado em 10/12/2015.

EXPLOÇÃO de litigiosidade exige mudanças no Judiciário, afirma Ricardo Lewandowski. Notícias STF, 20/11/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=280214>>, acessado em 10/12/2015.

FÓRUM Nacional da Saúde vai percorrer o País para ajudar na implantação dos núcleos de apoio. Portal CNJ, 26/03/2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/78910-forum-nacional-da-saude-vai-percorrer-o-pais-para-ajudar-na-implantacao-dos-nucleos-de-apoio>>, acessado em 18/12/2015.

JUDICIÁRIO tem papel de protagonismo no funcionamento do Estado, diz Lewandoski. Notícias STF, 21/11/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=280306>>, acessado em 10/12/2015.

MANTIDAS liminares que obrigam município paulista a custear tratamentos. Notícias STF, 14/06/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=241165&caixaBusca=N>>, acessado em 10/12/2015.

MINISTRO Carlos Ayres Britto concede entrevista a jornalistas após a primeira rodada de palestras. Notícias STF, 20/04/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69682&caixaBusca=N>>, acessado em 10/12/2015.

MINISTRO convoca audiência pública para debater 'diferença de classe' em internação no SUS. Notícias STF, 21/03/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=263039>>, acesso em 10/12/2015.

MINISTRO Lewandowski destaca o papel do Judiciário como agente da pacificação nacional. Notícias STF, 23/11/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=304642>>, acessado em 10/12/2015.

PLANOS vão financiar câmara para mediar ações de saúde no TJ. Folha de São Paulo, 13/05/2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/05/1628272-planos-vaofinanciar-camara-para-mediara-coes-de-saude-no-tj.shtml>>, acessado em 10/12/2015.

PRESIDENTE do STF: 'Judiciário é ator fundamental ao equilíbrio institucional'. Notícias STF, 28/03/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=288351&tip=UN>>, acessado em 10/12/2015.

PRESIDENTE do STF mantém decisão que garante medicamentos para portadores de doença rara. Notícias STF, 13/09/2011. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=188964&caixaBusca=N>], acessado em 10/12/2015.

STF encerra audiência pública sobre o programa Mais Médicos. Conjur, 26/11/2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-nov-26/supremo-finaliza-audiencia-publica-debateu-programa-medicos>], acessado em 10/12/2015.

STF libera pesquisas com células-tronco embrionárias. Notícias STF, 29/05/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=89917&caixaBusca=N>], acessado em 10/12/2015.

TRIBUNAL de Justiça cria Núcleo para mediar liminares nas questões que envolvem cobertura de planos de saúde. Tribunal de Justiça de São Paulo, 13/04/2015. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/institucional/canaiscomunicacao/noticias/Noticia.aspx?Id=26272>], acessado em 10/12/2015.

UNIÃO prevê gasto de R\$ 3,9 bi com ações de medicamentos. Valor Econômico – 15/04/2014. Disponível em: <http://www.idec.org.br/em-acao/noticia-consumidor/unio-preve-gasto-de-r-3-9-bi-com-aces-de-medicamentos>], acessado em 10/12/2015.