ANÁLISE DO IMPACTO DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NAS DECISÕES DO STF APÓS A AUDIÊNCIA PÚBLICA DA SAÚDE DE 2009

ANALYSIS OF THE IMPACT OF DECISIONS OF SUPERIOR COURTS IN DECISIONS OF STF AFTER PUBLIC HEARING HEALTH 2009

Luciana Gaspar Melquíades Duarte*

Ecaroline Pessoa de Carvalho**

RESUMO: Este trabalho dedicou-se à averiguação da eficácia do instituto da audiência pública para a legitimação das decisões judiciais. Para tanto, estudou-se a audiência pública que discutiu as políticas públicas de saúde em abril de 2009, que contou com seis quesitos expostos a debate. Foram lidas todas as manifestações dos participantes da audiência e tabulados os posicionamentos por eles exarados em relação a cada quesito, com o escopo de se extrair qual a concepção preponderante no que tocava a cada um deles. Após, foram examinadas decisões do STF e do STJ acerca das questões relativas às políticas públicas de saúde e comparadas as conclusões obtidas na audiência pública analisada, oportunidade em que se verificou pouca preocupação dos julgadores com os resultados desse processo. Constatou-se, que, na experiência analisada, os tribunais superiores nem sempre aderiam aos argumentos que preponderaram na audiência pública e, quando não os acatavam, nem mesmo os rebatiam nas decisões que a sucederam. No caso analisado, ficou demonstrado que o emprego do instituto não contribuiu para o enriquecimento do processo de legitimação da decisão judicial pela argumentação.

PALAVRAS-CHAVE: Audiência pública da saúde. Argumentação. Decisão judicial.

ABSTRACT: This paper is devoted to investigating the effectiveness of public hearing for the legitimacy of judicial decisions. Therefore, was studied the public hearing wich has discussed the public health policies in April 2009, which included six items exposed to debate. All the manifestations of the hearing participants were read and the positions they formally drawn up for each question were tabulated, with the aim of extracting the design which he played the dominant role in each. After, STF and STJ's decisions on issues relating to public health policies were examined and compared the findings obtained at the public hearing analyzed, opportunity which saw little concern of the judges with the results of this process. It was found that, in the experiment discussed, the courts do not always adhered to the arguments that predominated at the public hearing, and when not deferred to, not even countered the decisions that followed. In the case analyzed, it was shown that the use of the institute had not contributed to the enrichment of the process of legitimizing the ruling by argument.

KEYWORDS: Public hearing health. Argument. Judicial decision.

---

* Mestre e Doutora em Direito Público pela UFMG. Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFJF; Orientadora do Projeto PROVOQUE, Juiz de Fora-MG, Brasil. *E-mail*: lg.melquiades@uol.com.br.

** Discente da Faculdade de Direito da UFJF. Bacharel em Ciências da Comunicação pela UFJF; Orientanda do Projeto PROVOQUE da UFJF, Juiz de Fora-MG, Brasil. *E-mail*: ecarolinepessoa@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O instituto da audiência pública caracteriza-se como um instrumento da proposta da democracia participativa e tem por escopo viabilizar a instauração de um canal de comunicação direta do povo com o Estado. Aplicada inicialmente nas instâncias administrativas, a audiência pública foi introduzida, também, como mecanismo de legitimação das decisões judiciais, especialmente, na experiência brasileira, do Supremo Tribunal Federal, sob o lume teórico da proposta de Häberle (1997) acerca da abertura da Constituição para a interpretação pelos diversos segmentos sociais.

Disciplinada pela legislação processual constitucional, a audiência pública passou a ser convocada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro neste novo milênio com o propósito de angariar maior legitimação para suas decisões. Não obstante, a observação empírica de uma experiência demonstrou que, nem sempre, as posições que avultaram em importância durante os procedimentos realizados eram observadas posteriormente de maneira a orientar ou exigir maior ônus argumentativo da Suprema Corte quando da prolação de seus julgados posteriores.

Para averiguar a suposição de que o instituto não estava, no contexto nacional, logrando efetividade no alcance dos resultados aos quais se propõe, quais sejam, a colheita da percepção da sociedade acerca de casos polêmicos e o robustecimento da motivação das decisões judiciais a eles referentes, selecionou-se, para pesquisa, a audiência pública convocada pelo Supremo Tribunal Federal para discutir, em abril de 2009, questões relativas à judicialização da saúde. Assim, todas as manifestações nela exaradas foram lidas e os posicionamentos nela sustentados foram tabulados para a extração das posições preponderantes. Após, foram selecionadas decisões da corte constitucional relativas à temática nela versada posteriores à audiência. Por fim, foram comparadas as respectivas disposições com as conclusões principais da audiência.

Essa metodologia de trabalho conduziu, como será demonstrado, à constatação de que, na experiência selecionada para estudo, os tribunais não observaram as manifestações preponderantes da audiência para a prolação das decisões posteriores, tampouco se ocuparam de apresentar-lhe contra-argumentos. Porém, observou-se que, curiosamente, o conteúdo resvalado nessas decisões melhor garantia a eficácia do direito fundamental em discussão.

2 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS E NORMATIVOS DA AUDIÊNCIA PÚBLICA JUDICIAL

A audiência pública é um instrumento recente que viabiliza a participação da sociedade como um todo na orientação do Judiciário no que concerne a questões controversas capazes de gerar mobilização e comoção social. Através dela, é

possível ouvir a opinião de especialistas, técnicos e autoridades sobre assuntos que despertam celeuma na sociedade.

Em sua experiência diante de órgãos estatais administrativos, a audiência pública é fruto de uma crise de legitimidade na proposta da democracia puramente representativa, em que o burocratismo, a falta de controle dos eleitores e dos partidos sobre os eleitos, a corrupção e demais entraves para a verdadeira consecução da vontade popular pelos representantes do povo tem implicado a assunção de novos mecanismos legitimadores do agir público, fenômeno denominado por Bonavides (2003, p. 19) como "repolitização da legitimidade". Vejam-se suas palavras a respeito:

> Unicamente por esse caminho a democracia sairá do círculo vicioso onde se movem, à revelia e à distância do povo, as bancadas congressistas e as organizações partidárias. Fora da repolitização da legitimidade, criadora de uma neocidadania governante, não há democracia participativa, nem lealdade política, nem soberania dos postulados constitucionais. Todo o arcabouço jurídico-político do regime pende de realização de valores em que a identidade do povo, para ser legítima, é a identidade do cidadão – e cidadão é quem faz a vontade geral e concretiza o contrato social.

Tal desiderato tem sido alcançado por uma nova manifestação da proposta democrática, denominada democracia mista, semidireta ou participativa, que propõe, para ladear os institutos da representatividade, a instauração de canais, como a audiência pública, de manifestação popular imediata e pessoal dos cidadãos em assuntos de relevância.

Esse instituto pode ou não contar com uma definição legal rígida do procedimento a ser utilizado para a sua implementação. Importa, todavia, a observância de alguns parâmetros salientados pela doutrina para a satisfação de seus pressupostos, como a divulgação da sua realização com antecedência que permita o preparo dos interessados, a sua abertura a todos os legítimos interessados em participar do processo, a divulgação posterior dos comentários e sugestões formulados e a resposta posterior aos comentários e contribuições recebidos.

Adotada na instância jurisdicional, a audiência pública configura-se num meio que incorpora a teoria de Häberle (1997) acerca da interpretação democrática da constituição, vazada na proposta de que magistrados, juristas e ministros interpretem os mandamentos constitucionais ladeados pela sociedade civil, através de conselhos profissionais, associações, cooperativas, corporações, empresas, imprensa, órgãos públicos, entre outros. Outro instituto com ela normatizado que, de igual sorte, visa à abertura da jurisdição constitucional à sociedade consiste na figura do *amicus curiae* (amigo da corte), que é, simplificadamente, um terceiro interveniente no processo de controle de constitucionalidade que oferece sua perspectiva sobre a questão constitucional controvertida à Corte julgadora.

Para Häberle (1997), ainda que a jurisdição constitucional tenha a

competência efetivamente decisória sobre a interpretação constitucional, a audiência pública possui o importante papel de promover a abertura democrática à pluralidade, ou seja, permite que a teoria da interpretação seja implementada sob a influência da teoria democrática. Portanto, para ele, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo.

No Brasil, a audiência pública foi inicialmente absorvida pelo direito processual constitucional através da Lei nº 9.868 (BRASIL, 1999), que dispõe sobre o processo e julgamento a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão perante o Supremo Tribunal Federal. Nas duas primeiras espécies de ação, é facultado expressamente ao Ministro-relator a convocação de audiência pública, conforme os artigos 9°, §1° e 20, §1°, que possuem idêntica redação:

> Art. 9° Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.
> §1° 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.
> [...]
> §3° As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.[1]

Logo após, a Lei nº 9.882 (BRASIL, 1999) completou o regramento atual da audiência pública jurisdicional ao também disponibilizar ao relator, quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Princípio Fundamental, a sua convocação:

> Art. 6º. Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.
> § 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.
> § 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.[2]

---

[1] Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 17 dez. 2012.

[2] Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em: 17 dez. 2012.

Ambos os dispositivos acima veiculam prescrições semelhantes em relação ao instituto: propõe sua aplicabilidade imediata, outorgam a competência para sua convocação ao Ministro-relator e destinam-se à oitiva de pessoas com experiência e autoridade na matéria a ser discutida. Porém, a Lei nº 9.868 (BRASIL, 1999) exige, quando da avaliação pela conveniência de convocação da audiência pública, a "necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos", ao passo que a Lei nº 9.882 (BRASIL, 1999) deixou de estabelecer tais requisitos, entregando inteiramente ao Ministro-relator a decisão pela sua instauração.

Insta registrar, porém, que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal foi alterado pela Emenda n° 29 e com ela foi regulamentada a audiência pública jurisdicional. A referida emenda afetou três de seus artigos – art. 13, art. 21 e art. 154 – que tratam respectivamente das atribuições do Presidente, das atribuições do relator e das audiências cuja realização é pública. A emenda não representou grandes inovações procedimentais para audiência pública jurisdicional: o tempo de exposição de cada participante ficou a cargo de determinação do ministro que presidir a audiência pública e eventuais interpelações pelos ministros não foram formalmente disciplinadas. Entretanto, foi contemplada, no art. 13, XVII, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, uma hipótese de convocação da audiência pública ainda não contemplada pela legislação:

> 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.

Como se vê, permitiu-se, regimentalmente, a ocorrência de audiências públicas independentemente da existência de um processo específico de controle direto de constitucionalidade, como é o caso da audiência da saúde, objeto de estudo neste trabalho, que pretendeu esclarecer questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde sob a justificativa da existência de diversos pedidos de suspensão de segurança, de liminar e de tutela antecipada em trâmite, no âmbito da Presidência do Tribunal, relacionados com o fornecimento de prestações de saúde pelo Sistema Único de Saúde – SUS.

Anote-se, ainda, que, nos termos do art. 154 do mesmo regimento, as audiências públicas ocorridas no Supremo Tribunal Federal devem ser transmitidas pela TV Justiça e pela Rádio Justiça, que têm se caracterizado como importantes

instrumentos de informação e participação democrática em relação às atividades do tribunal ao permitir o incremento da formação cidadã pela divulgação dos direitos e deveres dos indivíduos e o conhecimento das atividades da corte para o exercício da prerrogativa do controle pelo povo.

Com isso, incorpora-se à experiência brasileira a proposta teórica de Häberle (1997) acerca do "pensamento jurídico do possível", resvalada na concepção de que a Constituição não é uma norma pronta e acabada, mas um projeto em contínuo desenvolvimento, aberto a múltiplas alternativas e possibilidades, que transbordam para uma "teoria constitucional de alternativas" ou numa "teoria constitucional da tolerância". Para o autor, não existe norma jurídica senão "norma jurídica interpretada", sendo que o processo de interpretação consiste em inserir o ato normativo no tempo ou integrá-lo na realidade pública. Nesse processo, situa-se seu conceito de "pós-compreensão" ou "pré-compreensão do futuro", entendido como conjunto de fatores temporalmente condicionados com base nos quais se compreende "supervenientemente" uma dada norma.

Também ancora o instituto da audiência pública a teoria habermasiana, que propõe a formação de um consenso para a regulação da vida dos cidadãos, que devem ser, a um só tempo, autores e destinatários das normas. Para tanto, Habermas (2003) pressupõe a capacidade de auto-reflexão dos indivíduos e a configuração da Constituição como um sistema de direitos fundamentais que deve contextualizar princípios universalistas e transformá-los numa base comum para todos. Para o autor, porém, os direitos fundamentais são dotados da dimensão deontológica que lhes atribui plena vinculatividade:

> A ideia dos direitos humanos e a da soberania do povo determinam até hoje a autocompreensão normativa de Estados de direito democráticos. A história de teoria é um componente necessário, um reflexo da tensão entre facticidade e validade, entre positividade do direito e a legitimidade pretendida por ele, latentes no próprio direito. (HABERMAS, 2003, p. 128).

Também Canotilho (2003) considera que o Estado de Direito Democrático-Constitucional assenta-se na indispensabilidade da democracia, e que: "a articulação do processo democrático com o processo de institucionalização de garantias fundamentais conduzirá sempre à análise da complexidade do Estado de Direito Democrático-Constitucional". Canotilho (2003, p. 1334), assim como Habermas (2003) sustenta que "o poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais". Para ele, ao contemplarem os direitos fundamentais, as Constituições modernas têm a função de caracterizá-los como universais e transformá-los numa base comum a todos os cidadãos.

Com isso, o autor idealiza a construção de um espaço público onde se assegure o respeito, a reciprocidade e a imparcialidade como regras de um procedimento discursivo que resvalem tanto concepções individuais como valores sociais, assegurada uma moralidade mínima. Imperativa, para ele, portanto, a existência do direito de participação na hermenêutica constitucional, que implicará a definição dos direitos fundamentais como normas de caráter obrigatório e não sujeitos a relações de preferência.

Segundo Selvatti (2012, p. 5),

> Habermas entende que num modelo de democracia procedimental a função do tribunal constitucional é manter o sistema de direitos que se fundamentada em possibilitar as condições efetivas para um procedimento discursivo de criação do direito que conjugue a autonomia pública e privada dos cidadãos, assegurando efetivamente os direitos fundamentais a todos.

O instituto da audiência pública, ao viabilizar uma abertura argumentativa à sociedade civil, também se tornaria um importante mecanismo para a efetivação da Teoria da Argumentação Jurídica, de Alexy (2011), posto que absorvidas se encontram as regras fundamentais[3], as regras da razão[4], as regras sobre a carga da argumentação[5], as regras de fundamentação[6] e as regras de transição[7].

---

[3] "Nenhum falante pode contradizer-se"; "Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita"; " Todo falante que aplique um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar também a qualquer objeto igual a A em todos os aspectos relevantes" e "diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados" (ALEXY, 2011, p. 187).

[4] "Quem pode falar, pode tomar parte no discurso"; "Todos podem problematizar qualquer asserção"; "A nenhum falante se pode impedir de exercer seus direitos de tomar parte no discurso ou problematizar qualquer asserção" (ALEXY, 2011, p. 191).

[5] "Quem pretende tratar uma pessoa A de maneira diferente de uma pessoa B está obrigado a fundamentá-lo"; "Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve dar uma razão para isso"; "Quem aduziu um argumento está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos" (ALEXY, 2011, p. 193 e 194).

[6] Variantes do princípio de generalizabilidade: "Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve poder aceitar as consequências de dita regra também no caso hipotético de ele se encontrar na situação daquelas pessoas"; "As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem ser aceitas por todos"; "Toda regra deve ser ensinada de forma aberta e geral". Argumento genético: "As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua gênese histórico-crítica"; "As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua formação histórica individual". A necessidade de realizabilidade: "Devem ser respeitados os limites de realizabilidade faticamente dados" (ALEXY, 2011, p. 200, 201 e 202).

[7] "Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso teórico (empírico)"; "Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de análise de linguagem" (ALEXY, 2011, p. 203).

De acordo com Melquíades Duarte e Carvalho (2012, p. 142), a audiência pública atende aos pressupostos das regras da razão, "já que representantes dos mais diversos segmentos sociais poderão comparecer ("quem pode falar pode fazer parte no discurso") e poderão problematizar qualquer asserção no discurso, livres de quaisquer espécies de coação", bem como às regras de transição do discurso, uma vez que "os debates travados numa audiência pública têm o condão de revelar argumentos de especialistas que, em regra, não eram de conhecimento do julgador", além de ficarem resguardadas as regras sobre a carga de argumentação, uma vez que a "audiência pública funda-se em uma gama de argumentos e, ao seu findar, os magistrados devem emitir seu juízo conclusivo através de uma filtragem do debate e da aplicação da regras do discurso prático racional geral".

Percebe-se, portanto, que a incorporação do instituto das audiências públicas na prática judicial encontra-se afinada às modernas teorias do constitucionalismo contemporâneo; insta, porém, averiguar se, de fato, sua utilização tem sido capaz de implementar os propósitos democráticos aos quais se dispõe.

3 MANIFESTAÇÕES PREPONDERANTES NA AUDIÊNCIA PÚBLICA SOBRE A SAÚDE E AS POSIÇÕES POSTERIORES DO STF E STJ

Constatada a importância teórica do instituto em cotejo como meio de democratizar o processo de interpretação constitucional, passa-se para a análise da audiência pública da saúde realizada no ano de 2009 pelo Supremo Tribunal Federal[8]. Buscou-se, com esta pesquisa, verificar se as conclusões nela obtidas

[8] O Presidente do Supremo Tribunal Federal, no uso das atribuições que lhe confere o art. 13, inciso XVII, e com base no art. 363, III, ambos do Regimento Interno, [...] Convoca: Audiência Pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria de Sistema Único de Saúde, objetivando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde, tais como: 1) Responsabilidade dos entes da Federação em matéria de direito à saúde; 2) Obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; 3) Obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; 4) Obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; 5) Obrigação do Estado de fornecer medicamento não licitado e não previsto nas listas do SUS; 6) Fraudes ao Sistema Único de Saúde. Processos em trâmite no STF que motivaram esta decisão: Suspensão de Segurança 4.316/ RO- Relator: Min. Cezar Peluso (17/06/2011); Suspensão de Segurança/ CE – Relator: Min. Cezar Peluso (10/04/2011); Suspensão de Tutela Antecipada 421/PE – Relator: Min. Gilmar Mendes (20/04/2012); Suspensão de Liminar 256/TO – Relator: Min. Gilmar Mendes (20/04/2010); Suspensão de Tutela Antecipada 424/SC – Relator: Min. Gilmar Mendes (20/04/2010); Suspensão de Tutela Antecipada/SC – Relator: Min. Gilmar Mendes (20/04/2012); Suspensão de Tutela Antecipada 334/SC – Relator: Min. Gilmar Mendes (16/04/2010); Suspensão de Tutela Antecipada 434/BA- Relator: Min. Gilmar Mendes

foram realmente consideradas pelos tribunais no processo argumentativo de fundamentação de suas decisões posteriores sobre o tema atinente à saúde pública.

A análise dos resultados logrados nessa audiência pública fora procedida através da leitura da manifestação de todos os partícipes e tabulação dos argumentos principais de cada uma delas. Após, fora contabilizada a utilização de cada argumento em todos os dias desta audiência pública de 2009 e extraída uma porcentagem, de maneira a objetivar o processo de diagnóstico da preponderância de cada um deles.

Num primeiro momento, este artigo evidenciará e analisará, sob o espectro jurídico, tais resultados, que foram confrontados com a argumentação vazada nos julgados posteriores da Suprema Corte. Para a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, foram objeto de estudo vinte decisões da presidência[9],

(16/04/2010); Suspensão de Segurança 3989/ PI – Relatório: Min. Gilmar Mendes (07/04/2010); Suspensão de Tutela Antecipada 283/ PR – Relator: Min. Gilmar Mendes (07/04/2010); Suspensão de Segurança 3962/Se- Relator: Min. Gilmar Mendes (07/04/2010); Suspensão de Segurança 4045/ CE – Relator: Min. Gilmar Mendes (07/04/2010); Suspensão De Segurança 3852/ PI- Relator: Gilmar Mendes (07/04/2010); Suspensão de Segurança 3941/ DF – Relator: Min. Gilmar Mendes (23/03/2010); Suspensão de Segurança 3854/ MG – Relatório Min. Gilmar Mendes (10/12/2009); Suspensão de Tutela Antecipada 348/ AL – Relator: Gilmar Mendes (27/11/2009); Suspensão de Tutela Antecipada 361/ BA – Relator: Min. Gilmar Mendes (20/11/2009); Suspensão De Liminar 319/ BA – Relator: Min. Gilmar Mendes (28/10/2009); Suspensão de Liminar 319/ BA – Relator: Min. Gilmar Mendes (28/10/2009); Suspensão de Tutela Antecipada 244/PR – Relator: Min. Gilmar Mendes (18/09/2009).

[9] Suspensão de Segurança 4.316/RO – Relator: Min. Cezar Peluso (17/06/2011); Suspensão de Segurança/CE – Relator: Min. Cezar Peluso (10/04/2011); Suspensão de Tutela Antecipada 421/PE – Relator: Min. Gilmar Mendes (20/04/2012); Suspensão de Liminar 256/TO- Relator: Min. Gilmar Mendes (20/04/2010); Suspensão de Tutela Antecipada 424/SC – Relator: Min. Gilmar Mendes (20/04/2010); Suspensão de Tutela Antecipada/SC – Relator: Min. Gilmar Mendes (20/04/2012); Suspensão de Tutela Antecipada 334/SC – Relator: Min. Gilmar Mendes (16/04/2010); Suspensão de Tutela Antecipada 434/BA – Relator: Min. Gilmar Mendes (16/04/2010); Suspensão de Segurança 3989/ PI – Relatório: Min. Gilmar Mendes (07/04/2010); Suspensão de Tutela Antecipada 283/PR – Relator: Min. Gilmar Mendes (07/04/2010); Suspensão de Segurança 3962/SE – Relator: Min. Gilmar Mendes (07/04/2010); Suspensão de Segurança 4045/CE – Relator: Min. Gilmar Mendes (07/04/2010); Suspensão De Segurança 3852/PI – Relator: Gilmar Mendes (07/04/2010); Suspensão de Segurança 3941/ DF – Relator: Min. Gilmar Mendes (23/03/2010); Suspensão de Segurança 3854/ MG – Relatório Min. Gilmar Mendes (10/12/2009); Suspensão de Tutela Antecipada 348/ AL – Relator: Gilmar Mendes (27/11/2009); Suspensão de Tutela Antecipada 361/BA – Relator: Min. Gilmar Mendes (20/11/2009); Suspensão De Liminar 319/ BA – Relator: Min. Gilmar Mendes (28/10/2009); Suspensão de Liminar 319/BA – Relator: Min. Gilmar Mendes (28/10/2009); Suspensão de Tutela Antecipada 244/PR – Relator: Min. Gilmar Mendes (18/09/2009).

doze decisões monocráticas[10], doze acórdãos[11] e uma repercussão geral[12], escolhidas em virtude de sua relevância paradigmática para as decisões posteriores.

Em relação aos julgados do Superior Tribunal de Justiça analisados, cabe destacar que, em geral, as ações que envolvem direito a saúde são destinadas à 1ª e 2ª turmas do tribunal[13], visto que a elas incubem as matérias de Direito Público.

---

[10] Recurso Extraordinário 677524/RJ – Relator Min. Carmen Lúcia (22/03/2012); Recurso Extraordinário com Agravo 677187/MG – Relator: Min. Carmen Lúcia (22/03/2012); Agravo de Instrumento 85002/RJ – Relator Min. Carmen Lúcia (09/02/2012); Recurso Extraordinário 575179/ES – Min. Dias Tófolli (21/10/2011); Agravo de Instrumento/ RJ – Relator: Min. Joaquim Barbosa (03/10/2011); Recurso Extraordinário 642536/ AP – Relator: Min. Luiz Fux (13/09/2011); Recurso Extraordinário com Agravo 646235 – Relator: Carmen Lúcia (01/08/2011); Recurso Extraordinário 641916/PR – Relator: Carmen Lúcia (31/05/2011); Ação Civil Originária/SC – Relator: Min. Dias Tóffoli (18/03/2011); Agravo de Instrumento 802470/RS – Min: Gilmar Mendes (24/02/2011); Recurso Extraordinário 586995/MG – Relator: Min. Carmen Lúcia (21/02/2011); Ação Civil Originária 1670/SC – Relator: Min. Joaquim Barbosa (02/12/2010).

[11] Recurso Extraordinário 407.902-0/RS – Relator: Min. Marco Aurélio (26/05/2009); AG. REG no Recurso Extraordinário 607.381/SC – Relator: Min. Luiz Fux (31/05/2011); AG. REG. no Recurso Extraordinário 665.764/RS – Relator: Min. Carmen Lúcia (20/03/2012); AG. REG. no Agravo de Instrumento 553.712-4/RS – Relator: Min. Ricardo Lewandowski (19/04/2009); AG. REG. no Recurso Extraordinário 668.724/RS – Relator: Min. Luiz Fux (24/04/2012); AG. REG. no Recurso Extraordinário 626.328/RS – Relator: Min. Luiz Fux (07/06/2011); AG. REG. no Recurso Extraordinário 635.363/ RS – Relator: Min. Marco Aurélio (08/05/2012); AG. REG. Agravo de Instrumento 734.487/ PR – Relator: Ellen Gracie (03/08/2010); Questão de Ordem na MC na Ação Cautelar 2.836/ SP – Relator: Min. Ayres Britto (27/03/2012); AG. REG. na Reclamação 4.632/ SP – Relator: Min. Dias Tóffoli (14/10/2010); AG. REG. Na Suspensão de Liminar 47/PE – Relator: Min. Gilmar Mendes (17/03/2010); AG. REG. na Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE – Relator: Min. Gilmar Mendes (17/03/2010).

[12] Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 657.718/MG – Relator: Min. Marco Aurélio (1711/2011).

[13] Julgados de competência da 1ª turma do STJ: AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.352.744 – RS – Relator: Min. Hamilton Carvalhido; Recurso em Mandado de Segurança nº 24.197 – PR (2007/0112500-5) – Relator: Min. Luiz Fux; AgRg no Recurso Especial nº 955.388 – RJ (2007/0120590-5) – Relator: Min. Benedito Gonçalves; Recurso em Mandado de Segurança nº 26.600 – SE (2008/0065120-6) – Relator: Min. Arnaldo Estaves Lima; Recurso em Mandado de Segurança nº 28.962 – MG (2009/0037261-9) – Relator: Min. Benedito Gonçalves; Recurso em Mandado de Segurança nº 33.463 – MG (2010/0219363-3) – Relator: Min. Benedito Gonçalves; AgRg no Recurso em Mandado de Segurança nº 34.545 – MG (2011/0105593-5) – Relator: Min. Benedito Gonçalves; Recurso em Mandado de Segurança nº 35.021 – GO (2011/0158595-2) – Relator: Min. Benedito Gonçalves.

Julgados de competência da 2ª turma do STJ: AgRg no Agravo de Instrumento nº 907.820 – SC (2007/0127660-1) – Relator: Min. Mauro Campbell Marques; AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.247.323 – SC (2009/0213952-6) – Relator: Min. Herman Benjamin; Recurso Especial nº 1.088.282 – RS (2008/0204496-3) – Relator: Min. Herman Benjamin; AgRg no Recurso Especial nº 1.136.549 – RS (2009/0076691-2) – Relator: Min. Humberto Martins; AgRg no Recurso Especial nº 1.222.387 – RS (2010/0215583-2) – Relator: Min. Herman Benjamin; Recurso em Mandado de Segurança nº 28.338 – MG (2008/0264294-1) – Relatora: Min. Eliana Calmon; Recurso em Mandado de Segurança nº 30.723 – MG (2009/0204663-5) – Relator: Min. Castro Meira; AgRg no Recurso em Mandado de Segurança nº 35.019 – GO (2011/0155393-0) – Relator: Min. Humberto Martins.

3.1 QUANTO À RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES POLÍTICOS DA FEDERAÇÃO EM MATÉRIA DE DIREITO À SAÚDE

O primeiro quesito elaborado para a discussão na audiência pública versou sobre a responsabilidade dos entes da Federação em matéria de direito a saúde. Em relação a essa questão, foram enumeradas doze manifestações diferentes por parte dos partícipes da audiência, sendo as três que prevaleceram no sentido da necessidade de um maior repasse de verba da União para os demais entes; da constatação do subfinanciamento da saúde, visto que os entes da administração não alocam o valor mínimo a saúde como o determinado pela Emenda Constitucional nº 29 (BRASIL, 2000) e, por fim, da necessidade de desconcentração das ações concernentes a saúde, visando à aplicabilidade do princípio federalista para se obter maior eficiência na prestação do serviço, impedindo desperdícios nos gastos públicos decorrentes de duplo fornecimento. No que tange propriamente à questão da existência da responsabilidade solidária dos entes federados, nenhum manifestante deixou de reconhecê-la.

Em relação a esse tema, os ministros do Supremo Tribunal Federal se posicionaram de acordo com a opinião unânime dos manifestantes na audiência no sentido de que, apesar de o Sistema Único de Saúde ser uma estrutura hierarquizada e difusa, a responsabilidade dos entes da administração é solidária. Desse modo, tanto a União quanto os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm a obrigação de viabilizar o direito à saúde do indivíduo em todos os seus aspectos. Não há que se falar em ilegitimidade processual de um ente federado numa ação em que se pleiteia alguma prestação estatal alusiva a saúde, uma vez que todos eles têm a obrigação de garantir aos administrados este direito.

Também não foi acatada pelo Supremo Tribunal Federal a tese de que alguns entes, por ficarem incumbidos pela legislação infraconstitucional de certas políticas públicas, podem se esquivar de prestar ao jurisdicionado o tratamento solicitado ou mesmo atrasar o cumprimento de uma medida cautelar valendo-se do instrumento da denunciação a lide. Essa última, em geral, é um ato processual visto pelo tribunal como uma estratégia de defesa meramente protelatória da efetivação das tutelas antecipatórias. Exemplo do que se afirma é a conclusão obtida no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 607.381 de relatoria do Ministro Luiz Fux (BRASIL, 2011).

Julgados da 1ª seção: Conflito de Competência nº 104.544 – RS (2009/0068880-4) – Relator: Min. Herman Benjamin; Recurso Especial nº 1.110.552 – CE (2009/0009948-2) – Relator: Min. Cesar Asfor Rocha.

Sobre o assunto, é possível concluir que a posição do Superior Tribunal de Justiça também convergiu para a orientação oriunda da audiência pública. Ilustra o alegado a decisão proferida no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 907.820 – SC (BRASIL, 2007), de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, que teve sua fundamentação extraída do REsp 771.537/ RJ (BRASIL, 2005)[14] de relatoria da Ministra Eliana Calmon.

Com efeito, outra não podia ter sido a conclusão lograda na audiência pública nem se esperava posicionamento diverso das cortes superiores a esse respeito. O art. 198 da Constituição (BRASIL, 1988) veicula, de maneira indelével, a norma no sentido de que as políticas públicas de saúde serão implementadas mediante um sistema único, o que implica dizer que todas as entidades federativas por elas se responsabilizam na integralidade. Essa proposta tem o escopo último de facilitar ao indivíduo o acesso aos serviços públicos de saúde, permitindo que ele possa pleiteá-lo diante de quaisquer entidades federativas, que, por dividirem entre si a operacionalização de algumas delas, poderão indenizar-se mutuamente sempre que uma efetivar direito que, mediante legislação infraconstitucional, tiver sido atribuído a outra. Desta forma, permite-se a eficiência própria da repartição das competências estatais sem obstaculizar a fruição de tão caro direito aos administrados.

Verifica-se, assim, que tanto a manifestação preponderante lograda na audiência pública quanto as posições firmadas pelas cortes superiores posteriormente a sua realização congregam uma interpretação constitucional que otimizam o direito fundamental à saúde.

3.2 QUANTO À OBRIGAÇÃO DO ESTADO DE FORNECER PRESTAÇÃO DE SAÚDE PRESCRITA POR MÉDICO NÃO PERTENCENTE AO QUADRO DO SUS OU SEM QUE O PEDIDO TENHA SIDO FEITO PREVIAMENTE À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O segundo quesito elaborado pelo Supremo Tribunal Federal diz respeito à obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do Sistema Único de Saúde ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública. Sobre estas questões, foram elencadas seis colocações. A primeira a prevalecer aponta pela necessidade de que o indivíduo peça seu tratamento primeiramente na via administrativa, e somente mediante a recusa da administração vá ao Judiciário. A segunda colocada aduz

[14] Registra-se que vários julgados do STJ acerca do direito a saúde reproduziam trechos desse julgado em seu texto.

que o Judiciário cria um sistema paralelo ao do SUS, que atende mais rapidamente às demandas daqueles que não ficam nas filas, desestruturando o sistema. Em terceiro, dois argumentos ficaram empatados, quais sejam, aquele no sentido da obrigatoriedade de o laudo técnico ser utilizado como prova na ação judicial seja realizado por médico do SUS, uma vez que ele é agente público, só cabendo exceção a essa regra quando na localidade não houver profissional na especialidade pleiteada, e outro no sentido de que o Judiciário não cria um sistema paralelo ao SUS, mas permite apenas a igualdade de direitos entre as pessoas ao permitir o tratamento daquele que não o conseguiu pelo SUS.

Ressalta-se que esses não foram pontos que demandaram grande atenção por parte dos participantes da audiência pública. Tais questões, em verdade, foram negligenciadas face às demais. Sessenta por cento dos partícipes da audiência sequer teceram algum comentário sobre esses quesitos. Entretanto, entre as posições emitidas, prevaleceu o entendimento de que é necessário o prévio requerimento administrativo do medicamento ou tratamento bem como a exigência de que o laudo médico seja dado por profissionais pertencentes ao quadro do Sistema Único de Saúde.

Essa orientação traduz-se numa necessidade advinda de uma constatação obtida pelos manifestantes: a de que o Judiciário acaba por atender a demanda daquele que o aciona mais rapidamente do que a Administração o faz em relação àquele que solicitou o medicamento na via administrativa. Essa situação foi taxada como injusta por boa parte daqueles que emitiram opinião sobre o tema, constituindo quatorze por cento dos mesmos.

Tal como na audiência pública, poucas foram as decisões do Supremo Tribunal Federal que aludiram a essas indagações. É possível afirmar, porém, que o tribunal não exige que o medicamento a ser fornecido ao administrado seja prescrito por médico do Sistema Único de Saúde, porque a prescrição oriunda de médico particular não foi objeto de indeferimento. No Superior Tribunal de Justiça, a discussão acerca da necessidade de o laudo médico a ser usado para instruir a ação ser emitido por médico do Sistema Único de Saúde também é mitigada. Alguns pedidos foram deferidos apenas com a apresentação do laudo médico produzido por médico particular, a exemplo do que se pode ver no Recurso em Mandado de Segurança nº 30.723 – MG (BRASIL, 2009) de relatoria do Ministro Castro Meira. Corrobora o entendimento acima extraído a opinião emitida pelo Ministro Luiz Fux, quando do Recurso em Mandado de Segurança nº 24.197 – PR (BRASIL, 2007), que reafirma que o laudo emitido por médico particular é hábil para o fornecimento de medicamento pela rede pública.

Quanto à necessidade do prévio requerimento administrativo, também se mostrou infrutífera a conclusão pela sua necessidade na audiência pública. Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça posicionaram-se de maneira discrepante ao entendimento nela logrado, deferindo os pleitos a prestação estatal de saúde a despeito do prévio requerimento administrativo.

Diante dessa constatação, percebe-se que as cortes superiores não valorizaram efetivamente a participação popular emanada na audiência pública, reforçando a suposição de que ela tenha sido convocada com o propósito de conferir uma aparência de legitimidade às suas decisões que são, verdadeiramente, frutos do labor exegético apenas institucional.

Há argumentos no sentido de que considerar a desnecessidade da origem pública do atestado médico que instrui o pedido formulado em juízo seria imperioso diante da presunção da legitimidade que milita a favor dos documentos particulares, que carecem de prova de sua ilicitude para ter sua validade afastada. Outrossim, a exigência de requerimento administrativo prévio ao pedido judicial caracterizaria verdadeira condição para a ação. É sabido, porém, que a condição da ação implica restrição ao acesso à justiça e, portanto, deve ser prevista em lei e ser considerada, num processo de ponderação, mais importante que o bem jurídico a ser por ela mitigado, qual seja, a inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Não obstante, não foi essa a interpretação preponderante na sociedade civil. Esta, ao revés, ao considerar a importância de laudo exarado por médico da rede pública para instruir o pedido de prestação estatal de saúde formulado em juízo, bem como ao considerar a necessidade de que o administrado dirija-se inicialmente à instância administrativa para formular seu pleito antes de recorrer ao Judiciário, demonstrou certa insatisfação com o seu abarrotamento com questões afetas à saúde e eventualmente com as consequências em que isso redunda, como a morosidade e o deslocamento de verbas públicas atendimento das decisões judiciais. Em última instância, essa manifestação da sociedade civil contempla seu juízo de ponderação acerca de direitos constitucionais colidentes, como o acesso a justiça (que seria prestigiado com a desnecessidade do recurso à Administração Pública antes de do ingresso em juízo) e a celeridade do processo judicial (favorecido pelo entendimento contrário, uma vez que a diminuição do número de processos em juízo facilitaria a diminuição do prazo para seu julgamento); o direito à saúde e outros direitos fundamentais também carecedores de recursos públicos para a sua eficácia.

Considerando que as manifestações, na audiência pública em cotejo, atenderam aos pressupostos teóricos aptos a conferir-lhe validade, seria exigível

dos tribunais cujas decisões foram analisadas uma argumentação consistente, na qual os posicionamentos majoritários na audiência fossem enfrentados e, caso não acatados, ao menos respondidos. Reconhece-se a ausência de vinculação do tribunal que convoca uma audiência pública ao entendimento preponderantemente apresentado pelos representantes da sociedade civil que nela comparecerem. Porém, o respeito à opinião pública e a preocupação com a legitimidade das decisões judiciais exigiria que os argumentos mais recorrentes, que contarem com a adesão majoritária dos partícipes de uma audiência pública, fossem considerados na motivação das decisões judiciais posteriores, mediante a apresentação de contra-argumentos que expusessem as razões que conduzem à sua refutação pelo tribunal. A mera insensibilidade a estes argumentos preponderantes revela uma indiferença do tribunal também para com o instituto da audiência pública e seus propósitos, induzindo à ilação de que sua convocação não fora comprometida com os reais intentos do instituto.

3.3 QUANTO À OBRIGAÇÃO DO ESTADO DE CUSTEAR PRESTAÇÕES DE SAÚDE NÃO ABRANGIDAS PELAS POLÍTICAS PÚBLICAS EXISTENTES

O terceiro quesito levantado para debate na audiência refere-se à obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes. Essa questão foi objeto de quinze posicionamentos diferenciados, entre os quais houve a preponderância daquele que aduziu que o poder discricionário dado à Administração para a escolha da política pública de saúde a ser adotada não exclui o direito ao acesso ao Judiciário para pleitear prestações diversas.

A Administração Pública vale-se, com frequência, do argumento da falta de previsão orçamentária para o atendimento de tratamentos de saúde obtidos pelo administrado na Justiça. Os entes políticos alegam que essa intervenção do Judiciário na atividade que compete ao Executivo, além de ferir o princípio da Separação de Poderes, acaba por prejudicar o sistema de saúde e a própria administração como um todo. Ou seja, o Estado sustenta que ao custear o tratamento para um indivíduo pela via marginal aos programas de políticas públicas desenvolvidos administrativamente, acaba por comprometer os demais projetos de saúde e de cunho social por ela implementados. As concessões judiciais aos administrados acabariam por afetar o orçamento e a saúde fiscal do ente.

Em relação a essa situação, os membros do Supremo Tribunal Federal entendem que a Administração Pública deve provar, através de cálculos, como os seus recursos ficarão comprometidos. Não basta que a peça processual apenas veicule essas alegações.

Ainda sobre a discussão concernente à interferência de um poder sobre as competências de outro, o Tribunal afirma que, quando o Judiciário concede liminares e prolata a sentença a favor do jurisdicionado que solicita acesso a seu direito à saúde, ele não está interferindo na esfera de atuação Executivo, pois, na maioria das vezes, está a efetivar uma política de saúde pública que este já implementou, mas que, no entanto, não funciona bem. Desse modo, o Judiciário só estaria garantindo o direito subjetivo do indivíduo à prestação de um serviço que a Administração já diz prestar.

Ademais, a atuação do Judiciário decorre da violação da Constituição (BRASIL, 1988) por parte da Administração Pública. O direito à saúde é um direito social, de segunda dimensão, que depende de um agir estatal. Se o Estado não atua no sentido de cumprir com seu dever, deve o Judiciário, guardião do Estado de Direito, intervir, obrigando-o que o faça.

Quanto à tese de que mediante a intervenção do Judiciário para garantir à efetivação das políticas públicas concernentes a saúde estar-se-ia comprometendo o princípio constitucional da Separação dos Poderes, o Superior Tribunal de Justiça adota a posição majoritária obtida da audiência pública, tal como o Supremo Tribunal Federal. Considera aquela corte que o Judiciário estaria violando a Constituição caso omitisse a adoção dessa atitude. Tal argumento encontra-se presente, à guisa de ilustração, no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.136.549 – RS do Superior Tribunal de Justiça.

Ainda sobre esta temática, cabe tecer considerações acerca do entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a teoria da reserva do financeiramente possível. Uma vez não previsto o fornecimento de certo medicamento ou tratamento por política pública implementada pela administração pública, no exercício da sua discricionariedade, deve o Estado ser compelido a prestá-lo?

Sobre o tema, evidencia-se que o Superior Tribunal de Justiça oscila entre as duas posições; não ficou claro, portanto, qual posicionamento se sobrepõe. Posição favorável à tese da reserva do possível exemplifica-se no Recurso do Mandado de Segurança nº 28.962 – MG (BRASIL, 2009) de relatoria do Ministro Bendito Gonçalves. Entretanto, é possível encontrar entendimento divergente, isto é, desfavorável à tese da reserva do financeiramente possível. Tem-se como ilustração desse segundo entendimento a posição sustentada no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.136.549 – RS (BRASIL, 2009) de relatoria do Ministro Humberto Martins.

O posicionamento mais bem delimitado foi, como dito, tomado pelo Supremo Tribunal Federal, que tem determinado ser a Administração Pública

obrigada a prestar o tratamento médico solicitado pelo administrado mesmo se este não for contemplado por política pública, exceto se comprovado que essa prestação acarretará grave desequilíbrio orçamentário[15]. Diante da ausência de provas, o argumento da "reserva do financeiramente possível" é visto como um subterfúgio para o não cumprimento de um preceito constitucional.

Aufere-se, nesta oportunidade, que o posicionamento firmado pelos tribunais cujos julgados foram analisados encontra-se em estreita afinidade com a concepção preponderante na audiência pública. De fato, cumpre ao Judiciário, no sistema de separação de poderes que escora o Estado de Direito brasileiro, o papel de controlador da atuação da Administração Pública em conformidade com os preceitos jurídicos, que envolvem os direitos sociais. Portanto, determinar a ela a implementação de direito subjetivo não satisfeito consiste no cumprimento de sua tarefa constitucional. Também nesse quesito, como em relação ao primeiro, a convergência das posições logradas na audiência pública e nas decisões das cortes superiores protegeu a eficácia dos direitos fundamentais envolvidos, como se espera em uma democracia.

3.4 QUANTO À OBRIGAÇÃO DO ESTADO DE DISPONIBILIZAR MEDICAMENTOS OU TRATAMENTOS EXPERIMENTAIS NÃO REGISTRADOS NA ANVISA OU NÃO ACONSELHADOS PELOS PROTOCOLOS CLÍNICOS DO SUS

Esse quesito foi o que contou com a maior participação dos manifestantes, chegando ao patamar de setenta por cento de abordagem. O argumento mais utilizado pelos manifestantes foi o de que os medicamentos a serem indicados pelos médicos devem necessariamente constar nos protocolos clínicos e nas diretrizes terapêuticas. Tal afirmativa contou com uma adesão de quarenta por cento dos setenta por cento dos pareceristas que se manifestaram em relação ao tema,

[15] Suspensão de Segurança 4304/CE – Relator Min. Cezar Pelluso; julgamento 10/04/2011. Suspensão de Tutela antecipada 424/SC – Rel. Min. Gilmar Mendes; julgamento 20/04/2012. Suspensão de tutela antecipada 434/BA – Relator: Min. Gilmar Mendes; julgamento: 16/04/2010. Suspensão de segurança 3989/PI – Relatório: Min. Gilmar Mendes; julgamento: 07/04/2010. Suspensão de Tutela Antecipada 283/PR – Relator: Min. Gilmar Mendes; julgamento: 07/04/2010. Suspensão de Segurança 3962/SE – Relator: Min. Gilmar Mendes; julgamento: 07/04/2010; Suspensão de Segurança 4045/CE – Relator: Min. Gilmar Mendes; julgamento: 07/04/2010. Suspensão de Segurança 3852/PI – Relator: Gilmar Mendes; julgamento: 07/04/2010. Suspensão de tutela antecipada 348/AL – relator: Gilmar Mendes; julgamento: 27/11/2009. Suspensão de tutela antecipada 361/BA – relator: min. Gilmar Mendes; julgamento: 20/11/2009. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47/PE; Relator: Min. Gilmar Mendes; julgamento 17/10/2010.

consoante procedimento de diagnóstico da preponderância das manifestações utilizado nesta pesquisa[16].

A segunda manifestação mais computada em relação a este quesito refere-se à necessidade dos medicamentos prescritos terem, obrigatoriamente, registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, bem como sua eficácia comprovada. Por fim, a terceira manifestação preponderante apontou para a utilidade de se oferecer aos magistrados apoio técnico do próprio Estado que, no entanto, deve atuar de forma independente para analisar os casos referentes à saúde que lhe são demandados.

Nas decisões posteriores, o Supremo Tribunal Federal ressaltou a importância dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas; no entanto, a ausência de previsão de um medicamento nos mesmos não foi considerada empecilho para o deferimento de um pedido. Tal posição alicerça-se na justificativa de que tais protocolos não são facilmente atualizados, tornando-se obsoletos diante do avanço célere da Medicina, e por isso, não devem ser limitadores para a concessão de um tratamento.

A despeito disso, o Tribunal entendeu ser necessário que os medicamentos oferecidos ao administrado sejam registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, sendo admitida a exceção prevista na Lei nº 9.782 (BRASIL, 1999), como se extrai do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, Ceará (BRASIL, 2010) de relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

Vale fazer a distinção de que o medicamento que não possui a autorização da Agência Nacional de Vigilância Sanitária é aquele que sequer pode ser comercializado no mercado nacional, pois não teve a sua qualidade nem a sua eficácia atestada por ela. Já o fármaco não incorporado pelo Sistema Único de Saúde em sua lista de fornecimento, bem como nos protocolos clínicos, já tiveram seu desempenho testado e aprovado por ela, contudo por uma decisão administrativa de política pública, ou na análise custo-benefício, não foi considerado conveniente para incorporação nas políticas públicas pelo administrador.

É importante ressaltar que a identificação do posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a impossibilidade de concessão de medicamentos não

[16] Segue a relação de pareceristas que argumentaram sobre a necessidade de o medicamento a ser concedido ao administrado/jurisidicionado constarem de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do SUS: Agnaldo Gomes da Costa; Alberto Beltrame; Antônio Barbosa da Silva; Antônio Fernando Barros e Silva de Souza; Antônio Carlos Figueiredo; Ciro Mortella; Claudio M. Peçanha Henriques; Flávio Pansiere; Geraldo Guedes; Janaína Barbier Gonçalves; José Getúlio Martins Segalla; José Gomes Temporão; Josué Felix de Araújo; Leonardo Azeredo Bandarra; Paulo Dornelles Picon; Paulo Marcelo Gehm Hoff; Raul Sutait; Reinaldo Felippe Nery Guimarães; Sueli Gandolfi Dallari.

contemplados com registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária foi obtido através da análise de julgados até então proferidos. Sobre o tema, porém, foi reconhecida a repercussão geral no recurso extraordinário nº 657.718 MG (BRASIL, 2011) de relatoria do Ministro Marco Aurélio. Entretanto, tal repercussão geral ainda não foi objeto de deliberação, estando o processo com vista para a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Ressalta-se que, a despeito de o medicamento pleiteado nessa ter sido registrado na ANVISA, a questão de fundo, qual seja a liberação judicial de medicamentos não registrados pela ANVISA, continua a ser do interesse dos litigantes, sendo aguardada a decisão sobre o tema.

Também os Ministros do Superior Tribunal de Justiça não limitaram a concessão de um tratamento ou fármaco a previsão destes nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do Sistema Único de Saúde. Embora atestassem a sua importância, tal requisito pouco pesou para a decisão dos magistrados. Acerca do fornecimento de medicamentos sequer autorizados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, não houve manifestação do tribunal, porque a questão não lhes foi trazida por qualquer dos pleitos. Portanto, não foi possível aferir o posicionamento dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça a esse respeito.

Assim como se observou em relação ao segundo quesito, as decisões das cortes superiores, na espécie, olvidam a posição preponderante manifesta na audiência pública. A limitação das decisões judiciais aos protocolos clínicos do Sistema Único de Saúde não implica a negação do direito fundamental à saúde; antes, considera-o limitado a um mínimo ético – como é esperado na proposta habermasiana que inspira a audiência pública. Necessário, pois, que o posicionamento extraído da manifestação popular fosse melhor considerado pelos tribunais quando de suas decisões posteriores.

3.5 QUANTO À OBRIGAÇÃO DO ESTADO DE FORNECER MEDICAMENTO NÃO LICITADO E NÃO PREVISTO NA LISTA DO SUS

Esse quesito foi objeto de apenas quatro argumentos diferentes. O primeiro foi no sentido de que os medicamentos indicados pelos médicos devem necessariamente constar da lista do Sistema Único de Saúde; o segundo, a ele oposto, no sentido de que os medicamentos indicados pelos médicos não precisam necessariamente ser disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde e o terceiro em direção à necessidade de que os medicamentos a serem fornecidos sejam decorrentes de processo licitatório. A despeito da divergência que há entre as duas posições mais perfilhadas, ressalta-se que a primeira contou com a adesão de trinta por cento dos participantes da audiência enquanto a segunda recebeu apenas quatorze por cento das manifestações.

Contrariamente, entretanto, a essa conclusão obtida na audiência pública posicionaram-se os Ministros do Supremo Tribunal Federal, que não consideram a concessão de medicamentos não contemplados pelo Sistema Único de Saúde como um problema. Na verdade, alegaram, tal como fizeram para justificar a flexibilização da necessidade dos tratamentos pleiteados não serem previstos nos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, que a lista do Sistema Único de Saúde fica desatualizada muito rapidamente diante do grande avanço da Medicina. Entretanto, estabeleceram que devem ser priorizados os medicamentos disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde.

No Superior Tribunal de Justiça, o posicionamento majoritário vai ao encontro do preponderante na audiência pública; a parte que pleiteia medicamento diverso do fornecido pelo Sistema Único de Saúde tem o ônus de provar que aquele por ele dispensado não é eficaz em seu caso, a exemplo do que ocorreu no Recurso em Mandado de Segurança nº 28.338/MG[17] de relatoria da Ministra Calmon (BRASIL, 2009).

3.6 QUANTO ÀS FRAUDES NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Em relação a esse quesito, foram contabilizadas vinte e duas posições; muitas delas são, na verdade, sugestões dadas pelos manifestantes quanto às atitudes a serem tomadas para se evitar que fraudes obtenham sucesso no Sistema Único de Saúde. A manifestação no sentido da necessidade de maior controle sobre as operações realizadas pelas empresas farmacêuticas foi a mais recorrente nesse quesito, contando com uma menção de vinte por cento dos pareceristas. Em segundo lugar encontra-se a manifestação que sugere a necessidade de maior racionalização do sistema, prescrevendo a observação do binômio custo/efetividade e custo/benefício. Por fim, em terceiro lugar, empataram as manifestações no sentido da necessidade de haver regras claras e transparentes na oferta dos serviços oferecidos pelo Sistema Único de Saúde e na necessidade de maior fiscalização das verbas a serem aplicadas na área da saúde.

Acerca dessas questões, os julgados analisados não apresentaram qualquer consideração. Contudo, tornou-se perceptível que a audiência, através desse quesito, identificou problemas que afetam o Sistema Único de Saúde, bem como apresentou-lhes soluções.

---

[17] Ementa do julgado: "O direito assim reconhecido não alcança a possibilidade de escolher o paciente o medicamento que mais se adeque ao seu tratamento". Excerto do voto da relatora: "Pondero, ainda, que o impetrante não produziu prova documental do que alega, ou seja, de que o medicamento fornecido gratuitamente pela administração, como segunda opção, também é ineficaz, o que leva à conclusão de inadequabilidade da via eleita para o fim colimado, na melhor das hipóteses. Com essas considerações nego provimento ao recurso, confirmando a decisão impugnada".

4 RESULTADOS LOGRADOS NA PESQUISA

Conforme salientado inicialmente, o objetivo principal do presente trabalho foi verificar a eficácia do instituto da audiência pública para legitimar as decisões judiciais. Optou-se pela audiência pública realizada em 2009, pelo Supremo Tribunal Federal, visto tratar a saúde de uma temática recorrente no Judiciário.

Cabe ressaltar que várias outras questões foram debatidas nesta audiência pública; contudo, nem todas puderam ser discutidas no presente trabalho, bem como ser objeto de comparação com as decisões emanadas pelos tribunais superiores, visto que a pesquisa cingiu-se às manifestações que respondiam às seis questões propostas pelo Supremo Tribunal Federal quando do despacho convocatório para a audiência pública.

Apenas houve coincidência das decisões posteriores das cortes superiores do país em relação à manifestação preponderante na audiência no que tange a dois quesitos; no que tange ao último, não foram discutidas propriamente questões jurídicas; no que concerne aos outros três, os argumentos que angariaram maior adesão na audiência pública não foram abarcados na disposição das decisões posteriores do Supremo Tribunal Federal nem do Superior Tribunal de Justiça, tampouco foram refutados, enquanto oriundos de um instituto de participação popular no processo decisório do Judiciário, na fundamentação de tais decisões[18].

Essa conclusão permite que seja questionada a eficácia da audiência pública para a legitimação das decisões judiciais da forma como vem disciplinada na experiência brasileira. Como visto em linhas passadas, ela é um instrumento que se propõe a viabilizar a aplicação da teoria interpretação aberta e dialógica da Constituição e da argumentação jurídica em larga escala, possibilitando aos juízes a tomada de decisões embasadas numa conclusão fundamentada na manifestação de diversos atores da sociedade.

Entretanto, os resultados obtidos na presente pesquisa demonstram que o instituto não tem sido capaz de orientar as decisões posteriores dos tribunais ou de exigir-lhes maior ônus argumentativo para discreparem de suas conclusões principais, ou seja, constata-se a frustração dos propósitos de melhor legitimar as decisões judiciais e otimizar os anseios da democracia a que o instituto se dispõe.

Desta forma, os pressupostos teóricos que inicialmente se veem festejados pela instauração de um espaço para o debate público de questões constitucionais

[18] De fato, entre os julgados analisados, não houve a menção às manifestações preponderantes na audiência pública em estudo, a despeito de não ter sido viável, em virtude do propósito deste trabalho, trazer a lume toda a fundamentação utilizada pelos Ministros nos julgados examinados. Tais fundamentos, contudo, foram lidos e examinados pelas pesquisadoras.

para supostamente permitir a consideração de concepções individuais e também de valores de toda a coletividade e, assim, estabelecer normas legítimas (assim concebidas aquelas que tenham como destinatários seus próprios autores), terminam sepultados por uma prática judicial que ainda demonstra fechamento para a penetração pelas percepções da sociedade civil.

Ao deixar de observar ou, ao menos, de rebater, na fundamentação das decisões que sucederam a audiência pública, as manifestações nela preponderantes, deixou-se de assegurar a formação do sistema de direitos pela vontade dos cidadãos que buscam nos institutos democráticos o alcance do ideal da auto-realização e da autodeterminação, como se pressupõe da teoria habermasiana:

> A cooriginariedade da autonomia privada e pública somente se mostra, quando conseguimos decifrar o modelo da autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos. A substância dos direitos humanos insere-se, então, nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume figura jurídica. (HABERMAS, 2003, p. 139)

A efetivação deste desiderato estaria a, após a realização de uma audiência pública, capaz de traduzir as manifestações nela sobressalentes, impor às cortes o ônus de observá-las ou, se não for o caso, fundamentar satisfatoriamente as decisões a elas avessas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa perseguiu o grande propósito de averiguar a eficácia de um instituto da democracia participativa recentemente incorporado à experiência normativa e empírica da jurisdição constitucional brasileira. Com isso, intentou desgarrar o exame jurídico da mera observação dos pressupostos teóricos e adentrar o exame da eficácia do instituto na praxe jurídica nacional.

É certo que, ao se ater à análise de uma única audiência pública entre as demais já convocadas pelo STF, a pesquisa permite conclusões limitadas, que devem ser lidas com parcimônia, uma vez que, nas experiências outras, diversa postura pode ter sido perfilhada pelos tribunais que tiveram suas decisões posteriores selecionadas para cotejo.

Não obstante, os resultados constatados neste trabalho caracterizam importante indício de que o instituto da audiência pública não tem redundado numa prática jurisdicional fiel aos seus escopos. Isto enseja o risco de que, ao revés, seja utilizado de maneira a encobrir decisões supostamente autoritárias sob a aparência de uma legitimidade falaciosa.

Insta, portanto, o acompanhamento pelo povo não apenas das manifestações exaradas quando da realização das audiências judiciais, mas, outrossim, das decisões prolatadas posteriormente a elas e da pertinência argumentativa dos tribunais às conclusões nelas prevalentes, de forma a resguardar-se sua utilização de maneira eficaz e comprometida com os anseios democráticos a que serve.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Cláudia Toledo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Torrieri Guimarães. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.

ATHAYDE, Públio. *Direito e democracia em Habermas*: facticidade, validade e racionalidade. Disponível em: <http://www.artigonal.com/doutrina-artigos/direito-e-democracia-em-habermans-faticidade-validade-e-racionalidade-674388.html>. Acesso em: 11 jan.2010.

BINENBOJM, Gustavo. *A democratização da jurisdição constitucional e o contributo da Lei nº 9.898/99*: leituras complementares constitucional. Organizador Marcelo Novelino. 3. ed. Bahia: Podvim, 2010.

BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 05 de outubro de 1988.

_____. Emenda constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm>. Acesso em: 17 dez. 2000.

_____. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 17 dez. 2012.

_____. Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em: 17 dez. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 607.381. Relator Ministro Luiz Fux.

_____. Supremo Tribunal Federal. Despacho de Convocação de Audiência Pública, de 5 de março, 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf >. Acesso em: 19 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Fala dos Especialistas. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>. Acesso em: 20 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo Audiência Pública da Saúde. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso: 20 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Novembro_2012_eletronica.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 907.820 – SC (BRASIL, 2007). Relator Ministro Mauro Campbell Marques.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 771.537/ RJ (BRASIL, 2005). Relatora Ministra Eliana Calmon.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem*: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da administração consensual: a audiência pública e sua finalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 230, p. 237-249, out./dez. 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*: introdução à problemática científica do Direito. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 6. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário 101, 2003.

_____. *Comentários à ética do discurso*. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

_____. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*: Constituição para e Procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

MELQUÍADES DUARTE, Luciana Gaspar; CARVALHO, Ecaroline Pessoa. A aplicabilidade da Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy nas decisões judiciais. *Revista de Direitos Fundamentais,* out./dez. 2012; HS Editora.

MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do. *O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil*. Disponível em: <http://www.iidpc.org/revistas/12/pdf/137_162.pdf>. Acesso em 22 jan. 2013.

PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática*: institutos de participação popular na administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PONT, Raul. *A democracia representativa e a democracia participativa*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/fsmrn/biblioteca>. Acesso em: 21 jan. 2012.

ROSA, Igor Ramos. *Peter Häberle e a hermenêutica constitucional no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

ROSSI, Roberta Lessa & ZANDONADE, Adriana. *A audiência pública nos processos de elaboração e revisão do plano diretor*. Disponível em: <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n11/4.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2012.

SAULE JUNIOR, Nelson. Do plano diretor. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). *Estatuto da cidade comentado*: Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 255-294.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Jurisdição e democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SELVATTI, Giovana Clair Alves Loureiro. *A relação interna entre democracia e direitos fundamentais*: um estudo à luz da teoria discursiva de Jürgen Habermas. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10621>. Acesso em: 22 jan. 2012.

SIQUEIRA, Gustavo Silveira. *A ação comunicativa para construção democrática e legitima do Estado de Direito*. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/compolitica/anais2007/sc_dc-gustavo.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2013.

SOARES, Evanna. Audiência pública no processo administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 229, p. 259-283, jul./set. 2002.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Recebido: 16/06/2013

Aprovado: 01/12/2013